PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO · PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO
VOLUME I · NÚMERO 1 · JANEIRO-JUNHO DE 2010
ISSN 2178-3470

REVISTA Carioca de Direito

RCD

Revista Carioca de Direito

RCD

PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA Carioca de Direito RCD

VOLUME I · N. I · JANEIRO–JUNHO DE 2010

ISSN 2178-3470

RCD	RIO DE JANEIRO	V.I	N.I	P. I A 168	2010

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Prefeito
EDUARDO PAES

Procurador-Geral do Município
FERNANDO DOS SANTOS DIONISIO

Subprocuradora-Geral do Município
KATIA PATRÍCIA GONÇALVES SILVA

Centro de Estudos da PGM

Procuradora-Diretora
ANDREA VELOSO CORREIA

Coordenação Editorial: Centro de Estudos da PGM
Conselho Editorial: Ana Paula Buonomo Machado
Antonio Carlos de Sá
Arlindo Daibert Neto
Maria Luiza Alkimim Curvello de Araujo
Paulo Roberto Soares Mendonça
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Rodrigo Ramos Lourega de Menezes

Diretora da Diretoria de Documentação do Centro de Estudos da PGM
ANGELA MARIA ALBUQUERQUE DE ARAUJO

Normatização do texto
Celia Maria Escobar Araujo

Revisão
Vítor Cook

Planejamento gráfico, capa e composição
Miguel Fernandes – PG/CA

Revista Carioca de Direito - RCD
v. 1- , n. 1- , jan-jun/2010- . – Rio de Janeiro: PGM, 2010.

Semestral
ISSN 2178-3470

1. Direito – Periódico I. Procuradoria-Geral do Município

CDU 340.05
CDD 34(05)

Ficha catalográfica – Biblioteca PGM

Sumário

7 Apresentação

Doutrina

11 Aspectos teóricos da Ação Anulatória Tributária (Rodrigo Ramos Lourega de Menezes)

23 A responsabilidade civil nos espetáculos desportivos (Martinho Neves Miranda)

37 Cotas nas universidades públicas brasileiras – a busca da igualdade através de medidas compensatórias (Fabiani Li Rizzato de Almeida)

53 Notas acerca das emendas constitucionais em matéria tributária e financeira (Gustavo da Gama Vital de Oliveira)

73 IPTU. Conflito de competência com o ITR. Critério de localização x critério da destinação econômica (Andrea Veloso Correia)

79 Previdência, Município e Federação: o espaço de autonomia municipal em matéria previdenciária (Arícia Fernandes Correia)

87 O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo Brasileiro (Rafael Carvalho Rezende Oliveira)

103 Reflexões sobre a navegação na Internet e o sigilo do e-mail funcional do servidor público (Frederick B. Burrowes)

109 Função administrativa e orçamento: o espaço negligenciado de efetividade dos direitos fundamentais (Vanice Lírio do Valle)

123 A proteção dos "direitos e garantias individuais" em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF (Rodrigo Brandão)

Pareceres/Promoções

151 Parecer PG/PADM/002- 2009/RFP, de 12/05/2009 - Gratificação por desempenho de produtividade no sistema municipal de saúde (Ricardo Perin)

155 Promoção PG/PADM/15/2009 - Contratação de serviços comuns de engenharia via pregão (Ana Tereza Palimieri)

Município em Juízo

159 Apelação Cível N. 2008.001.05011- Acórdão Apelante: MRJ, Apelado: P. Marchetti Engenharia e Construções Ltda. assunto: desapropriação indireta

167 Relação dos Procuradores do Município do Rio de Janeiro

Apresentação

A REVISTA CARIOCA DE DIREITO traduz a importância da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro no cenário jurídico carioca e nacional; com sua contínua preocupação com a elaboração de um pensamento crítico e construtivo em relação ao exercício da advocacia pública.

A Procuradoria se destaca pela excelência de seu quadro, sempre atuante na defesa do interesse público; agindo não só como órgão de controle de legalidade, mas também como peça fundamental na implementação de políticas de governo e na defesa incessante dos interesses da Cidade.

Parabenizo a Procuradoria-Geral do Município pelo projeto, desejando vida longa à nova revista.

Eduardo Paes
Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro

É COM ENORME SATISFAÇÃO que a Procuradoria-Geral do Município apresenta a sua nova Revista jurídica, em comemoração aos seus 25 anos de funcionamento e atuação na defesa da Cidade Maravilhosa.

Esta revista tem por escopo a divulgação da produção intelectual de seus Procuradores, sem prejuízo da importante participação de colaboradores e de juristas nacionais e internacionais, visando a uma troca frutífera de conhecimentos e experiências, com uma visão multidisciplinar.

Os artigos publicados na Revista demonstram a qualidade do quadro de Procuradores – composto por diversos Doutores, Mestres e Especialistas, além daqueles que se dedicam ao magistério – e envolvem as mais diversas áreas de interesse do Direito Público e Privado.

Da mesma forma, a Revista conta com outras duas seções (de promoções e pareceres e de trabalhos forenses desenvolvidos pela PGM), representativas da atuação da Procuradoria na esfera administrativa e judicial.

Por fim, é imprescindível destacar e agradecer a participação efetiva dos Procuradores, ativos e inativos, bem como daqueles que compõem o Conselho Editorial, que viabilizaram a primeira edição desta nova Revista, e da Diretora do nosso Centro de Estudos, que não mediu esforços para que esta Revista se tornasse realidade.

Uma excelente leitura a todos.

Fernando dos Santos Dionisio
Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro

Doutrina

Aspectos teóricos da Ação Anulatória Tributária
RODRIGO RAMOS LOUREGA DE MENEZES

A responsabilidade civil nos espetáculos desportivos
MARTINHO NEVES MIRANDA

Cotas nas universidades públicas brasileiras
– a busca da igualdade através das medidas compensatórias
FABIANI LI RIZZATO DE ALMEIDA

Notas acerca das emendas constitucionais
em matéria tributária e financeira
GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA

IPTU. Conflito de competência com o ITR.
Critério da localização x critério da destinação econômica
ANDREA VELOSO CORREIA

Previdência, Município e Federação: o espaço
de autonomia municipal em matéria previdenciária
ARÍCIA FERNANDES CORREIA

O Princípio da proteção da confiança legítima
no Direito Administrativo brasileiro
RAFAEL CARVALHO RESENDE OLIVEIRA

Reflexões sobre a navegação na Internet
e o sigilo do e-mail funcional do servidor público
FREDERICK B. BURROWES

Função administrativa e orçamento: o espaço
negligenciado de efetividade dos direitos fundamentais
VANICE LÍRIO DO VALLE

A proteção dos "direitos e garantias individuais" em face
de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF
RODRIGO BRANDÃO

Aspectos teóricos da Ação Anulatória Tributária

RODRIGO RAMOS LOUREGA DE MENEZES[1]

RESUMO: este artigo, inicialmente, tentará situar a ação anulatória tributária dentro da Teoria Geral do Processo. Em seguida, analisará a referida ação tributária à luz do direito processual tributário, criticando o *nomem iuris* "ação anulatória de débito fiscal" e propondo uma definição para a ação anulatória tributária. Em sua última parte, apresentará as características da ação anulatória tributária, especialmente no que se refere ao objeto, ao cabimento, ao problema da legitimidade e ao interesse de agir, finalizando com o estudo da tutela antecipada e das medidas cautelares no bojo da mencionada ação.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Posição da ação anulatória tributária dentro da Teoria Geral do Processo; 2. Posição da ação anulatória tributária dentro do direito processual tributário; 2.1. Crítica ao nome (*nomen iuris*) "ação anulatória de débito fiscal"; 2.2. Definição de "ação anulatória tributária" no direito processual tributário e críticas; 3. Características da ação anulatória tributária; 3.1. Objeto e cabimento; 3.2. Legitimidade; 3.3. Interesse de agir; 3.4. Tutela antecipada e medidas cautelares; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Anulatória – Processo Tributário – Teoria.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo investigar aspectos teóricos relativos à ação anulatória tributária[2], também chamada de "ação anulatória fiscal" ou "ação anulatória de débito fiscal", apresentando e criticando algumas das posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o referido instrumento processual.

---

1 Procurador do Município do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho; Doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professor do programa de pós-graduação em direito tributário e do curso de especialização em processo tributário da Universidade Cândido Mendes; Professor da pós-graduação em direito tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET); Professor do curso de especialização em direito previdenciário do Instituto de Pesquisa e Estudos Tributários (IPEJ).

2 Será demonstrado, no decorrer deste artigo, que a expressão "ação anulatória tributária" (ou "ação anulatória fiscal") é mais técnica que "ação anulatória de débito fiscal", sendo preferida pelo autor deste texto e por autores como James Marins, em seu livro *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 400-401 e Mauro Luís Rocha Lopes, em sua obra *Processo Judicial Tributário. Execução Fiscal e Ações Tributárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 281.

O presente estudo, inicialmente, situará a ação anulatória tributária na Teoria Geral do Processo. Em seguida, haverá um estreitamento da análise para se contextualizar a ação anulatória tributária especificamente dentro da doutrina do processo tributário.

Depois de firmadas as premissas teóricas, serão apresentadas algumas características próprias das ações anulatórias tributárias.

1. POSIÇÃO DA AÇÃO ANULATÓRIA TRIBUTÁRIA DENTRO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Entre as diversas classificações possíveis para as ações[3], atualmente, a doutrina costuma admitir como a mais importante a que leva em conta a espécie de tutela jurisdicional pleiteada pelo demandante, razão pela qual se fala em ações de conhecimento (ou cognitivas), de execução e cautelares.

Em regra, na ação de conhecimento o autor pleiteia que o órgão jurisdicional produza uma norma jurídica individual e concreta[4] que vincule o próprio demandante e o demandado, ou que, como diria Alexandre Freitas Câmara, pronuncie "uma sentença que declare entre os contendores quem tem razão e quem não tem, o que se realiza mediante determinação da regra jurídica concreta que disciplina o caso que formou o objeto do processo"[5].

A ação de conhecimento pode ser subclassificada[6] como "meramente declaratória", "constitutiva" (constitutiva negativa ou desconstitutiva) e "condenatória"[7]. Para o estudo da ação anulatória tributária, interessa, particularmente, a sentença constitutiva (ou desconstitutiva) que é aquela capaz de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Este tipo de sentença tem dois momentos lógicos: o primeiro, declaratório do direito de uma das partes, e o segundo, constitutivo (ou desconstitutivo) de determinada relação jurídica[8].

O processo tributário é rico em exemplos de todas as espécies de ações referidas. A ação declaratória de inexistência de relação jurídica, a ação anulatória tributária, a ação de repetição de indébito, o mandado de segurança, os embargos à execução são exemplos das ações de conhecimento. A ação de execução fiscal pertence ao rol das ações de execução. A ação cautelar antecipatória de caução[9] e a ação cautelar fiscal representam bem a classe das ações cautelares[10].

Quanto à subclassificação mencionada, o processo tributário também é pródigo em exemplos. A ação declaratória (positiva ou negativa) de existência ou inexistência de relação jurídico-tributária enquadra-se entre as ações "meramente" declaratórias[11], e a representante mais importante das ações condenatórias é a ação de repetição de indébito.

A ação anulatória tributária, se julgada procedente, gera sentença de natureza preponderantemente desconstitutiva de relação jurídico-tributária formada a partir de

3 Podem ser encontradas na doutrina diversas classificações para as ações, como "ações prejudiciais, pessoais, reais e mistas", "ações reipersecutórias, penais e mistas", entre outras. Conferir: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. v.1, p. 115 e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 266-267.

4 Isso ocorre em regra, pois há casos, como na ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), em que o autor deseja que o Supremo Tribunal Federal produza uma norma geral e concreta. Deve-se levar em conta, todavia, que a ADIN é um processo objetivo, com sistemática diferente das ações de conhecimento tradicionais. Outro exemplo é a sentença normativa prevista nas regras que disciplinam os dissídios coletivos na Justiça do Trabalho (artigos 856 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho), que também não parece ser norma individual e concreta.

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. v. 1, p. 115.

6 Esta subclassificação sofre crítica da doutrina, que sustenta que a diferenciação entre "meramente declaratória", "constitutiva" e "condenatória" não se refere propriamente à ação, mas, sim, ao tipo de sentença de mérito que poderá ser produzida. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1, p. 115.

7 Pontes de Miranda, em seus *Comentários ao código de processo civil* de 1939, tomo IV, p. 88-93, adota a classificação "quinária", acrescentando mais duas subespécies, "mandamentais" e "executivas", às acima referidas. Por razões didáticas, este trabalho adotará a classificação tradicional, amparado nos ensinamentos de Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco e Antonio Cintra na obra *Teoria geral do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 305.

8 As sentenças proferidas em ação de anulação de casamento e em ação revisional de aluguel são apenas dois dos inúmeros exemplos possíveis de ações (des)constitutivas.

9 As ações cautelares de antecipação de caução são comumente usadas quando o contribuinte precisa de certidão fiscal positiva com efeito de negativa, mas possui débito tributário inscrito em dívida ativa ainda não ajuizado.

10 As ações cautelares de depósito eram ajuizadas com frequência no passado. Atualmente, o depósito previsto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional é feito, comumente, de forma direta nos autos do processo de conhecimento, sendo considerado um direito do contribuinte que independe de liminar judicial.

11 Apesar de ser classificada como "meramente" declaratória, é mais preciso considerá-la como "preponderantemente" declaratória, tendo em vista a possibilidade de ter parcela condenatória se qualquer das partes for condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

ato administrativo (lançamento ou auto de infração) ou de decisão administrativa em matéria tributária.

Portanto, dentro destas classificações tradicionais, a ação anulatória tributária seria uma ação de conhecimento, subclassificada como "desconstitutiva" (constitutiva negativa), pois busca a produção de uma norma individual e concreta por sentença que visa, preponderantemente[12], a modificar ou a extinguir relação jurídica entre o demandante e a Fazenda Pública, decorrente de ato administrativo ou de decisão administrativa proferida pela última.

Vale registrar que há outras ações "desconstitutivas" no processo tributário que não serão objeto deste estudo, como os embargos à execução que visam à desconstituição da Certidão da Dívida Ativa que fundamenta a execução fiscal.

É bastante comum a cumulação desses diversos tipos de ações em um mesmo processo. A pessoa indicada como sujeito passivo da obrigação tributária pode requerer, por exemplo, em um mesmo processo, a restituição do que pagou indevidamente (ação de repetição de indébito), a anulação dos lançamentos que ainda não foram objeto de pagamento (ação anulatória fiscal) e a declaração de que o tributo não deve incidir sobre sua atividade por gozar, por exemplo, de isenção (ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária).

Situada a ação anulatória tributária na Teoria Geral do Processo, passa-se à análise deste tipo de ação no direito processual tributário.

2. POSIÇÃO DA AÇÃO ANULATÓRIA TRIBUTÁRIA DENTRO DO DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO

A bibliografia específica sobre direito processual tributário brasileiro ainda está longe de ser tão vasta quanto a sobre o direito material tributário. As obras de Alberto Xavier[13], Vittorio Cassone[14], de Dejalma de Campos[15] e de Feijó Coimbra[16] aprofundam as suas investigações em temas processuais diversos da ação anulatória tributária. Os livros de James Marins[17], Cleide Previtalli Cais[18] e Mauro Luís Rocha Lopes[19] dedicam mais páginas ao objeto deste artigo. Assim, com base nas lições de alguns desses autores e em ideias próprias, a ação anulatória de débito será situada dentro do processo judicial tributário.

2.1. Crítica ao nome (*nomen iuris*) "ação anulatória de débito fiscal"

James Marins afirma, com razão, que, embora a doutrina adote, majoritariamente, o *nomen iuris* "ação anulatória de débito fiscal", é mais correto o uso das expressões "ação anulatória em matéria tributária" ou "ação anulatória fiscal"[20], por duas razões apresentadas a seguir[21].

Em primeiro lugar, a ação anulatória fiscal poderá ser utilizada não apenas para se desconstituir um "débito fiscal", mas também para anular decisões administrativas das mais diversas naturezas, como a que não reconheceu uma isenção, a que alterou uma classificação fiscal ou a que determinou a apreensão de mercadorias[22].

---

12 A sentença proferida na ação anulatória fiscal será "preponderantemente" desconstitutiva, pois terá uma necessária parcela declaratória e provavelmente parcela condenatória, se houver condenação do réu em honorários advocatícios.

13 XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 233-236.

14 CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. *Processo tributário*: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

15 CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

16 COIMBRA, J. R. Feijó. *A defesa do contribuinte*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

17 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Dialética, 2002. p. 400-406.

18 CAIS, Cleide Previtalli. *O processo pributário*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 517-526.

19 LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário. execução fiscal e ações tributárias*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 281-292.

20 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Dialética, 2002. p. 401.

21 Cleide Previtalli Cais faz uma distinção entre ação anulatória em matéria tributária e ação anulatória fiscal. A primeira ação seria mais ampla e abrangeria "*toda e qualquer pretensão em face da Fazenda Pública*", enquanto a ação anulatória fiscal seria voltada apenas à desconstituição de créditos tributários. CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007. p. 524. Entendo que não há propriamente uma maior amplitude da ação anulatória em matéria tributária ou, simplesmente, ação anulatória tributária em relação à ação anulatória fiscal. Ambas as expressões são equivalentes e possuem a mesma amplitude. Com efeito, segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI, o vocábulo "fiscal", quando utilizado como adjetivo, tem como significado "tributário"; portanto as expressões se equivalem. Particularmente, prefiro a expressão "ação anulatória tributária", simplesmente porque a locução "ação anulatória fiscal" pode sugerir que a ação anulatória está sendo proposta pelo fisco. No entanto, cientificamente, ambas as expressões podem ser utilizadas para identificar o instrumento processual objeto do presente estudo.

22 Outro exemplo interessante expressamente previsto no Código Tributário Nacional é a ação anulatória de decisão administrativa denegatória de restituição de pagamento indevido (artigo 169). Nesse caso, se ajuíza a ação

Em segundo lugar, tecnicamente, o que será invalidado com a ação anulatória não será propriamente o "débito fiscal"[23], mas, sim, todo o ato administrativo que "declara"[24] o débito fiscal, seja por conter defeitos formais, seja por estar maculado com vícios materiais.

Além disso, se, por um lado, será anulado o ato administrativo ou a decisão administrativa, por outro lado, o que será desconstituída é a relação jurídica entre o demandante e a Fazenda Pública, que decorre deste ato ou decisão. O "débito fiscal" nunca terá uma perfeita identidade com a relação jurídico-tributária, devendo ser considerado apenas uma das partes integrantes desta relação jurídica.

Em outras palavras, quando o demandante desejar anular especificamente um lançamento tributário, não conseguirá desconstituir apenas o "débito fiscal", pois, nestes casos, a relação jurídico-tributária se confunde com a chamada "obrigação principal", havendo a desconstituição dela totalmente, extinguindo não apenas o débito (que é somente um dos elementos da relação jurídico-tributária), mas, também, todos os outros elementos constitutivos: sujeito passivo, sujeito ativo, prestação e crédito[25].

Uma das razões para a doutrina utilizar por muitos anos a criticável expressão "ação anulatória de débito fiscal" foi o fato de este nome ter encontrado previsão legislativa na antiga redação do § 1º do artigo 585 do Código de Processo Civil, que assim dispunha: "§ 1º A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança. (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973)".

A expressão "ação anulatória de débito fiscal" foi mantida por mais de vinte anos, tendo sido extirpada da legislação processual apenas com o advento da Lei n. 8.953, de 13.12.1994, que deu a seguinte redação ao § 1º do artigo 585 do Código de Processo Civil: "§ 1º. A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução. (Redação dada pela Lei n. 8.953, de 13.12.1994)".

Já a Lei n. 6830/80 (Lei de Execuções Fiscais) nunca utilizou a expressão "ação anulatória de débito fiscal", preferindo a expressão "ação anulatória do ato declarativo da dívida":

> Art. 38 – A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

A expressão "ação anulatória do ato declarativo da dívida" assume duas posições teóricas controvertidas, quais sejam: (a) o caráter de ato administrativo do lançamento, passando por cima da discussão se é procedimento administrativo e (b) a natureza declaratória do lançamento, quando grande parte da doutrina afirma que o lançamento não declara, mas constitui o crédito (e evidentemente a outra face da moeda que é o débito).

Além disso, a locução "ação anulatória do ato declarativo da dívida" não serve como expressão genérica capaz de abranger as decisões administrativas passíveis de desconstituição por ação anulatória que não declaram qualquer dívida, como as decisões que denegam a restituição administrativa de tributo pago indevidamente.[26]

Outra difícil discussão a respeito do tema, com inegáveis reflexos em sua localização na Teoria Geral do Processo, consiste em saber se o que está se pesquisando é uma verdadeira "ação anulatória de ato administrativo tributário"[27] ou é uma "ação declaratória de nulidade" de ato administrativo tributário.

Alega-se que na Teoria Geral do Direito uma "ação anulatória" serviria para anular ato anulável enquanto a "ação declaratória de nulidade" combateria ato

anulatória não contra um débito fiscal, mas contra uma decisão que deixou de reconhecer um crédito do contribuinte ou do responsável tributário.

23 Feijó Coimbra ressalta o fato de o débito fiscal ser mera decorrência do ato jurídico praticado pela Administração. Assim, o que se deve anular não é o débito fiscal, mas o ato administrativo de lançamento. Conferir: COIMBRA, J. R. Feijó. *A defesa do contribuinte*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 350.

24 Aqui não se pretende tomar partido na discussão da eficácia declaratória ou constitutiva do ato administrativo de lançamento tributário. Preferiu-se, pontualmente, usar a expressão "declara", pois foi a palavra utilizada por James Marins em sua obra; entretanto, deve ser destacado que parte considerável da doutrina usaria o verbo "constitui", fiel à teoria de que o lançamento tributário constitui o crédito tributário (e consequentemente o débito tributário que é apenas a outra face da mesma moeda).

25 A relação jurídica tributária (como qualquer outra relação jurídica) é composta de credor, devedor, prestação, débito e crédito. Conferir: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 447-449.

26 Provavelmente o legislador da Lei de Execuções Fiscais não teve a intenção de elaborar uma expressão tecnicamente adequada a todas as ações anulatórias em matéria tributária, mas apenas desejou indicar o tipo de ação anulatória que poderia ter alguma relação com o tema das execuções fiscais.

27 Será utilizada esta expressão, referindo-se também às decisões administrativas em matéria tributária.

que nasceu nulo. Assim, dependendo da gravidade do vício do ato administrativo deveria se usar uma ou outra nomenclatura.

Em tese, é sustentável que, pelo fato de todos os defeitos no lançamento tributário ou no auto de infração estarem relacionados com a violação de algum princípio constitucional ou de alguma outra norma de ordem pública, não é possível encontrar um vício de anulabilidade em matéria tributária. Com efeito, segundo tal corrente, a infração de norma de ordem pública acarretará sempre uma nulidade absoluta, devendo ser ajuizada uma "ação declaratória de nulidade", não uma "ação anulatória".

Embora seja recomendável a utilização uniforme das expressões jurídicas em todos os ramos do Direito, parece que, no presente caso, deve ser afastado o raciocínio acima, merecendo ser mantido o uso da "ação anulatória" no lugar da "ação declaratória de nulidade", mesmo reconhecendo que todos os vícios que podem ser objeto daquela demanda são de nulidade e não de anulabilidade. As razões são as seguintes.

Inicialmente, deve ser dito que a divisão entre nulidade e anulabilidade é fundamentalmente de direito privado[28], encontrando vasto fundamento normativo no Código Civil. Ocorre que a tentativa de transposição desta teoria para o Direito Tributário causa mais transtornos à sistematização da matéria que benefícios.

Maria Helena Diniz, compilando os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Silvio Rodrigues, Bassil Dower e Venosa, aponta quatro distinções básicas entre as duas figuras[29]: (a) nulidade é declarada no interesse de toda a coletividade, tendo alcance geral e eficácia *erga omnes*, e anulabilidade é declarada no interesse do prejudicado, restringindo seus efeitos ao que a alegou; (b) nulidade pode ser arguida por qualquer interessado, Ministério Público, pelo magistrado de ofício, e anulabilidade, somente pelo prejudicado; (c) nulidade não pode ser suprida pelo juiz, ainda que a requerimento dos interessados, enquanto a anulabilidade pode ser ratificada; e (d) nulidade, em regra, é imprescritível e anulabilidade é prescritível.

Como dito, todos os vícios do ato administrativo tributário são de ordem pública, até porque a obrigação tributária é *ex lege*, não havendo espaço para autonomia de vontade entre sujeito ativo e sujeito passivo. Assim, segundo a doutrina propagada pelos civilistas, estar-se-ia diante de causas de nulidade, e não de anulabilidade.

A adoção dos critérios acima descritos da teoria das nulidades do direito civil levaria às seguintes conclusões: (a) os efeitos da sentença que julga procedente pretensão de contribuinte contra um lançamento tributário não deveriam se restringir ao autor da ação; seriam *erga omnes*; (b) o Ministério Público, ou qualquer interessado poderia ajuizar ação contra lançamento indevido sofrido por um terceiro, podendo, inclusive, o juiz reconhecer tal nulidade de ofício; e (c) a pretensão de declaração de invalidade de um lançamento tributário seria, em regra, imprescritível.

A simples leitura das absurdas conclusões acima revela que não é possível transpor a teoria das nulidades de direito civil para o direito tributário sem causar mais prejuízos à sistematização do direito processual tributário que vantagens.

Assim, deixando de lado a teoria clássica das nulidades, tem-se que a ação anulatória no direito tributário pressupõe um ato administrativo ou decisão administrativa que inaugurou relação jurídica que deve ser extinta ou modificada, daí a necessidade de ter natureza desconstitutiva. Não seria adequada a sentença que meramente declarasse nulo determinado ato administrativo, sem ser capaz de extinguir (desconstituir) as relações jurídicas decorrentes deste ato.

Em outros termos, a ação declaratória de nulidade de decisão ou de ato administrativo simplesmente afirmaria uma certeza jurídica quanto à nulidade destes, sem, no entanto, desconstituir as relações jurídicas deles decorrentes, sob pena de a sentença ser *ultra petita*. Seria como ajuizar, no lugar de uma ação rescisória, uma ação declaratória de nulidade da sentença. Neste caso, seria declarada nula a sentença maculada, mas não seriam desconstituídas as relações jurídicas dela decorrentes.

Não se deve esquecer que a ação anulatória gerará sentença que, apesar de ser preponderantemente desconstitutiva, não deixará de ter conteúdo declaratório da nulidade do ato ou da decisão, e que portanto substitui com vantagens uma possível ação meramente declaratória de nulidade.

A ação declaratória no processo tributário é mais utilizada para se declarar a existência ou a inexistência de determinada relação jurídico-tributária antes da elaboração do ato administrativo. Tem como objetivo criar certezas jurídicas, não desconstituir relações jurídicas constitu-

28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1, p. 284-287.

29 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 402-414.

idas. A ação declaratória em matéria tributária, em geral, visa a impedir a realização de um ato administrativo, e não anular um já existente.

Por fim, deve ser dito que, antes da Lei n. 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), o Decreto-Lei n. 147/67 previa a "ação de invalidade de lançamento", não entrando no mérito de se visava a anular ou a declarar nulo o ato administrativo tributário.

2.2. Definição de "ação anulatória tributária" no direito processual tributário e críticas.

Uma das definições mais analíticas de "ação anulatória" é a formulada por James Marins.

> A ação anulatória em matéria tributária ou ação anulatória fiscal se afigura como ação antiexacional imprópria de rito ordinário e de natureza constitutivo-negativa, que pode ser proposta pelo contribuinte em face da Fazenda Pública ou em face de quem exerça atividade parafiscal, colimando a obtenção de sentença de conteúdo anulatório (modificativo ou extintivo) que anule total ou parcialmente ato administrativo de imposição tributária (lançamento-tributário propriamente dito), ato administrativo de aplicação de penalidades (auto de infração). [30]

Explicando sua definição, James Marins ensina que as ações tributárias impróprias são aquelas que não decorrem de um diploma normativo específico do processo tributário, mas, sim, das regras gerais do direito processual civil. A ação anulatória, embora expressamente citada no artigo 38 da Lei n. 6830/80 (Lei de Execução Fiscal), supostamente buscaria sua estrutura formal nos artigos do Código de Processo Civil.

Embora seja verdade que não há um regramento autônomo exclusivo sobre as ações anulatórias tributárias, como há no caso da ação de execução fiscal, dos embargos à execução fiscal e da medida cautelar fiscal (ações consideradas propriamente tributárias), não se pode negar que alguns diplomas tipicamente tributários lhes dão contornos próprios, diferenciando-as das ações anulatórias comuns.

A despeito da discussão sobre a constitucionalidade da parte final do artigo 38 da Lei n. 6830/80, o fato é que o mencionado dispositivo disciplina aspectos formais da ação anulatória quando afirma que esta deverá ser "precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa e demais encargos". Além disso, o *caput* do artigo 169 do Código Tributário Nacional (principal diploma normativo tributário do país) estabelece prazo prescricional diferenciado para um determinado tipo de ação anulatória tributária.

Em suma, se realmente são ações tributárias impróprias, por não possuírem diploma legal exclusivo, não se pode deixar de ressaltar que sofrem decisiva influência de diplomas normativos tributários que lhes dão especial semblante.

Quanto a serem ações antiexacionais, isso significa, do ponto de vista subjetivo, que terão sempre o contribuinte ou responsável tributário no polo ativo e a Fazenda Pública no polo passivo da demanda e, do ponto de vista objetivo, que seus pedidos visarão à anulação de ato em matéria tributária.

Analisando semanticamente a expressão "ação antiexacional", conclui-se que é um procedimento judicial contrário a uma determinada exação (cobrança de dívidas ou tributos). O vocábulo "exação", em matéria tributária, traz a ideia da cobrança por parte da Administração Pública de um determinado débito.

Destarte, o termo "antiexacional" pode ser utilizado com precisão nos casos em que a ação anulatória tributária visa a anular um lançamento tributário ou um auto de infração, mas não deveria ser utilizado quando se refere às ações anulatórias de decisões administrativas que, por exemplo, denegam pedido de restituição administrativa. Nestes casos, não há uma exação a ser combatida judicialmente, e portanto não haveria caráter "antiexacional".

Quanto a sua natureza preponderantemente constitutivo-negativa (desconstitutiva), tal tema já foi abordado no início deste artigo, valendo lembrar que, pela ação anulatória tributária, o contribuinte deseja operar efeitos modificativos ou extintivos na obrigação tributária (relação jurídica) já formalizada (constituída) por meio do ato administrativo tributário ou pretende desconstituir relação jurídica gerada por decisão administrativa em matéria tributária.

Além das observações feitas acima, outros aperfeiçoamentos poderiam ser propostos, a fim de construir uma definição ainda mais precisa.

James Marins explica que a "ação anulatória fiscal se afigura como ação antiexacional imprópria de rito ordinário". Parece, todavia, não haver qualquer impedimento legal para o ajuizamento de ação anulatória fiscal pelo *rito sumário*, desde que o valor da causa não ultrapasse a quantia de sessenta salários mínimos (artigo 275, I, do CPC).

30 James Marins, em seu livro *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 400-401.

Na prática, inclusive, é comum o ajuizamento de ações tributárias pelo rito sumaríssimo contra a União nos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10259/01. Ora, quem pode o mais (rito sumaríssimo) pode o menos (rito sumário)[31].

Além disso, James Marins sustenta que é uma ação "que pode ser proposta pelo contribuinte". Parece claro que a ação anulatória fiscal pode ser proposta não só pelo contribuinte, mas também pelo responsável tributário.

Por fim, a definição do referido professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná explicita que se busca "a obtenção de sentença de conteúdo anulatório". Embora correta tal afirmação, merece ser ressaltado que a sentença terá conteúdo preponderantemente anulatório ou desconstitutivo, pois, certamente, será também declaratória e condenatória quando houver condenação da Fazenda nos ônus sucumbenciais.

Por todo o exposto, propõe-se o seguinte conceito: "ação anulatória tributária" é uma ação de conhecimento em que se busca sentença de natureza preponderantemente desconstitutiva, que modifique ou extinga a relação jurídico-tributária decorrente de ato administrativo ou de decisão administrativa.[32]

3. CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO ANULATÓRIA TRIBUTÁRIA

3.1. Objeto e cabimento

Na ação anulatória, o sujeito passivo da obrigação tributária busca (a) anular ato administrativo de imposição tributária ou de penalidade (lançamento ou auto de infração) ou (b) invalidar decisão administrativa em matéria tributária que lhe foi contrária. Portanto, é imprescindível que haja um ato administrativo tributário como um lançamento ou um auto de infração ou então uma decisão administrativa desfavorável ao contribuinte[33].

Ao contrário das ações declaratórias que visam à formação de uma certeza jurídica, as ações anulatórias têm como pressuposto obrigatório um ato administrativo ou uma decisão administrativa que se objetiva desconstituir parcialmente ou completamente.

É possível enumerar alguns dos vícios que geram a possibilidade de desconstituição de lançamentos, de autos de infração e de decisões administrativas por meio da ação anulatória tributária:

- lançamento efetuado sobre ente ou objeto imune ou isento (*e.g.* lançamento de IPTU sobre templos ou sobre imóveis tombados);
- lançamento efetuado sobre hipóteses de não incidência tributária pura (*e.g.* lançamento de IPVA em razão da propriedade de bicicleta);
- lançamento efetuado sem a ocorrência do fato gerador (*e.g.* autoridade administrativa, por equívoco, vislumbrou renda que não foi auferida pelo sujeito passivo, lançando Imposto de Renda);
- lançamento efetuado com vício em um dos critérios da regra-matriz de incidência tributária (critérios material, temporal, espacial, subjetivo e quantitativo);
- lançamento efetuado em desrespeito a um dos princípios ou demais limitações ao poder de tributar (*e.g.* não houve obediência ao princípio da anterioridade);
- vício formal no lançamento ou no auto de infração;
- violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório em âmbito administrativo, prescritos pelo artigo 5º, LV, da Constituição da República.

Como são incontáveis os defeitos do lançamento tributário que podem ser impugnados pela ação anulatória tributária, convém indicar duas técnicas que auxiliam na identificação dos aludidos vícios: (a) verificação da existência de erro de direito ou de erro de fato no ato proferido pela autoridade fazendária e (b) verificação de equívoco na aplicação de um dos critérios da regra-matriz de incidência tributária.

Quanto ao método da verificação da existência de erro de direito ou erro de fato na elaboração do lançamento ou da decisão administrativa, deve-se investigar se a autoridade fazendária (a) cometeu equívoco na interpretação e aplicação das normas jurídicas tributárias, forçando, por exemplo, sua incidência sobre determinados fatos não previstos em lei como geradores de obrigação tributária (erro de direito) ou (b) falhou na percepção dos fatos, formalizando equivocadamente lançamento ou auto de infração (erro de fato).

---

31 Duplo Grau Obrigatório n. 2004.009.01039, Desembargador Orlando Secco, Primeira Câmara Cível do TJ-RJ.

32 Não se fez menção ao sujeito passivo da obrigação tributária como titular desta demanda, pois a ação anulatória fiscal pode ser ajuizada inclusive por quem não é sujeito passivo de obrigação tributária, como aquele que busca restituição administrativa (artigo 169 do CTN).

33 LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário. Execução fiscal e ações tributárias*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 281.

Exemplificando, foi considerada erro de direito a tributação dos salões paroquiais anexos aos templos, que são considerados imunes. A interpretação correta do artigo 150, VI, "b", da Constituição da República, segundo o Supremo Tribunal Federal[34], é a de que os salões paroquiais estão imunes, por estarem relacionados com as finalidades essenciais da entidade religiosa. Por outro lado, é erro de fato o equívoco da autoridade administrativa que lança tributo sobre renda que não foi auferida por determinado indivíduo, mas, sim, por um homônimo.

O segundo método para a identificação de vício no ato administrativo é o da verificação de falha na aplicação de algum dos critérios da regra-matriz de incidência tributária. Se o vício atinge qualquer dos critérios (ou aspectos, ou elementos constitutivos, como preferem alguns doutrinadores) da norma de incidência tributária, o ato administrativo poderá ser objeto de ação anulatória fiscal. Viola-se:

- o critério material quando há lançamento apesar de o sujeito passivo não ter praticado a conduta prevista na norma de incidência tributária;
- o critério temporal quando o lançamento considera ocorrido o fato gerador em momento distinto do determinado pela lei;
- o critério espacial quando o lançamento considera ocorrido o fato gerador fora dos limites territoriais previstos na norma de incidência;
- o critério quantitativo quando o lançamento identifica equivocadamente o montante devido[35];
- o critério subjetivo quando há lançamento sobre pessoa diversa da definida em lei ou então realizado por Fazenda Pública que não possui competência para instituir o tributo lançado.

Outra possibilidade de ação anulatória, inclusive prevista nos artigos 156, IX, e 169 do Código Tributário Nacional, é aquela movida contra decisão administrativa contrária ao sujeito passivo da obrigação tributária.

As decisões administrativas que comumente são impugnadas por ação anulatória fiscal são as que por algum erro do órgão julgador fazendário (a) não acolheram a impugnação administrativa de lançamento, (b) não reconheceram determinados direitos do contribuinte ou do responsável tributário, tais como restituição administrativa de tributos pagos indevidamente, isenção, créditos etc. e (c) realizaram classificação fiscal inadequada em prejuízo do sujeito passivo da obrigação tributária.

Concluindo este tópico, deve-se ressaltar que o ajuizamento da ação anulatória importa renúncia ao processo administrativo tributário que trata exatamente do mesmo objeto, conforme disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei n. 6.830/80. O objetivo desta norma é evitar que a discussão tributária na esfera administrativa se dê concomitantemente com a esfera judicial[36].

3.2. Legitimidade

Como ressalta Alexandre Câmara, "têm legitimidade para a causa os titulares da relação jurídica deduzida pelo demandante, no processo" [37]. Com efeito, aquele que ajuíza uma ação anulatória sustenta que há uma relação jurídica entre ele, que sofreu o lançamento ou a decisão administrativa desfavorável, e a Fazenda Pública, que realizou o lançamento ou proferiu a decisão administrativa contrária. Portanto, tem legitimação ativa ordinária quem sofreu o lançamento tributário ou a decisão administrativa desfavorável, que, em regra, será o sujeito passivo da obrigação tributária (o contribuinte ou o responsável).

Se este sujeito passivo indicado pela regra-matriz de incidência tributária transfere, por um contrato ou por outra convenção particular, o dever de pagar o tributo a um terceiro[38], tal negócio jurídico, por si só, não é capaz de atribuir legitimidade ativa *ad causam* àquele que efetivamente pagou o tributo, pois este não integra a relação jurídico-tributária estabelecida pela lei. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada exatamente neste sentido[39].

De fato, o artigo 123 do Código Tributário Nacional dispõe que "as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes".

---

34 RE 253464/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 19/04/05.

35 Seja por apurar erroneamente a base de cálculo, seja por fixar equivocadamente a alíquota.

36 LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário. Execução fiscal e ações tributárias*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 281.

37 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1, p. 108.

38 É muito comum nos contratos de locação ou de comodato de imóveis que as partes transacionem sobre a obrigação de pagar os tributos fundiários.

39 REsp 721862/RJ – Primeira Turma – Rel. Luiz Fux – DJ 18/05/06.

Vale destacar que o raciocínio anteriormente explicitado não sofre qualquer influência do artigo 166 do Código Tributário Nacional, que claramente não se aplica às ações anulatórias tributárias, mas somente às ações de repetição de indébito.

Outro aspecto interessante é o da legitimação extraordinária para o ajuizamento das ações anulatórias, que ocorre sempre que a lei autoriza alguém a ir a juízo, em nome próprio, na defesa de interesse alheio.

O inciso III do artigo 8º da Constituição da República autoriza aos sindicatos que atuem como legitimados extraordinários na defesa dos interesses dos seus associados. Não há qualquer impedimento de que esses interesses sejam de ordem tributária, sendo, na prática, comum o ajuizamento de ações anulatórias fiscais por tais entidades.

As associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano podem impetrar mandado de segurança coletivo, na condição de legitimados extraordinários, a favor de seus associados, inclusive em matéria tributária, conforme previsto no inciso LXX do artigo 5º da Constituição de 1988. Se podem o mais (impetrar o aludido remédio constitucional), podem o menos (ajuizar ação anulatória fiscal).

Por outro lado, segundo o Supremo Tribunal Federal, os partidos políticos e o Ministério Público não têm legitimidade ativa para atuarem em matéria tributária, pois devem se restringir à defesa de interesses difusos.

De acordo com o Guardião da Constituição, a exigência tributária atinge os interesses de um grupo ou classe de pessoas, não os direitos concomitantemente de "todos e de cada um dos membros da sociedade". Não podem, portanto, os partidos políticos e o Ministério Público substituírem os cidadãos na defesa de seus interesses individuais que devem ser postulados em juízo por meio de ações próprias[40].

Depois de identificados os legitimados ativos ordinários e extraordinários para o ajuizamento da ação anulatória fiscal, deve ser lembrado que os legitimados passivos serão aqueles entes que proferiram o ato ou a decisão administrativa que se deseja anular, não existindo maiores dificuldades em identificá-los.

3.3. Interesse de agir

"Interesse de agir" ou "interesse processual" pode ser definido como "utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante"[41]. O Poder Judiciário só deve agir quando for útil a prestação jurisdicional. Esta utilidade do provimento jurisdicional que determina a existência de interesse de agir é confirmada quando presente o binômio necessidade/adequação.

Há muitos casos possíveis de inexistência de interesse de agir na modalidade "necessidade da tutela jurisdicional" no ajuizamento de uma ação anulatória. Exemplificando, poderia se pensar em uma ação anulatória ajuizada para desconstituir lançamento tributário já invalidado previamente em processo administrativo tributário.

Quanto à ausência de interesse de agir na modalidade "adequação do provimento jurisdicional pleiteado", poderia se cogitar no caso de o contribuinte ajuizar ação anulatória fiscal com o fito de anular lançamento de tributo já pago. Se já houve o pagamento do tributo, não há qualquer utilidade na anulação do lançamento, pois a obrigação tributária e, consequentemente, a relação jurídica tributária já foram extintas pelo pagamento.

Nos casos apontados, houve falha na elaboração dos pedidos autorais que, se julgados procedentes, resultariam processualmente inúteis, seja por ausência de necessidade, seja por inexistência de adequação. Situação diversa ocorre quando o autor da ação a denomina de forma equivocada, mas formula corretamente seus pedidos.

Se o autor, na primeira página de sua petição inicial, escreve que propõe uma "ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária" ou uma "ação de repetição de indébito", mas, na descrição dos fatos, na apresentação dos fundamentos e, principalmente, nos seus pedidos, requer a anulação de um lançamento ou de uma decisão administrativa tributária, está, na verdade, ajuizando uma ação anulatória, embora tenha se equivocado ao nomeá-la. Nesses casos o interesse de agir está presente.

Em suma, o artigo 282 do Código de Processo Civil não obriga o autor a explicitar em sua petição inicial o nome da ação proposta; entretanto, a legislação processual não dispensa a apresentação precisa dos fatos, dos fundamentos jurídicos e, especialmente, dos pedidos, sendo que estes últimos serão decisivos para a identificação da ação proposta.

---

40 Conferir informativos do Supremo Tribunal Federal 372 (RE 196.184) e 405 (RE 379.495).

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: RT, 1987. v. 1, p. 266 *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1, p. 113.

3.4. Tutela antecipada e medidas cautelares

Tutela antecipada e medida cautelar são provimentos jurisdicionais de cognição sumária que se diferenciam basicamente por esta ter natureza instrumental enquanto aquela possui natureza satisfativa. Na tutela antecipada, o que se deseja é antecipar parcialmente ou totalmente o provimento jurisdicional que só ao fim do processo judicial se obteria[42], ao passo que, na medida cautelar, o intuito é obter um provimento jurisdicional instrumental, que garanta a efetividade da decisão final na ação de conhecimento ou na ação de execução[43].

Quanto ao provimento jurisdicional buscado na tutela antecipada, ou se requer exatamente o que se obteria somente ao fim do processo (antecipação de tutela total) ou se requer apenas um ou alguns dos efeitos jurídicos que seriam produzidos com a sentença (antecipação de tutela parcial).

Nas ações anulatórias fiscais que objetivam combater lançamento tributário, jamais será possível uma antecipação de tutela total, por expressa vedação legal. Com efeito, nessas ações se busca a anulação do lançamento, com a consequente extinção do crédito tributário. Ocorre que, de acordo com o inciso X do artigo 156 do Código Tributário Nacional, apenas a decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário.

Portanto, não será possível a extinção do crédito tributário antes do trânsito em julgado, em razão da proibição legal de que seja concedida antecipação de tutela total nesse tipo de ação anulatória.

Por outro lado, é possível a antecipação de tutela parcial em ações anulatórias fiscais. Quando o autor requer a antecipação da tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário durante o curso da lide, está buscando antecipar um dos efeitos do provimento jurisdicional final que é o de tornar inexigível o crédito tributário. Fica claro que, com o provimento jurisdicional antecipatório, o crédito tributário não será extinto (artigo 156, X, do CTN), mas sua exigibilidade estará suspensa (artigo 151, V, do CTN).

Em uma ação anulatória, quando o autor requer tutela antecipada para que seja fornecida pela autoridade fazendária uma certidão positiva com efeitos de negativa, está pleiteando uma tutela antecipada parcial. O efeito da decisão final que se deseja antecipar é aquele que permite ao autor praticar os atos e negócios jurídicos que estão ordinariamente vedados àqueles que possuem débitos de natureza tributária.

Ainda sobre as tutelas antecipadas, é comum o autor de ação anulatória tributária pedir antecipação da tutela para realizar depósito judicial. Trata-se de equívoco, eis que a tutela antecipada e o depósito judicial são causas distintas de suspensão da exigibilidade. A primeira encontra previsão no inciso V e a segunda, no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

O depósito judicial do tributo é um direito potestativo do contribuinte que deseja ver suspensa a exigibilidade do crédito, não estando sujeito à autorização do juiz. O correto é o contribuinte apenas requerer guia para depositar o tributo, e não autorização para o depósito.

Situação diferente ocorre quando o contribuinte requer tutela antecipada para suspender a exigibilidade do tributo, sem se valer do seu direito de depositar judicialmente, e o magistrado condiciona a tutela de urgência ao depósito. Nesse caso, o juiz poderá estar errado ou correto, dependendo dos fundamentos da sua decisão.

O magistrado estará equivocado se vislumbrou a presença dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil para a concessão da tutela antecipada: (a) verossimilhança das alegações do requerente (*fumus boni iuris*) e (b) risco de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) ou nítido propósito protelatório do réu e, mesmo assim, entendeu necessário o depósito previsto no artigo 151, II, do CTN. Como visto, o inciso V do mesmo artigo tem, por si só, força normativa suficiente para fundamentar a suspensão da exigibilidade sem necessidade do depósito judicial previsto no inciso II.

Situação diversa ocorre quando o magistrado não verifica com clareza a presença dos requisitos autorizadores da tutela antecipada. Nesses casos, se o magistrado não vislumbrou claramente a verossimilhança das alegações autorais, poderá, não com fundamento no artigo 273 do CPC, mas com base no seu poder geral de cautela (que, de acordo com o artigo 798 do CPC, exige basicamente o *periculum in mora*[44]), "vedar a prática de

42 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 87.

43 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3, p. 151.

44 James Marins sustenta que, mesmo não aparecendo expressamente no artigo 798 do CPC, o *fumus boni iuris* é uma condição implícita indispensável para a concessão da medida cautelar. James Marins, em seu livro *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 465.

determinados atos" (artigo 799 do CPC), que concretamente poderiam ser os atos de cobrança do crédito tributário.

Apenas nessa situação, poderá exigir do demandante um depósito de natureza contracautelar, que serve como garantia (caução) à Fazenda Pública. Este depósito é inconfundível com aquele previsto no inciso II do artigo 151 do CTN. As diferenças são manifestas, podendo aquele depósito ser realizado em bens diferentes de dinheiro, não ser integral etc., o que não é admissível em relação ao depósito previsto no artigo 151 do Código Tributário.

Como visto, o magistrado pode se valer do seu poder geral de cautela, em instrumentos jurídicos que não se confundem com a tutela antecipada. Não se pode negar que um pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário também pode servir de instrumento para garantir a efetividade do provimento jurisdicional que está sendo pleiteado na ação anulatória. É razoável admitir que tal pedido possui, simultaneamente, caráter satisfativo, pois antecipa parcialmente um dos efeitos da tutela, e caráter instrumental, porque garante a efetividade do provimento final do processo de conhecimento.

Há casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário será instrumento necessário para a subsistência da pessoa jurídica durante o trâmite da ação anulatória. De fato, não terá eficácia a sentença favorável ao autor da ação anulatória tributária, se esse suposto devedor teve seus bens leiloados ou então decretada a sua falência em razão do prosseguimento da cobrança do crédito tributário impugnado.

Ainda quanto ao depósito previsto no inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional, deve ser lembrado que é processualmente admissível o ajuizamento de ações cautelares preparatórias ou incidentais de depósito que correrão apensas à ação anulatória fiscal. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, tem entendido que se trata de procedimento aceitável, porém desnecessário e de má técnica, podendo o depósito ser efetuado na própria ação anulatória. O referido tribunal destaca, inclusive, que, nesse tipo de ação cautelar, não cabe a condenação da Fazenda em honorários advocatícios[45], se não houver resistência.

45 REsp 286.443/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJ 17.10.2005.

Independentemente de ser feito na própria ação anulatória fiscal ou em ação cautelar, o depósito previsto no artigo 151, II, do CTN deve ser integral e em dinheiro para suspender a exigibilidade do crédito tributário[46]. Caso seja efetuado após a data de vencimento, sem os acréscimos legais exigidos pela Fazenda, não será apto a suspender a exigibilidade.

Na ação cautelar preparatória ou incidental à ação anulatória, o autor poderá simplesmente requerer a suspensão da exigibilidade sem fazer qualquer menção a depósito judicial, tentando demonstrar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* ou evidente intuito protelatório do réu (artigo 151, V, do CTN combinado com 173 do CPC).

De modo geral, em relação ao pleito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não se recomenda o ajuizamento de ações cautelares (que expõem o demandante à condenação nos ônus da sucumbência), mas o pedido de antecipação de tutela ou de medida cautelar[47] nos autos da ação anulatória tributária.

Concluindo, deve ser dito que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, se o autor da ação obtém medida cautelar ou tutela antecipada e estes provimentos de cognição sumária são cassados posteriormente, há necessidade de se pagarem os juros moratórios e os demais acréscimos legais de todo o período em que a exigibilidade esteve suspensa[48]. Fundamenta seu entendimento no seguinte argumento:

> [...] o provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual se encontra vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida [...] a denegação final opera efeitos *ex tunc*[49].

46 Enunciado 112 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

47 Sobre a diferença entre ação cautelar e medida cautelar, conferir FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro.* 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3, p. 152.

48 Exceção prevista pelo artigo 63, § 2º, da Lei 9430/96 relativa aos tributos federais, que concede trinta dias para o pagamento sem acréscimos contados da cassação da tutela de urgência.

49 REsp 132.616/RS – Segunda Turma – Rel. Min. Franciulli Netto – DJ 26/03/2001; REsp 205.301/SP – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – DJ 09/10/00.

4. CONCLUSÃO

As questões doutrinárias envolvendo as ações anulatórias tributárias são inúmeras e quase todas interessantes. O presente artigo tentou aprofundar a análise teórica deste instrumento processual, sem deixar de fazer rápidas referências a algumas discussões jurisprudenciais pertinentes ao tema.

Todas as críticas elaboradas têm como escopo o aprofundamento teórico da matéria, devendo ficar registrada a admiração que o autor deste modesto estudo nutre pelos juristas citados ao longo do texto.

5. BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo tributário*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v.1.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSONE, Vittorio. CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. *Processo tributário*: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

COIMBRA, J. R. Feijó. *A defesa do contribuinte*. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário. Execução fiscal e ações tributárias*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Dialética, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

A Responsabilidade Civil nos Espetáculos Desportivos

MARTINHO NEVES MIRANDA[1]

SUMÁRIO: 1. Contextualização; 2. A importância do tema na sociedade contemporânea; 3. O organizador e os demais intervenientes na organização do espetáculo; 4. O contrato de exibição de espetáculo desportivo: os direitos e deveres das partes e os casos de descumprimento; 5. Os danos cometidos pelos desportistas; 6. O regime jurídico aplicável ao organizador na reparação do dano: a responsabilidade objetiva; 7. Bibliografia.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O aparecimento de novas atividades no curso dos anos impõe que a elas se ajustem os princípios fundamentais da responsabilidade civil. Compêndios específicos surgem para particularizar a teoria geral ancorada na máxima *neminem laedere* aos vários fenômenos sociais que trazem a probabilidade do dano, como o trânsito, a medicina, os transportes, as relações de consumo, as criações do espírito, as locações urbanas, dentre outros[2].

O mesmo há de ser feito em relação ao desporto, cuja imagem tradicional de atividade de lazer alterou-se substancialmente a partir do momento em que a competição de alto nível surgiu na sua dimensão comercial e financeira.

Isto se deve ao crescente interesse do todo social pelas competições, fazendo com que elas se transformassem em espetáculos lucrativos, despertando o interesse de patrocinadores, o que deu ao desporto organizado uma conotação de verdadeira indústria de entretenimento.

---

1 Advogado e Procurador do Município do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela UNESA; Coordenador do curso de pós-graduação em Direito Desportivo da Universidade Cândido Mendes; professor da Escola Superior de Advocacia de São Paulo e da Fundação de Estudos do Mar; autor do livro "O Direito no Desporto". Ed. Lumen Juris, 2007.

2 A contribuir para essa análise particularizada de determinados fenômenos jurídicos, o processo de proliferação dos chamados microssistemas, aliado à necessidade de repensar certos institutos de acordo com os valores expressados na Constituição, pois como avalia Bodin de Moraes, "o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado". BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. n. 65, p. 22, jul./set. 1993.

O espetáculo desportivo torna-se, portanto, um objeto de consumo, como qualquer outro serviço[3], passando a ser visto como mais uma atividade de caráter mercantil. E a alteração sobre o modo de pensar este fenômeno coloca no centro da discussão a figura do organizador do espetáculo, que antigamente era visto como mero difusor do desporto e que a nova realidade transformou em autêntico empresário, empreendedor de uma genuína atividade econômica[4].

O fator econômico desembocou naturalmente na especialização e profissionalização dos desportistas, cuja carga de exigência foi também levada a níveis extremos, intensificando os perigos de acidentes advindos do seu exercício.

Por outro lado, o grande crescimento do número de espectadores fez notabilizar o desporto no último século não apenas como atividade de lazer para os aficionados, mas também como elemento portador de riscos, que se multiplicam em escala geométrica precisamente em função destes cenários multitudinários[5].

Assim, na medida em que o desporto organizado alterou a sua forma de atuação, potencializando a presença do dano de várias formas na sociedade, faz-se necessário, por outra parte, um ajustamento do ramo civilista a estes novos padrões de comportamento.

Isto se impõe pelo fato de se constatar a insuficiência da regulação individualista do direito civil para atender, no campo da reparação pecuniária, o conjunto de homens afetados pelo exercício dessa atividade e colocados em nítida posição de inferioridade perante os seus empreendedores.

Dessa forma, tem-se que a hodierna concepção dos espetáculos desportivos, formada a partir do interesse massivo da população e da profissionalização do desporto, constitui o substrato fático para exigir a concessão de novo tratamento jurídico, sendo impossível tratar-se destes eventos sem se cogitar da atividade econômica que encerram, dos riscos que potencializam e dos danos que aportam para o contexto social.

2. A IMPORTÂNCIA DO TEMA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O assunto desperta interesse tanto no plano teórico quanto do ponto de vista prático.

Sob o primeiro prisma, esta é uma boa hipótese de laboratório para debater um dos temas apontados pela doutrina como dos mais importantes a serem enfrentados pela ciência jurídica da pós-modernidade, que vem a ser o problema do pluralismo, que se manifesta no contexto social de várias formas[6].

A começar pela questão relacionada ao pluralismo dos agentes a sofrerem a imputação do dever de reparar, pois a tarefa de caracterização dos responsáveis pelos danos resultantes dos espetáculos desportivos constitui um exercício que guarda boa dose de complexidade.

Tal se afirma, porque a multiplicidade de pessoas que de alguma forma participa dos espetáculos desportivos (federações, entidades de prática, organismos públicos, organizadores, patrocinadores, colaboradores, árbitros, desportistas, espectadores etc.) dificulta e fragmenta o regime normativo de determinação e individualização de responsabilidades.

Pode-se dizer igualmente que, do ponto de vista do polo passivo desta relação, há uma grande variedade de pessoas sujeitas a sofrerem a repercussão danosa da atividade desportiva de exibição, como os atores e assistentes dos espetáculos e ainda os terceiros alheios a estes eventos.

Por outro lado, a especificidade das situações que acarretam danos em tais atividades revela a insuficiência da mera aplicação dos princípios fundamentais que regulam a responsabilidade civil, o que requer a

3 v. neste sentido a Lei n. 9.981/00 que alterou o art. 42, § 3ª, da Lei n. 9.615/98 para equiparar o torcedor ao consumidor, estendendo-lhe todos os direitos assegurados pela Lei n. 8.078/90.

4 Nesta linha, a Lei n. 9.615/98, no capítulo que trata dos "Princípios Fundamentais", assevera que "a exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica". (art. 2º, § único).

5 A mola propulsora para motivar a atenção dos juristas e dos ordenamentos estatais para os danos decorrentes do grande fluxo de espectadores nos espetáculos foi a denominada "Tragédia de Heysel", ocorrida na Bélgica, em 29 de maio de 1985, por ocasião da final da Copa da U.E.F.A., deixando 39 mortos e 400 feridos.

6 Tepedino aponta o fenômeno do pluralismo como um dos maiores problemas a serem enfrentados pelo Direito pós-moderno, invocando a lição de Claudia Marques (MARQUES, 1997) que divide essa questão no viés da pluralidade de fontes normativas a regular o mesmo fato, na multiplicidade de agentes a sofrerem a imputação da responsabilidade e na pluralidade dos sujeitos a proteger, que são não raro indeterminados como no caso dos interesses difusos. TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 7.

fixação de marcos teóricos capazes de ajustar os standards jurídicos às peculiaridades que o espetáculo desportivo apresenta.

Esta necessidade surge pelo fato de que o desporto acompanhou o processo de segmentação normativa vivenciado em nosso país, a denominada "era dos estatutos",[7] tendo sido agraciado também com um estatuto, o Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671/03), que, ao lado da Lei Geral de Desportos (Lei n. 9.615/98), definiu um regime específico de direitos, obrigações e responsabilidades, deixando de lado várias concepções tradicionais contidas no imponente Código Civil.

Por fim, é de se ressaltar a importância prática do assunto, já que a presença do dano é uma constante no desporto de competição, ora pelo perigo que determinadas práticas naturalmente possuem, ora pelo interesse do público em relação a grandes eventos, aumentando as probabilidades de concretização de certos riscos.

E o interesse cresce particularmente em relação ao nosso país. Basta olhar no retrovisor a Tragédia da Fonte Nova e do Couto Pereira, dentre outras, constatar atualmente o lastimável estado de conservação de nossas arenas desportivas e vislumbrar no horizonte que se descortina eventos como a Copa de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, para concluirmos que os eventos desportivos se constituem em fontes de riscos a circundar permanentemente a sociedade brasileira.

Esta, por sua vez, se encontra ainda à espera de uma resposta imediata daqueles que militam no mundo jurídico, pois o quadro nacional é de uma autêntica "anemia doutrinária", clamando a conjuntura atual para que se promova um aprofundamento acadêmico pormenorizado nessa seara, devido às transformações sociais e de ordem legal que o desporto-espetáculo sofreu ao longo do último meio século.

3. O ORGANIZADOR E OS DEMAIS INTERVENIENTES NA ORGANIZAÇÃO DO ESPETÁCULO

A clássica e ainda atual definição de organizador proposta por Savatier, como sendo "aquele que toma implicitamente sob sua responsabilidade a constituição e a marcha geral de uma ou várias provas desportivas"[8], dá a exata dimensão da amplitude do termo, que abrange tanto pessoas físicas quanto jurídicas, de direito público ou privado.

Com efeito, adverte Gamero Casado que será organizador "a pessoa física ou jurídica que convoca formalmente a celebração da competição desportiva e decide por si mesmo os seus participantes ou a declara aberta"[9], sendo que apenas uma análise do caso concreto, é que nos permitirá dizer quem é verdadeiramente o organizador de um encontro desportivo.

A penumbra evidenciada nos últimos anos na identificação da figura do organizador do espetáculo desportivo encontra sua razão de ser na variedade de sujeitos que vêm se envolvendo na realização de tais eventos.

Conforme já visto, o principal elemento que contribui para esse estado de perplexidade é a própria estrutura do movimento desportivo, que segue uma formatação piramidal reunindo uma infinidade de entidades dirigentes e de prática, havendo quase sempre mais de uma entidade desportiva participando da organização.

Quando ocorrida essa hipótese, a doutrina esmerou-se por distinguir a figura do organizador direto do organizador indireto[10], sendo organizador direto quem assume o encargo de tomar concretamente todas as medidas de precaução aptas a assegurar a boa marcha de uma competição desportiva e organizador indireto aquele hierarquicamente superior que edita regras para a realização das competições, a serem observadas pelo primeiro.

No direito brasileiro, o Estatuto do Torcedor reconheceu essa peculiaridade em relação às competições profissionais, tendo já divido tarefas e responsabilidades concernentes à organização tanto para a federação responsável pela competição quanto para o clube detentor do mando de campo.

Esta alusão feita pelo legislador à "entidade de prática detentora do mando de jogo" se refere claramente aos espetáculos de futebol, em que normalmente o clube com mando de jogo é aquele que, pelas regras da competição, deve receber o time

7 A expressão é de TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: ——. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 1, p. 8.

8 SAVATIER, Rene. *Traite de la reponsabilite civile en droit francais civil administratif, professionnel, proccedural*. 2. ed. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951. v. 2, p. 490.(tradução nossa).

9 CASADO, Eduardo Gamero. *Los seguros deportivos obligatorios*. Barcelona: Bosch, 2004. p. 160.(tradução nossa).

10 BONDALLAZ, Jacques. *La responsabilité pour les préjudices causés dans les stades lors de compétitions sportives*. Berne: Staempfli, 1996. p.17.

adversário em seu estádio ou outro em que deseje ou possa jogar com a missão de organizar alguns aspectos da partida.

Mas a plêiade de sujeitos responsáveis que intervêm na sua organização não se esgota na equação acadêmica recém-sinalizada, pois não raro os organizadores não dispõem de infraestrutura própria, valendo-se de meios materiais e humanos para se desincumbirem desse mister.

E precisamente o rol de auxiliares ampliou-se sobremaneira com a edição do Estatuto do Torcedor, que qualificou e dilatou o leque de encargos a serem satisfeitos pelo organizador de competições desportivas (segurança, atendimento médico, divulgação, asseio, acomodação, venda de ingressos, orientação etc.), multiplicando a necessidade deste último de se valer de um número maior de colaboradores para se desincumbir do fardo legal.

O organizador torna-se, portanto, polo de irradiação de inúmeros ajustes que se formam para a ocorrência do espetáculo e que podem ser agrupados basicamente em três compartimentos: contratos mantidos com aqueles que o auxiliam na tarefa de realização do espetáculo, contratos formalizados com os desportistas para realizarem a disputa e contratos celebrados com os espectadores para assistirem ao evento[11].

Torna-se imperioso, portanto, destrinchar o emaranhado de relações contratuais enfeixadas na figura do organizador, tendo em vista a repercussão da apuração desses vínculos jurídicos para fins de fixação do eventual dever de indenizar.

E isto apenas reforça a posição de destaque que possui o organizador, já que a apuração da responsabilidade civil sempre terá por perto uma investigação do papel jurídico desempenhado por essa pessoa, bem como da natureza dos vínculos por ele mantidos, diante de cada tipo de dano ocorrido em virtude do espetáculo.

Quanto aos meios materiais utilizados na organização, importa destacar o elemento mais importante no espetáculo que vem a ser a arena desportiva, já que não raro o organizador tem que se valer de equipamentos de terceiros.

Surge daí a questão quanto à responsabilidade do titular da instalação desportiva que não tome parte na disputa, sendo que, nesse caso, o proprietário do estádio só responderá por danos estruturais do equipamento, e ainda sim perante os organizadores mediante ação regressiva destes, já que, pelo Estatuto do Torcedor, o organizador será sempre o responsável direto, por ser aquele considerado pela lei como o fornecedor dos serviços prestados(art.3º).

Quanto aos recursos humanos empregados, é relevante a condição jurídica do colaborador envolvido nesse serviço para fins de fixação do dever de indenizar entre as partes.

Quando se está diante de uma relação entre organizador e voluntários, tem-se que estes só responderão perante o organizador em caso de dolo, enquanto que este último responderá simplesmente por culpa, diferindo da hipótese de contratação de serviços, já que por culpa responderão ambos os contratantes, tudo na forma prescrita pelo art. 392, do C.C., sem embargo do disposto no art. 7º, inciso XXVIII, da C.F., aplicável quando houver vínculo empregatício entre as partes.

Outra peça importante no espetáculo vem a ser a figura do árbitro, que, de tantos poderes que possui, chega a ser chamado de juiz, já que detém, inegavelmente, prerrogativas de jurisdição e império no palco desportivo.

E o árbitro, precisamente por ter tantos poderes, pode consequentemente responder por danos, como autorizar a realização de uma partida sem condições de segurança para o público ou para os atletas, permitir que um lutador seja golpeado até a morte, ou não autorizar um socorro médico urgente para um desportista.

Em todos esses casos, o árbitro poderá responder penalmente, mas a responsabilidade civil é da federação respectiva, já que o árbitro nada mais é do que um preposto da federação, um representante desta na pugna desportiva.

De outra parte, nas relações mantidas entre organizadores e desportistas, observa-se a possibilidade da formação de ajustes dos mais variados matizes e que também tendem a produzir diferentes efeitos no campo da responsabilidade civil.

De fato, os atletas podem atuar seja por força de vínculos associativos entre os praticantes e o organizador, contra remuneração por parte deste último, sob regime empregatício ou de prestação de serviços, ou ainda por provocação dos desportistas, gratuita-

11 A referida fórmula tripartite é apresentada por Frédéric Buy em decorrência das três etapas que ordinariamente hão de ser superadas pelo organizador na realização de eventos desportivos: preparação, desenvolvimento e exploração do espetáculo. BUY, Frédéric. *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*. Marseille: Press Universitaires D'Aix-Marseille, 2002. p. 36.

mente ou mediante pagamento, havendo quem considere que esta última hipótese representa uma genuína relação de consumo[12].

Sob o ângulo externo, isto é, pelos danos causados por esses agentes a terceiros, há que se considerar que todos os que atuam na organização e exibição mantêm, em certa medida, uma relação de preposição com o organizador, devendo ser aplicado o art. 932, III, do Código Civil, o que implica a possibilidade do ajuizamento de ações diretamente contra o responsável pela organização do evento desportivo.

Diverso será o enquadramento jurídico, quando danos forem provocados por agentes públicos, já que, neste caso, a relação de preposição não existe entre organizador e colaborador, o que implicará a mudança no regime de fixação de responsabilidades, podendo, inclusive, resultar em eventual exoneração da obrigação de indenizar por parte do organizador, a ser eventualmente substituído pelo próprio Estado.[13]

4. O CONTRATO DE EXIBIÇÃO DE ESPETÁCULO DESPORTIVO: OS DIREITOS E DEVERES DAS PARTES E OS CASOS DE DESCUMPRIMENTO

Há uma década o legislador brasileiro promoveu uma revolução jurídica nas relações entre organizadores e espectadores de eventos desportivos ao classificá-las como genuínas relações de consumo, tendo a Lei n. 9.981/00 alterado a Lei Geral de Desportos (Lei n. 9.615/98) para equiparar o espectador pagante do espetáculo aos consumidores, na forma da Lei n. 8.078/90.

Todavia, não se meditou ainda sobre os múltiplos e heterogêneos aspectos que envolvem essa equiparação, em virtude das peculiaridades que a relação em apreço apresenta, mormente no que concerne aos eventuais danos causados em decorrência da formação dessa relação de consumo, o que pressupõe, obviamente, a imperiosidade de se analisar o conteúdo de tal liame jurídico.

Quanto a esse aspecto, pode-se afirmar que, diante da norma contida no art. 425 do Código Civil, é possível considerar o contrato celebrado entre as partes como um contrato atípico de exibição de espetáculo desportivo, em que o organizador se obriga, mediante o pagamento de determinada importância, a brindar o assistente com a exibição de determinada manifestação desportiva.

Esse contrato encerra basicamente três obrigações para cada parte dessa relação.

No que diz respeito ao torcedor, este tem o dever de efetuar o pagamento do valor do ingresso e ocupar o local correspondente ao assento adquirido, se comportando de acordo com os usos e costumes aceitos para assistir à modalidade desportiva em questão, o que irá variar, por exemplo, de uma partida de tênis para uma partida de futebol ou de um campeonato de surfe para um torneio de golfe e daí por diante.

No que concerne às obrigações do organizador, podem-se elencar as seguintes: exibir um espetáculo, garantir a qualidade do serviço prestado e assegurar a segurança de todos os torcedores.

Quanto à primeira, é bem de ver que a mesma é de resultado, pois quem contrata por presenciar tais eventos não espera simplesmente que a outra parte empregue seus melhores esforços para a realização do mesmo. Assim, ante o descumprimento do contrato, deverá a princípio o organizador responder, sem que fique a cargo da vítima a prova de atuação negligente por parte daquele.

A realização do espetáculo faz com que se cumpra a parte formal da execução do serviço, a qual não satisfaz por completo a obrigação. Há que se atender também ao caráter material, isto é, à qualidade do serviço prestado.

Entretanto, esta questão ganha ainda maiores foros de complexidade, notadamente na identificação das hipóteses de descumprimento desse dever contratual e a respectiva averiguação de possíveis lesões ao espectador.

E tal circunstância encontra-se intimamente atrelada ao instituto do vício do serviço, devidamente amparado pelo art. 20 do Código de Defesa do Consumidor, surgindo desta previsão normativa a necessidade de saber, ante a especificidade do espetáculo desportivo, quais as situações que podem ser tipificadas na sua realização como serviços impróprios ou deficientes.

12 Esta é a opinião de Jacques Bondallaz, que não vê diferença entre o espectador pagante e o desportista que é obrigado a pagar uma taxa de inscrição para participar do espetáculo. BONDALLAZ, op. cit. p. 118.

13 É assim que também se posiciona Giampero ao asseverar que "provado que um determinado fato seja atribuível ao serviço de colaboração da força de ordem, o organizador não responderá pelo ilícito". CONRADO, Giampero. Ordinamento giuridico sportivo e responsabilità dell'organizzaore di uma manifestazione sportiva. *Rivista Di Diritto Sportivo*, Milano, v. 43, n. 1-2, p. 13, genn./giug. 1991. (tradução nossa).

Desde logo, pode-se afirmar por impróprio o serviço quando não se faz possível o acesso à arena desportiva[14], ou são oferecidos lugares inadequados, insuficientes ou incompatíveis com a acomodação previamente adquirida pelo espectador.

O tema da qualidade do serviço prestado se torna ainda mais delicado quando se destina a verificar alguma insuficiência na disputa propriamente dita, o que poderia levar alguém a perguntar, por exemplo, se poderá haver direito à reparação em espetáculos de péssima qualidade técnica ou quando este for marcado por erros de arbitragem.

As respostas a essas perguntas só poderão ser negativas, já que se está aqui nitidamente diante de uma obrigação de meio, em que tanto o organizador quanto os competidores e árbitros se comprometem a empregar os seus melhores esforços na execução de suas tarefas[15].

Entretanto, o princípio da boa-fé acolhido pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo nas obrigações de meio, não dá ao contratante a prerrogativa de "descuidar-se quanto à busca do resultado pretendido pelo credor"[16], remanescendo o seu dever de atuar no sentido de conseguir o produto almejado no ajuste.

Nessas circunstâncias, faz-se mister uma análise pormenorizada dos serviços que são objeto de prestação, principalmente em virtude do princípio norteador da boa-fé objetiva, que demanda uma verificação dos fins perseguidos em cada ajuste para extrair os deveres de conduta das partes[17].

Analisando-se a natureza do ajuste e o fim perseguido pelo torcedor ao firmá-lo, tem-se que, no contrato de exibição de espetáculo, o aficcionado tem por objetivo assistir a uma disputa real, da qual deriva a emoção decorrente da incerteza de seu resultado, em que os participantes se comprometem a lutar pela vitória, observando as regras gerais do esporte e os padrões éticos de comportamento.

Se não houver essa tentativa da vitória, ou se houver violação às regras éticas do esporte, haverá aí sim deficiência na prestação do serviço.

Portanto, clara deficiência na prestação do serviço de exibição do espetáculo existirá, por exemplo, quando resultados forem forjados pelos praticantes, quando um árbitro é corrompido, ou quando um piloto provo-

---

14 Na mesma direção, tem-se a decisão proferida pela Décima Câmara Cível de Porto Alegre – Rio Grande do Sul[10].
APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO. O julgador, ao fundamentar a sentença, não precisa rebater, um por um, os argumentos das partes, mas, sim, apresentar a sua justificação à decisão proferida. Ao mesmo tempo, o princípio da identidade física do juiz não é violado na hipótese do magistrado ser afastado por motivo de férias, remetendo os autos ao seu sucessor, para que sentencie. A relação entre a Federação Gaúcha de Futebol, como organizadora de eventos esportivos, e os torcedores é de consumo. **Caracteriza vício do produto o fato de os consumidores, que adquiriram ingressos para partida de futebol, não conseguirem adentrar no estádio, onde a mesma seria realizada**. Configurados o inadimplemento contratual e o justo sentimento de revolta dos autores, cabível o ressarcimento a título de danos morais, que foram arbitrados dentro dos critérios de equidade e razoabilidade. Improvidos a apelação e o recurso adesivo, no tocante à majoração da indenização arbitrada, não se conhecendo deste quanto aos lucros cessantes. TJRS. Ap. Cível n. 70001973718. 10ª Câm. Civ., Rel Luiz Ary Vessini de Lima em 23.08.2001. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 21 de dezembro de 2009.(grifou-se).

15 Esta questão já foi inclusive submetida ao Judiciário, em que se buscava a reparação por erros de arbitragem, em que restou clara a existência na hipótese de mera obrigação de meio por parte do organizador:
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TORCEDOR OFENDIDO POR ERRO DE ARBITRAGEM. FALTA DE MARCAÇÃO DE PENALIDADE DURANTE A DISPUTA ENTRE ATLÉTICO MINEIRO E BOTAFOGO, NA COPA DO BRASIL DE 2007. INEXISTÊNCIA DE DIREITO VIOLADO. 1. Embora se trate de relação de consumo, consoante o disposto no artigo 3º da Lei n. 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor), não praticou a ré qualquer ilícito a macular o alegado direito do autor-torcedor. 2. Ao promover campeonato de futebol e partidas entre times rivais, com a presença de público mediante a venda de ingressos, a ré não se compromete a garantir resultado em benefício de quaisquer dos times, muito menos responde pelo eventual equívoco de arbitragem, havendo no país tribunal especializado que prima pela observância das regras aplicáveis ao **desporto.** 3. O erro de arbitragem não gera para o torcedor-consumidor, na sua mera condição de espectador, qualquer direito de cunho moral ou muito menos material, já que sequer uma má partida de futebol autoriza a restituição do valor gasto com o pagamento do ingresso. 4. Ausência absoluta de violação de direito a tutelar. 5. Desprovimento do recurso. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima sétima câmara civel, Rel. Des. Elton Leme – Julgamento: 13/08/2008.

16 TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: ——. *Temas* ..., op. cit., p.247.

17 v. neste sentido a lição de Tepedino e Schreiber, ao analisar o princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor "[...] uma nova concepção de boa-fé, que desvinculada das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos *em cada relação obrigacional*." (grifos nossos). TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. In: *Revista da EMERJ*, v.6, n. 23, p. 141, 2003.

ca propositadamente um acidente apenas para obter um resultado desportivo ilegítimo.

Em todos esses casos, haverá direito à reparação, já que não existe uma disputa real, mas apenas uma farsa que não se coaduna com a essência do esporte[18].

Neste passo, tem-se nítida a distinção entre assistir-se a um show de música ou a uma peça teatral e presenciar um espetáculo desportivo, pois aqui a incerteza do desfecho da disputa há que estar também presente no espírito dos participantes, o que não ocorre nos demais espetáculos, em que os artistas envolvidos já sabem de antemão todo o script da exibição.

Por outro lado, também haverá violação ao contrato se as regras de disputa forem maculadas de tal forma que deturpem a própria essência da modalidade em questão, como quando uma partida for encerrada muito antes de seu lapso temporal regulamentar, ou quando uma corrida automobilística tiver no seu *grid* de largada um número expressivamente inferior ao que se comumente observa na temporada.

Outra indagação relacionada ao tema diz respeito à caracterização da natureza jurídica da relação travada entre organizador e espectador, quando este não paga pelo ingresso ao recinto desportivo[19], existindo inclinação doutrinária para incluí-la também no rol das relações de consumo, notadamente quando se observa a presença de patrocinadores, que possuem o lucro indireto advindo da publicidade institucional de suas marcas[20].

Hipótese diversa ocorrerá quando se trate de espectador clandestino, que adentra ao recinto sem anuência do organizador, sendo evidentemente extracontratual essa relação. Todavia, será de difícil comprovação essa situação, a qual fica a cargo do organizador, já que tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Estatuto do Torcedor fixam a presunção contratual da relação em favor dos espectadores.

Com relação ao dever de segurança, pode-se afirmar que ele se apresenta como uma cláusula tácita de incolumidade, em que o organizador se compromete a assegurar a integridade física daqueles que se encontram no recinto para apreciar a pugna desportiva, não sendo admissível que os espectadores, na sua postura meramente passiva e de contemplação, tenham concordado em assumir o risco de sofrerem danos em decorrência da atividade.

Neste particular, vale ressaltar que o Estatuto do Torcedor prevê no art. 14 que a responsabilidade pela segurança é da entidade detentora do mando de campo.

Contudo, o mesmo diploma determinou em seu art. 19 que os organizadores, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades detentoras do mando de jogo e seus dirigentes, **independentemente da existência de culpa**, "pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo".

---

18 Quanto à responsabilidade do organizador pela lisura das competições, destaca-se decisão proferida pelo Conselho Recursal dos Juizados Cíveis e Criminais da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro que determinou a indenização a torcedor por danos decorrentes do fato de ter adquirido ingressos para partidas de futebol que foram anuladas posteriormente pela Justiça Desportiva em virtude da atuação do árbitro que influiu intencionalmente no resultado.
Colhem-se do voto do relator as seguintes passagens:
.....
É direito do consumidor a informação clara sobre a qualidade do serviço que lhe é prestado e a informação veiculada pelo fornecedor de serviços é vinculante para ele (CDC, arts. 6º, III e 30).
Outrossim, é proibida a publicidade enganosa, isto é, qualquer informação inteira ou parcialmente falsa sobre dado essencial do produto capaz de induzir o consumidor a erro (CDC, art. 37).
Ademais, é direito do autor e de qualquer torcedor que "arbitragem das competições esportivas seja independente e imparcial" (Estatuto do Torcedor, art. 30) e, como se viu, o árbitro em questão não atuou com imparcialidade.
Falhou o réu no cumprimento dos aludidos arts. 6º, III, 30 e 37, do CDC, e 30 do Estatuto do Torcedor. Com efeito, o autor compareceu ao campo de jogo para assistir disputas desportivas, jogos limpos e válidos para o campeonato. Era essa a promessa do réu. Mas a promessa não se cumpriu, os jogos não valeram.
.....(Grifou-se).
Rel Juiz Brenno Mascarenhas. Disponível em: http://srv85.tj.rj.gov.br/ Consulta DocGed Web/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00031C633BA6F5B28766D24D54E8832B484FF992C3410F1B. Acesso em: 21/12/2009.

19 Numa primeira aproximação a este tema, releva observar o magistério de Aguiar Dias, que, com o peso de sua pena, distingue entre o acesso gratuito, que é meramente consentido pelo organizador, daquele que é estimulado por este, para concluir que na primeira hipótese não há sequer responsabilidade contratual. DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. São Paulo: Forense. p. 145.

20 Esta é a opinião de EZABELLA, Felipe Legrazie. Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 64, jan./jun. 2002, e que se afina com o entendimento de Marques, Benjamin e Miragem, quando lecionam que o termo "remuneração" significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor, o que não implica necessariamente a obrigação correlata de pagamento por parte do consumidor. MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.V.; MIRAGEM, B. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 94.

Esta previsão legislativa facilita a reparação do dano, pois o Estatuto do Torcedor distribuiu tarefas entre as entidades dirigentes e de prática, não sendo exigível das vítimas identificar se esta ou aquela tarefa seria de competência da federação ou do clube, uma vez que todos responderão pelos danos decorrentes do espetáculo, cabendo apenas à federação ou aos dirigentes o exercício do direito de regresso.

Trata-se, portanto, de mais um caso de fixação expressa de responsabilidade objetiva por via legislativa específica, em que pese a existir entendimento doutrinário em sentido contrário, pelo fato de o dispositivo aludir à responsabilização por "falhas de segurança ou da inobservância do disposto neste capítulo".[21]

Não parece que assim possa ser, devendo-se considerar, na verdade, a existência de claro equívoco redacional do legislador, uma vez que, no mesmo dispositivo, ele deixa expresso que a responsabilização se dará "independentemente da existência de culpa".

Como se não bastasse, é o próprio Estatuto do Torcedor que determina a aplicação do Código de Defesa e Proteção do Consumidor para reger a relação entre organizador e torcedor, o qual fixa também a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços.

Isto significa dizer que, para a lei, a obrigação de segurança também é de resultado, ou seja, mesmo que tenha tomado todas as providências necessárias, o organizador terá de reparar todos os danos produzidos dentro do recinto desportivo.

Em questão de segurança, as únicas hipóteses de exclusão de responsabilidade dos organizadores são duas: a primeira é a que decorre de culpa exclusiva da vítima, como, por exemplo, quando um torcedor invadir a pista de uma prova automobilística e vier a ser atropelado por um carro de corridas[22].

A segunda hipótese é aquela que advém de casos de força maior, como um evento violento da natureza, como a de um repentino ciclone que faça voar placas de publicidade ferindo torcedores, ou acontecimentos decorrentes da ação do homem.

É precisamente nesta última hipótese que surgem dúvidas de se considerarem os danos causados a espectadores "por fato das multidões"[23] como algo imprevisível e capaz de exonerar o dever de reparação pelo organizador, notadamente aqueles decorrentes de atos de violência empregados no interior dos recintos desportivos, provenientes, na maioria dos casos, das torcidas organizadas.

E a resposta só pode ser negativa, na medida em que o organizador, enquanto empresário, conhece a regularidade com que tais incidentes ocorrem, não estando autorizado a colocá-los na lista de fatos imprevisíveis, constituindo-se antes como realidade que deve ser concebida dentro das medidas de segurança e prevenção a serem tomadas para realização dos eventos[24].

---

21 É esta a posição de Décio Luiz José Rodrigues que entende que para existir a responsabilidade das entidades responsáveis pela organização da competição e do mando de jogo, bem como, de seus dirigentes deverá ser provada a sua culpa. RODRIGUES, Décio Luiz José. *Direitos do torcedor e temas polêmicos do futebol*. São Paulo: Rideel, 2003. p. 24.

22 v., a propósito, interessante decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que afasta a responsabilidade do organizador de prova automobilística por força de acidente que se deu por invasão do espaço da prova pela vítima. Segue o trecho que interessa ao presente trabalho:
"....
4 – Quem frustrou a confiança do A. não foi o organizador do *Rally* mas sim aqueles que violaram a interdição de aceder ao percurso que lhes estava interdito.
....
7 – Toda a responsabilidade tem de ser atribuída aos espectadores ou assistentes que invadiram o percurso previamente determinado e cujo acesso lhes estava interdito.
8 – Tivessem permanecido nos seus lugares, não tivessem desrespeitado as ordens que lhes impunham a abstenção de invadir o percurso onde se desenrolava a prova, e o acidente nunca teria tido lugar.
9 – A segurança dos assistentes foi garantida quer através da determinação prévia do percurso quer através da interdição do acesso ao mesmo a todas e quaisquer pessoas, à exceção dos concorrentes, com recurso, além do mais, à força policial.
...."
Processo n. 04B4372 JSTJ000 Rel. Pires da Rosa. Disponível em: http://www.stj.pt/?idm=43. Acesso em 21/12/2009.

23 A expressão é de HERRERA, Félix Guillermo. La caracterización de las relaciones jurídicas entre deportistas y la institución. Espectadores. In: GHERSI, Carlos Alberto. (Org). *Daños en y por espectáculos deportivos*. Buenos Aires: Gowa, 1996. p. 28.

24 v. Importante trecho da ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em ação de reparação de danos proposta por espectador que sofreu lesões corporais por grupos de torcedores no interior do Estádio Mario Filho e que se amolda à hipótese como luva bem ajustada: "[...] em tal hipótese, não há que se falar em excludente de responsabilidade, pois alguns acontecimentos que, em princípio, seriam extraordinários, por mostrarem-se previsíveis, ante a sua repetição e evidência, transformam-se em fatos inerentes ao risco do negócio, permitindo a visão do nexo de causalidade [...]". RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 777, p. 380, jul./2000.

Portanto, é de inteiro conhecimento do organizador a potencialidade do dano a ser provocado pelas torcidas organizadas, cabendo a este tomar todas as medidas adequadas a salvaguardar a segurança daqueles presentes ao espetáculo[25].

Então, se o raciocínio está correto e parece que assim esteja, tem-se uma importante consequência jurídica, pois, se o organizador tem essa responsabilidade, deve ser-lhe garantido, em compensação, o direito de estabelecer todas as medidas restritivas que entenda necessárias para acesso do torcedor ao estádio[26].

Por isso, de bom alvitre será afixar-se uma placa na entrada do estádio informando as proibições, para que o torcedor saiba de antemão o teor do contrato de exibição do espetáculo, já que se trata de um clássico caso de contrato de adesão: ou o torcedor aceita as regras deste contrato, ou então não deverá adquirir o seu ingresso.

Ainda no tocante às torcidas organizadas, releva analisar o caso, não raro, de danos provocados por alguém não identificado que esteja, no momento do ato, integrando um grupo determinado, ou seja, sabe-se que a lesão partiu de um integrante de grupamento certo de pessoas, mas que pelas circunstâncias não se tenha logrado conhecer o seu autor.

A identificação ou não do causador do dano não retira do organizador a responsabilidade direta pela reparação, conforme já visto, tanto pelo fato de introduzir uma atividade que potencializa riscos para a sociedade quanto por beneficiar-se financeiramente da mesma, sem contar com a imposição do dever de reparar já mencionada e contida no Estatuto do Torcedor.

Entretanto, resta assegurado, obviamente, o direito de regresso, cabendo também esta ação quando não seja possível a identificação pessoal do causador do dano, mas do grupo ao qual ele pertença, conforme construção doutrinária já feita pela jurisprudência francesa para responsabilizar grupo de

---

25 Nesta mesma linha, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

RELAÇÃO DE CONSUMO. Incidente que causou lesões a torcedora em estádio de futebol. Preliminar de nulidade da sentença, por fundamentação insuficiente, que se rejeita, eis que o *decisum* abordou os pontos necessários para o julgamento da demanda. Responsabilidade por defeito na prestação do serviço. Serviço prestado de forma defeituosa, pois não forneceu a segurança necessária ao consumidor. **Briga entre torcedores, que causou a queda do alambrado e lesões na apelada. Resultado e riscos esperados, pois ocorria a decisão do campeonato brasileiro. Medidas de segurança não tomadas pelo fornecedor. Laudo de exame de local, que assevera o precário estado de conservação dos tirantes de aço do alambrado. Dever de indenizar existente. Verbas fixadas corretamente. Recurso desprovido**.(grifou-se). RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. Civel n. 2004.001.36754. 10ª Câm. Civ., Des. Rel. Carlos Eduardo Passos. Julgado em 13.04.2005. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 21.12.2009.

26 Neste sentido, a decisão do Tribunal de São Paulo, que reconheceu hígida a norma da Federação paulista de futebol que restringira o acesso aos estádios de futebol de adereços de torcidas organizadas, uma vez que estimulariam a violência nesses recintos. Colhem-se importantes lições do acórdão:

.....

Cumpre indagar, portanto, se a restrição, imposta pela entidade privada promotora do espetáculo e executada pela autoridade policial, encontra justificativa nos fatos conhecidos e é adequada para coibir suas consequências irreparáveis.

Por primeiro, ficou esquecido que, não obstante os jogos de futebol possam ser realizados em próprios da administração pública ou particular, a entidade responsável (federações, legais, confederação) são de natureza privada e podem estabelecer restrições ao ingresso das pessoas.

Tais restrições se mostram legítimas quando se mostram justificadas e têm o objetivo de garantir que o espetáculo se realize sem incidentes.

Depois, é de conhecimento público que, nas últimas dezenas de anos, surgiram no mundo pessoas que, isoladas ou em grupo, pretendem ingressar em estádios de futebol com o único propósito de praticarem agressões a desafetos de outras agremiações e aos profissionais que ali militam. Sabe-se, pelo noticiário dos jornais, que a questão alcançou tal gravidade que certos países impedem o ingresso em seu território de determinados torcedores, estruturados em grupos para cometer desatinos.

.....

Dentro desse quadro e a impossibilidade de serem efetivamente coartados os tumultos e agressões, antes de determinarem danos irreparáveis, é que se optou pela restrição da presença nos estádios de tais torcidas organizadas. A proibição de ingresso nos estádios com camisetas, faixas, bandeiras e outros adereços de tais torcidas foi uma fórmula adotada de natureza preventiva de tais lamentáveis acontecimentos. Definiu-se como uma medida objetiva que não impede ao consumidor, enquanto exclusivamente interessado em participar de um evento esportivo, de ingressar nos estádios e ficar a salvo dos entrechoques dessas torcidas organizadas. Não se discute a eficácia de tal medida. É uma tentativa para prevenir atos de violência, que encontra perfeita razoabilidade tendo em vista os fatos públicos e notórios ocorridos.

.....

Inexiste, portanto, qualquer violação às garantias dos direitos individuais na restrição de acesso aos estádios de pessoas portando vestuário, faixas, bandeiras e outros endereços de torcida organizada.

.....

São Paulo (Estado) Tribunal de Justiça. 3ª Câmara de Direito Público Apelação Com Revisão 3766475900, Relator: Des. Laerte Sampaio. Disponível em: http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoSimples.do. Acesso em 23/12/2009.

caçadores pelos danos que um de seus integrantes anônimos venha a causar a outrem.[27]

Justifica-se a responsabilidade do grupo, pois esta encontra fundamento quando a atuação coletiva consubstancia ação perigosa e representa uso abusivo do direito de reunião por parte dos integrantes do grupo.

Tal construção se afigura relevante também para permitir o ressarcimento do lesado perante essa coletividade quando o dano for perpetrado fora do lapso de validade temporal e espacial do contrato mantido com o organizador.

5. OS DANOS COMETIDOS PELOS DESPORTISTAS

A questão que ora se põe consiste na perquirição da responsabilidade civil dos desportistas pelos danos cometidos por eles no desempenho de sua atividade, não havendo no direito pátrio previsões normativas específicas a respeito deste assunto.

Desse modo, importa criar balizamentos teóricos nessa seara, a fim de auxiliar no processo que, ao mesmo tempo em que viabilize o exercício da atividade, não a coloque em zona de absoluta irresponsabilidade.

De qualquer forma, é possível compreender desde logo que os critérios de imputação de responsabilidades hão de sofrer *in casu* pequenos ajustes, tendo em vista que o desempenho de certas atividades desportivas traz ínsita a ideia de certos perigos.

Desse modo, não se afigura razoável avaliar a conduta do desportista causador do dano com o mesmo critério que se lhe impute noutro âmbito de relações, em que o fator de risco não existe, sendo impossível adotar-se como paradigma de atuação aquele esperado do "bom pai de família".

Sob o ponto de vista do desportista lesado, é de se presumir que aqueles que se dedicam a tais práticas conhecem as suas mazelas e assumem os riscos que elas propiciam, através de uma exposição a eles de forma voluntária.

É esta, em linhas gerais, o substrato da teoria da aceitação do risco, largamente utilizada pela doutrina e jurisprudência alienígena no desporto, que se assenta no fato de que quem pratica uma modalidade com os riscos a ela inerentes deve assumir o ônus de sua concretização, sempre que o causador tenha atuado dentro dos limites normais da atividade.

Assim, deve-se ter presente que a consciência da probabilidade do dano pressupõe completo conhecimento das condições de desenvolvimento da atividade, a espelhar-se, quiçá, no instituto do consentimento informado que milita no campo médico, o que implica o correspondente dever de informação por parte do organizador, quando as circunstâncias assim o exijam.

Entretanto, cabe ter sempre em mente que o consentimento supõe apenas e tão somente a aceitação da eventualidade dos danos, e não a certeza de sofrê-los, pois o princípio constitucional da dignidade humana não se prestaria a legitimá-lo, pelo fato de se estar diante de bens indisponíveis.

Nessas condições, partindo-se do pressuposto da autorização do desempenho de determinada atividade desportiva pelo Estado, devidamente exercida de acordo com a moral e os bons costumes e considerando o disposto no art. 188 do Código Civil, é lícito supor aprioristicamente que os danos decorrentes do exercício normal dessa prática não se enquadrariam na órbita do dever do desportista de indenizar.[28]

Por conseguinte, surge a necessidade de se averiguar o que significa desempenho normal[29] da atividade desportiva, devendo-se, por esse modo, acudir às características de cada esporte.

Nesse sentido, surge como vetor importante de interpretação no processo de aferição da normalidade da conduta o repositório de regras de prática da federação responsável por ordenar a modalidade que esteja sob análise[30].

---

27 Apud. ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.p. 476.

28 Sobre o tema, Bosso observa que a autorização outorgada pelo Estado a determinado esporte converte a sua prática em atividade lícita, o que permite admitir a derrogação das regras comuns sobre a apreciação da culpa, por danos causados em decorrência ordinária e natural do seu exercício. BOSSO, Carlos Mário. *La responsabilidad Civil en el deporte y en el espectáculo deportivo*. Buenos Aires: Nemesis, 1984. p. 60.

29 Lalou delimitou com maestria a teoria da aceitação voluntária do risco pelos desportistas, ao dizer que não se admite "fora dos perigos normais e previsíveis do jogo, pelas faltas graves suscetíveis de modificar a característica essencialmente feita da camaradagem, lealdade e de desinteresse que dê lugar à aplicação da lei penal". LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949. p. 260 (Tradução nossa).

30 Valendo-se da visão institucionalista do movimento desportivo organizado e tomando por empréstimo a classificação proposta por Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 169), sobre as diferentes posturas que o Estado pode adotar diante dos ordenamentos privados, indiferença, recusa ou absorção, pode-se afirmar, em virtude do disposto no art. 1, §º 1, da Lei

Manifesta-se aqui uma das mais interessantes faces do pluralismo jurídico, que vem a ser a possibilidade de o ordenamento estatal atribuir certas consequências a determinados fatos descritos por outro ordenamento[31].

De qualquer forma, pode-se desde já assinalar que, embora não sejam leis do ponto de vista técnico da expressão, não vinculando, por consequência, o julgamento do magistrado, os códigos de regras desportivas indicam os meios de evitar os excessos e estabelecem uma linha de atuação nos estritos limites da cautela, cuja violação pode ensejar a caracterização da culpa[32].

Entretanto, não se pode considerar que eventual inobservância dessas mesmas regras implique automaticamente responsabilização do agente, já que a experiência revela ser absolutamente impossível o desenvolvimento normal da atividade desportiva sem a sua violação.

Tal se afirma, porque determinada conduta pode violar certo regulamento desportivo, porém não ser imputável juridicamente ao infrator, por não exceder o nível habitual de prática de determinada modalidade.

Com efeito, as condições em que se encontram os praticantes fazem com que os seus atos, ainda que dirigidos a lograr o melhor resultado desportivo, nem sempre produzam o efeito perseguido, produzindo consequentemente danos das mais variadas formas.

Assim, embora já se tenha dito que "a gradação grave, leve e levíssima da culpa não tem relevância para a configuração do ato ilícito no sistema pátrio[33], deve-se, pela peculiaridade da situação, entender que o grau de vulneração das normas desportivas que enseje o direito à reparação restringe-se à sua violação por culpa grave ou obviamente nos casos de dolo, em que se vale da prática desportiva para intencionalmente lesar seu adversário"[34].

Por outro lado, não se pode dispensar por completo o manejo dos princípios e regras que estabelecem os padrões de prudência, diligência e perícia, na apuração da responsabilidade civil, seja pela eventual constatação de lacuna nessa regulamentação, seja por incompatibilidade de suas regras com o Direito estatal, ou ainda quando houver o extravasamento do risco habitual da modalidade, por meio de intensificação anormal dos perigos aos quais estão expostos os praticantes[35].

Quanto ao aumento do risco, sobressai uma vez mais a figura do organizador, pois fica a seu cargo o dever de cuidar com que os participantes reúnam as condições mínimas imprescindíveis para o desempenho da atividade, tanto físicas quanto instrumentais, dotando os desportistas com pessoal, instalações e materiais adequados, sendo óbvio que, em caso de omissão ou insuficiência no cumprimento desses encargos, responderá pelos danos oriundos dessas falhas.

Portanto, resumindo-se todo o exposto, pode-se dizer que o desportista causador do dano não será chamado a indenizar quando:

1. Houver por parte da vítima o conhecimento do risco em potencial e a decisão pessoal de aceitá-lo;
2. O dano produzido decorrer do exercício normal da atividade desportiva em questão;
3. Inexistir culpa grave ou dolo na violação da regra da modalidade pelo praticante;
4. O fator de risco não houver sido incrementado pelo adversário.

n. 9.615/98, que o Brasil optou pelo regime da absorção dos regulamentos desportivos, através do mecanismo do reenvio, ao reconhecer a validade das normas editadas pelas federações nacionais e internacionais, reforçando a tese da possibilidade da utilização desses preceitos pelo operador do Direito para auxiliar na resolução de problemas de ordem jurídica, como no caso em apreço.

31 Bobbio define essa situação como 'pressuposto', em que o ordenamento externo "é utilizado para determinar as características de um certo fato específico, ao qual o ordenamento interno atribui certas consequências que não são necessariamente atribuídas pelo ordenamento externo". BOBBIO, op. cit., p. 183.

32 No mesmo sentido, a lição de Constantino Fernandes, para quem o "cumprimento das regras dos jogos e dos regulamentos das competições é o sinal de prudência razoável que impede, geralmente, o nascimento da obrigação de indenizar". FERNANDES, Constantino. O Direito e os Desportos: breve estudo do Direito Desportivo. Lisboa: Procural, 1946, p. 126. Aguiar Dias vai além, para sentenciar que "não pode dar lugar a ação de reparação o dano experimentado pelos participantes como mera consequência da aplicação das regras esportivas". Op. cit., p. 345.

33 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN de MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. I, p. 334.

34 v., a propósito, Spiegelberg, que entende que nos desportos competitivos, de enfrentamento e naqueles em que há um risco bilateral de lesão, há um estreitamento da culpa, que fica circunscrita à culpa grave ou às situações dolosas suscetíveis de enquadramento na esfera penal. SPIEGELBERG, José Luiz Seoane. Responsabilidad Civil en el Deporte In: ALVAREZ SÁNCHEZ, José Ignácio (Org). *Responsabilidad civil profesional.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, 2003. t. 7, p. 509.

35 v. Giuseppe de Marzo, que considera não ser correto estabelecer-se um conceito autônomo de responsabilidade desportiva, já que não se aplicam, *in casu*, normas e princípios diversos daqueles codificados e consolidados pela tradição. DE MARZO, Giuseppe. Accettazione del rischio e Responsabilità Sportiva. *Rivista di Diritto Sportivo*, Milano, v. 44, n. 1, p. 26, 1992.

6. O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO ORGANIZADOR NA REPARAÇÃO DO DANO: A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Conforme já analisado anteriormente, o art. 19 do Estatuto do Torcedor prevê uma situação específica de dano produzido por ocasião do espetáculo desportivo, contemplando-o com a aplicação do instituto da responsabilidade objetiva.

Entretanto, esta hipótese concebida pelo legislador se presta insuficiente para abarcar os demais danos a serem potencialmente produzidos por força de um evento dessa natureza, sendo que uma análise das cláusulas gerais do ordenamento civil permitem dar o enquadramento ideal ao regime de reparação envolvendo o espetáculo desportivo e o seu organizador.

Nesse sentido, exsurge a cláusula geral contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que incorporou a denominada "teoria do risco criado"[36], idealizada para regrar o caso de atividades que devem ser suportadas pela sociedade, mas que se veem sujeitas aos perigos decorrentes da sua implementação.

Relacionando o dispositivo ao tema em apreço, é bem de ver que o espetáculo desportivo traz benefícios para a sociedade, pois se assenta tanto na necessidade de assegurar o espairecimento dos espectadores, que ali buscam salutares momentos de lazer, quanto na manutenção do exercício profissional de várias atividades, que encontram nesses eventos a razão de sua existência.

Entretanto, também é forçoso reconhecer que, por vários fatores, esses mesmos eventos vêm se transformando em atividades que potencializam certos riscos, sejam aos desportistas, espectadores ou ainda a terceiros alheios aos espetáculos.

Portanto, parece salutar a utilização da noção do risco para regular o espetáculo desportivo, de molde a permitir a sua realização, ao mesmo tempo em que amplia as possibilidades de ressarcimento do dano, como forma de compensar, assim, o problema da exposição aos perigos a que estão sujeitos todos os cidadãos.

Essa perspectiva se encaixa, portanto, na razão de ser das cláusulas gerais, pois a técnica empregada pelo legislador tem precisamente a finalidade de suprir as deficiências normativas advindas do progresso social e tecnológico constante, ante a impossibilidade de disciplinar casuisticamente todas as esferas de lesões a direitos.

Mas, ainda que se admita que o tipo de atividade acobertada pelo dispositivo em apreço esteja restrito àquela de natureza econômica[37], também haveria espaço para sua aplicação à hipótese presente.

De fato, já restou demonstrado à saciedade que a atividade desportiva de exibição deixou de ser, na grande maioria dos casos, uma mera arte de pura demonstração de cultura física, para se transformar em importante atividade econômica, respondendo pelos danos naturalmente aqueles que se beneficiem financeiramente dessa atividade[38].

Assim, há que se adequar as mais variadas manifestações inerentes ao espetáculo desportivo no aludido regime de imputação objetiva do dever de reparar, de maneira a valorizar a pessoa da vítima, que não deve deixar de ser ressarcida por danos decorrentes ainda que do exercício normal de certas atividades.

Essa postura exegética tem por finalidade última atender o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, razão de ser e destino do ordenamento jurídico, que não pode permitir que o brilho de um espetáculo desportivo seja ofuscado pelo desamparo de uma vítima deixada sem reparação.

---

36 Assim, dentre outros, a lição de Venosa, ao observar que o risco criado "deve ser o denominador para o juiz definir a atividade de risco no caso concreto segundo o art. 927, parágrafo único, qual seja, a criação de um perigo para terceiros em geral". VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo. p. 17. Igualmente, Maria Helena Diniz, que ao comentar o preceito anota que "esta responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de danos para terceiros". DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7, p. 56.

37 Esta é a opinião de Sérgio Cavalieri Filho, que entende que a expressão legal "atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano" deve ser interpretada como "conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos". CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 182.

38 Savatier parece pender pela aplicação da doutrina do "risco proveito" para responsabilizar os organizadores, ao considerar que deve ser apreciada mais severamente a responsabilidade daqueles que fazem do espetáculo desportivo uma fonte de lucro. Op. cit., p. 491. Por sua vez, Maria Helena Diniz parece insinuar-se pela aplicação da corrente do "risco criado", ao atrelar a responsabilidade de indenização pelos danos decorrentes do exercício dos esportes, pelo fato de "pressupor certos perigos". DINIZ, op. cit., p. 426. Por seu turno, Díaz Palácio, vincula a responsabilidade objetiva do organizador aos dois subsistemas teóricos da teoria do risco, ao asseverar que a "responsabilidade do organizador é objetiva, em primeiro lugar, porque dado que é ele quem obtém as vantagens econômicas, devendo também suportar as perdas e em segundo lugar, porque muitos dos espetáculos públicos que se organizam, sobretudo os desportivos, aumentam a possibilidade de que se produzam danos, os quais deverá ele suportar." PALACIO, Eugenia Díaz. Daños causados en espectáculos deportivos. *Régimen de responsabilidades*. In: GHERSI, op. cit., p. 71. (tradução nossa).

7. BIBLIOGRAFIA

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 65, p. 21-33, 1993.

BONDALLAZ, Jacques. *La responsabilité pour les préjudices causés dans les stades lors de compétitions sportives*. Berne: Editions Staempfli, 1996.

BOSSO, Carlos Mário. *La responsabilidad civil en el deporte y en el espectáculo deportivo*. Buenos Aires: Nemesis, 1984.

BUY, Frédéric. *L'Organisation Contractuelle du Spectacle Sportif*. Marseille: Press Universitaires D'Aix-Marseille, 2002.

CASADO. Eduardo Gamero. *Los seguros deportivos obligatorios*. Barcelona: Bosch, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONRADO, Giampero. Ordinamento Giuridico Sportivo e Responsabilità dell' Organizzatore di uma Manifestazione Sportiva. *Rivista Di Diritto Sportivo*, Milano, v. 43, n. 1-2, p. 3-14, genn./giug. 1991.

DE MARZO, Giuseppe. Accettazione del rischio e Responsabilità Sportiva. *Rivista di Diritto Sportivo*, Milano, v. 44, n. 1, p. 8-26, 1992.

DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. São Paulo: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7.

EZABELLA, Felipe Legrazie. Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 64-67, jan./jun. 2002.

FERNANDES, Constantino. *O Direito e os desportos*: breve estudo do direito desportivo. Lisboa: Procural, 1946.

GHERSI, Carlos Alberto. (Org). *Daños en y por espectáculos deportivos*. Buenos Aires: Gowa, 1996.

LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949.

MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.V.; MIRAGEM, B. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2003.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Direitos do torcedor e temas polêmicos do futebol*. São Paulo: Rideel, 2003.

SAVATIER, Rene. *Traite de la reponsabilite civile en droit francais civil administratif, professionnel, proccedural*. 2.ed. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951. 2v.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena. BODIN de MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 1.

_____; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da constituição em relação à cláusula da boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.6, n. 23, p. 141, 2003.

VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. v. 4.

SPIEGELBERG, José Luiz Seoane. Responsabilidad Civil en el Deporte. In: ALVAREZ SÁNCHEZ, José Ignácio (Org.). *Responsabilidad civil professional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, 2003. t. 7.

Cotas nas Universidades Públicas Brasileiras:

A Busca da Igualdade Através das Medidas Compensatórias

FABIANI LI RIZZATO DE ALMEIDA[1]

RESUMO: O artigo trata das cotas raciais nas universidades públicas brasileiras com reflexões sobre o princípio da igualdade relacionado às oportunidades de acesso ao ensino superior público pelas denominadas minorias raciais. As abordagens menos conservadoras justificam as ações afirmativas ou discriminações compensatórias semelhantes às adotadas nos Estados Unidos nos anos 60 do século passado. O pensamento liberal adota, quanto à igualdade, a perspectiva chamada *color-blind*. A inovação peculiar dos debates sobre as ações afirmativas é o seu deslocamento geográfico e cultural para o seio de uma sociedade onde o preconceito silencioso convive com ampla miscigenação, num momento em que a genética eliminou o conteúdo científico de raça humana

SUMÁRIO: Introdução; Igualdade; O sistema das cotas; Vestibular de 2003 para a UERJ; ADIN 2.858; Implantação das cotas nas universidades brasileiras, orientação racial; Audiências Públicas no STF; Cotas universitárias para negros; Estatísticas; O *discrimen* do ponto de vista favorável às cotas; Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Social das Nações Unidas; Alguns casos acerca da questão racial na Suprema Corte Americana; Separados, mas iguais; O caso Sweatt; O caso Brown (fim da doutrina *separados, mas iguais*); O Caso DeFunis; O caso Bakke; Filosofia do Direito; Igual consideração dos interesses; Discriminação compensatória; Dificuldades do critério racial; Autodeclaração e fiscalização; Gêmeos idênticos de Brasília: um é considerado negro, o outro não; Excluídos das cotas os pardos em Mato Grosso do Sul; O que diz a genética; Pontos de vista antropológicos; A duração das cotas no tempo; Critério do mérito; Programa Internacional de Avaliação de Alunos – outro dado de realidade; Conclusão; Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa – Cotas raciais – Discriminação compensatória – Discriminação racial – Igual consideração dos interesses – Princípio da igualdade – Suprema Corte.

---

1 Procuradora aposentada do Município do Rio de Janeiro.

Acastanhada, agalegada, alva-escura, azul-marinho, bem-clara, bem-morena, branca-queimada, cor-de-café, cor-de-canela, cor-de-rosa, cor-firma, jambo, laranja, melada, meiomorena, morena-bem-chegada, rosa, roxa, sarará, trigueira, verde... estas são algumas das cores saborosas com que se tingiram os entrevistados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD – , realizada pelo IBGE em 1976 [...] Ao final, compilada uma longa lista de 135 cores e diante de uma tal engenhosidade popular, os pesquisadores viram-se às voltas com o seguinte problema: ou desistiam simplesmente da variável cor, ou restringiam as possibilidades imaginativas dos entrevistados, designando um conjunto de opções para a variável "cor".[2]

Celia Maria Marinho de Azevedo

INTRODUÇÃO

Existe preconceito racial no Brasil sim e nas várias formas em que ele pode se manifestar, desde as mais óbvias até um plano inconsciente e estrutural traduzido na sistemática diferença de acesso a bens materiais nos variados segmentos da população de pele mais ou menos escura.

Um indicador sintomático do preconceito estrutural é a pouca visibilidade de negros, por exemplo, nas telas de nossas TVs. Gostamos de nos pensar multirraciais, e é formidável que assim seja. Na candidatura do Rio para as Olimpíadas de 2016, exibimos para o mundo este nosso melhor ângulo, que é também verdadeiro.

Mas existe o outro lado de nossa face, menos cintilante: quanto espaço está ocupado no imaginário coletivo por nossos heróis negros, caboclos, cafusos e mulatos?

Das estatísticas sobre a população com maior evidência de nossa *linhagem mestiça* emerge, como a ponta de um *iceberg*, um desafio para a sociedade brasileira: como ampliar democraticamente as oportunidades de pleno desenvolvimento sem repetição dos enganos das sociedades racionalizadas ao extremo?

IGUALDADE

Logo após o final da II Guerra Mundial, houve sinal de que viria a libertação das ideias de raça; abandonados os conceitos de uma falsa ciência, daquele momento em diante e apenas por motivos filosóficos, a humanidade passaria a se reconhecer como a genética avançada de hoje confirma: somos humanos, tão somente – não somos divididos em raças.

Mobilizados pelos ideais de pluralidade, 48 Estados aprovaram a Declaração Universal de Direitos do Homem na Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Aquele passo dos governos da maioria dos homens vivendo no Planeta não foi o definitivo; às gerações seguintes cabe implementar os direitos previstos na Declaração e torná-los efetivamente universais.

Assim é que a igualdade, um dos pilares da Declaração Universal de Direitos, cuja amplitude e profundidade transbordam os limites desta exposição, será aqui considerada na vertente relacionada ao acesso de minorias raciais ao ensino superior nas universidades públicas, considerando que a formação universitária é fator que possibilita o acesso e o exercício dos denominados direitos sociais.

O pano de fundo é o pensamento jurídico-filosófico acerca do sentido da igualdade como concebida nos séculos XX e XXI, no contexto de ampliação dos direitos sociais previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e sua influência na Constituição da República de 1988.

O significado do que se entende por igualdade tem variado ao longo da história e segundo o contexto social e cultural. Para o mesmo vocábulo – igualdade – os significados se sucedem. Num dado momento, significou igual contagem dos votos dos integrantes de restrita assembleia política, numa sociedade que coexistia com escravidão; noutro contexto, a igualdade negou privilégios de nobreza a uma classe dominante e alavancou a ascensão de outra.

Preceitos de igualdade coexistiram com o exercício de voto político apenas para a população do gênero masculino; os mesmos preceitos igualitários estiveram inseridos num sistema jurídico em que as atividades habituais de comércio lícitas estavam reservadas aos cidadãos do sexo masculino ou sob sua supervisão.

No nosso tempo, o sentido de "igualdade" se desprende de modo crescente do aspecto formal para assumir outros contornos, com enfoque nas oportunidades materiais. A evolução sobre em que consiste igual tratamento, provavelmente, irá se alterando conforme as necessidades.

2 AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça? Ação Afirmativa. Temas em Debate. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/v34n121/a10n121.pdf> Acesso em: 20 mar. 2010.

Os critérios que norteiam a distribuição das vagas das universidades públicas são relevantes na medida em que a adoção (ou não) de critérios *raciais* influenciam nos modos de acesso à formação profissional qualitativa e quantitativa, com reflexos no desenvolvimento da personalidade e na liberdade de escolha de emprego.

O SISTEMA DAS COTAS

O ingresso nos cursos de graduação das universidades brasileiras tradicionalmente pautava-se no critério do mérito, compatível com a norma do inciso V do artigo 208 da Constituição Federal de 1988.[3] Desse modo, a nota final das provas era o fator objetivo e único determinante para aprovação nos vestibulares.

A partir de 2003, ocorreu uma ruptura radical no sistema de acesso aos cursos de graduação oferecidos pelas universidades públicas. O critério do mérito, antes absoluto, perdeu a primazia em virtude da inserção de outros critérios, desvinculados do desempenho dos candidatos nos exames de conhecimento, porém influentes para aprovação no exame vestibular.

Os critérios inovadores e relevantes para a aprovação passaram a ser vinculados à raça, ao fato de o candidato ser oriundo de escola pública e de ser portador de deficiência. Considerando-se estas peculiaridades dos potenciais candidatos, foram fixadas cotas em percentuais para destinação das vagas universitárias aos candidatos passíveis de classificação no grupo afrodescendente, no grupo dos egressos de escolas públicas e no grupo dos deficientes.[4] Aos destinatários das cotas ficaram reservadas vagas, de maneira que a disputa passou a se dar apenas entre os integrantes de um mesmo grupo. Portanto, para os candidatos beneficiados pelas cotas, ampliaram-se desde então as chances de aprovação com notas finais inferiores às necessárias para o êxito caso estivessem num vestibular aberto.

Somente os candidatos que não se encaixam em um dos grupos destinatários das cotas continuam a ser aprovados com base exclusivamente na nota final, determinada pelo desempenho nos exames formais. Em virtude da adoção do sistema de cotas, as vagas para competição em vestibular aberto foram expressivamente reduzidas; o exame passou então a ser mais competitivo para os não beneficiados pelas cotas.

VESTIBULAR DE 2003 PARA A UERJ

A primeira aplicação do sistema de cotas ocorreu no exame vestibular de 2003 realizado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ,[5] por força da legislação então vigente neste Estado. Como consequência do sistema de cotas praticado por essa Universidade, em 2003 apenas 36,6% dos concorrentes aprovados não estavam sob alguma classificação destinatária das cotas universitárias (63,4% se encaixavam em até mais de uma das cotas).

Não se quer afirmar que todos os integrantes das cotas seriam reprovados se concorressem em vestibular aberto. Entretanto, segundo informado pela UERJ, naquele ano (2003) pelo menos 643 candidatos (13% do total) conseguiram aprovação porque se declararam negros ou pardos. A existência da cota racial, portanto, foi o fator determinante para a aprovação de vários candidatos.[6] Então, é exato afirmar que muitos

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. "Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2010.

4 A Lei Estadual n. 3.708, de 9 de novembro de 2001 (revogada), previa a cota mínima de até 40% das vagas da graduação da UERJ e da UENF para os candidatos negros e pardos. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bffob82192929c2303256bc30052cb1c/827dde52958a6dd203256b030063db70?OpenDocument>. A Lei Estadual n. 3.524, de 28 de dezembro de 2000 (revogada), estabelecia a reserva, no mínimo, de 50% das vagas de graduação das universidades públicas estaduais para os candidatos que cumulativamente tivessem cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública dos Municípios e do Estado. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bffob82192929c2303256bc30052cb1c/92c5d19ef1cac546032569c40069afa7?OpenDocument>. A Lei Estadual n. 4.061, de 2 de janeiro de 2003 (revogada), reservava 10% das vagas oferecidas pelas universidades públicas estaduais para candidatos portadores de deficiência. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bffob82192929c2303256bc30052cb1c/9bb31eb047bb9a6083256ca300534310?OpenDocument>. Acesso em: 15 mar. 2010.

5 "Sistema de Cotas – A Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) foi a primeira instituição de ensino superior brasileira a reservar vagas em seu vestibular...". Disponível em: <http://www.uerj.br/modulos/kernel/index.php?pagina=915>. Acesso em: 10 mar. 2010.

6 Os dados estatísticos foram divulgados pela FOLHA DE S. PAULO. São Paulo, 15. abr. 2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u12540.shtml>. Acesso em: 8. mar 2010.

candidatos aprovados naquele vestibular teriam sido reprovados sem o benefício das cotas; que o novo sistema lhes garantiu a possibilidade de aprovação com notas inferiores às exigidas dos candidatos não classificados em alguma cota.

Por outro lado, dentre os candidatos avaliados exclusivamente pela nota final (que não se encaixavam em cota alguma), embora vários deles tivessem notas altas, muitos ficaram reprovados; provavelmente várias reprovações não ocorreriam se o sistema de cotas não fosse aplicado. Daí a controvérsia sobre a justiça (do ponto de vista da igualdade) da alteração dos critérios de acesso às vagas universitárias.

As discussões extravasaram o grupo de candidatos diretamente interessados nas vagas disponibilizadas pela UERJ e pela Universidade do Norte Fluminense a partir de 2003.

ADIN 2.858

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEN submeteu a questão da constitucionalidade das cotas nas universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro, tal como aplicadas no vestibular de 2003, ao Supremo Tribunal Federal através da ADIN 2.858.[7] O Supremo Tribunal Federal extinguiu a ADIN 2.858 sem o exame do mérito, em virtude da revogação das Leis Estaduais instituidoras das cotas.[8]

IMPLANTAÇÃO DAS COTAS NAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS, ORIENTAÇÃO RACIAL

À iniciativa da UERJ (no vestibular 2003) seguiram-se as de outras universidades públicas. A implantação das cotas nas universidades dos demais estados se deu através das respectivas leis estaduais. Nas universidades federais, a adoção da política de cotas, já em 2004 e 2005, resultou de resoluções, editais e outros atos normativos internos.

O sistema de cotas, tal como vem sendo praticado nas universidades públicas brasileiras, é orientado preponderantemente pelo critério racial e beneficia os afrodescendentes com maior frequência e proporção de vagas reservadas.

Tramita atualmente no Senado Federal o Projeto de Lei de iniciativa da Câmara – PLC n. 180, de 2008, cujo propósito é disciplinar o sistema de cotas nas universidades públicas e nas escolas técnicas brasileiras.[9] No PLC n. 180/2008, persiste a orientação racial.

A contínua aplicação do sistema de cotas pelas universidades poderia conduzir à conclusão simplista de que teria sido encontrado um consenso acerca da prática; as divergências, contudo, persistem num nível relevante.

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF

A constitucionalidade das cotas universitárias foi novamente submetida à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, relator do Recurso Extraordinário 597.285/RS e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186, processos nos quais são questionadas as cotas universitárias, convocou Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior. Nos dias 3, 4 e 5 de

7 As Leis estaduais n. 3.524/2000, n. 3.708/ 2001 e n. 4.061/2003, instituidoras, respectivamente, (1) das cotas universitárias raciais, (2) das cotas para egressos do ensino público fundamental e médio e (3) das cotas para portadores de deficiências, foram apontadas como inconstitucionais pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), que propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN 2.858 do STF, origem: RJ – Rio de Janeiro; Relator: Min. Carlos Velloso; Reqte.: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEN; Reqdos.: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2858&classe=ADI&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>. Acesso em: 10 mar. 2010.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.858. "Decido. O presente pedido não tem viabilidade, dado que o art. 7º da Lei Estadual n. 4.151, de 05.09.03, revogou as Leis Estaduais n. 3.524/00, n. 3.708/01 e n. 4.061/03, aqui impugnadas. Na ADI 709, RL. o Min. Paulo Brossard, o STF assentou que, 'Revogada a lei arguida de inconstitucionalidade, é de se reconhecer sempre a perda de objeto de Ação Direta...' do exposto, sem objeto a presente ação, julgo-a prejudicada. Publique-se." Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2858&classe=ADI&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>. Acesso em: 10 mar. 2010.

9 BRASIL. Senado Federal. Em 11/03/2010, o Ministro da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Social visitou o Presidente do Senado, para pedir apoio para o Projeto (PLC 180/08) que cria um sistema de cotas para o ingresso nas universidades públicas e escolas técnicas brasileiras. "Essa mudança precisa acontecer nesse início de século vinte e um. O Brasil deve oferecer oportunidades para todos os negros e negras deste país – disse." Teresa Cardoso/Agência Senado (Reprodução autorizada mediante citação da Agência Senado). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/AGENCIA/verNoticia.aspx?codNoticia=87937&codAplicativo=2>. Acesso em: 17 mar. 2010.

março de 2010, os inscritos expuseram os respectivos argumentos sobre as cotas.[10]

No Recurso Extraordinário, RE 597.285/RS[11], candidato que se sente prejudicado impugna o sistema de cotas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS e, também, a Lei n. 10.555/2002.

Na ADPF n.186, proposta pelo partido político Democratas – DEM, o propósito é que o STF declare a inconstitucionalidade das cotas raciais da Universidade de Brasília – UnB; são requeridos: os órgãos colegiados deliberativos da UnB e autoridades que sistematizaram as cotas impugnadas.[12]

COTAS UNIVERSITÁRIAS PARA NEGROS

Aqui o enfoque nas cotas universitárias para negros decorre de elas serem as de percentual numericamente mais expressivo no Brasil. Um dos mais relevantes argumentos em prol das cotas para negros parte da análise dos dados estatísticos representativos do percentual de negros na população brasileira e do percentual de negros nas universidades.

ESTATÍSTICAS

Segundo o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), os negros são apenas 3,6% dos universitários brasileiros, ao passo que os alunos brancos ocupam 72,9% das vagas nas instituições de ensino superior.[13]

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 97% dos universitários são brancos, 2% são negros e 1% descende de orientais (não classificados em cota alguma).[14]

Foram identificados os seguintes percentuais nas universidades pesquisadas:[15]

Universidade	Universitários negros	Universitários brancos	Estado	Negros na população
UFRJ	20,3%	76,8%	RJ	44,63%
UFPR	8,6%	86,5%	PR	20,27%
UFMA	42,8%	47,%	MA	73,36%
UFBA	42,6%	50,8%	BA	74,95%;
UnB	32,3 %	63,7%	DF	47,98%
USP	8,3%	78,2%	SP	27,4%.

Em virtude do reduzido número de estudantes negros universitários, na defesa das cotas para negros, interpreta-se que esta desproporção entre o percentual de universitários afrodescendentes e a representação dos negros na sociedade brasileira é fruto do preconceito gerador de desigualdade de oportunidades em relação aos afrodescendentes. O preconceito racial contra os negros seria causa da dificuldade de acesso às universidades num vestibular aberto.

O *DISCRIMEN* DO PONTO DE VISTA FAVORÁVEL ÀS COTAS

Sob o ponto de vista favorável às cotas para negros, a discriminação é justificada como medida de compensação das desvantagens históricas e sociais sofridas.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior defende a necessidade das cotas nos exames vestibulares:

> A igualdade no seu terceiro grau implica dar a todos iguais condições de obter e desfrutar os bens da vida, criando condições de igual oportunidade. Não apenas oportunidade formal (...). Não atende a essa exigência de igualdade, por exemplo, a lei que permite a todos o ingresso na univer-

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Afirmativas. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Acesso em: 6 mar. 2010.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 597.285/RS. Figura como Recorrente Giovane Pasqualito Fialho, sendo Recorrida a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2662983>; <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2662983> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=2662983>. Acesso em: 17 mar. 2010.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. São requeridos: o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – UnB – CEPE; o Reitor da UnB, e o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da UnB – CESPE/UnB. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp> e http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1= 186&processo=186>. Acesso em: 8 mar. 2010.

13 As informações estatísticas foram colhidas em matéria divulgada em 30 de maio de 2005. BORGES, Priscilla. Apartheid na universidade. Disponível em: <http://www.universia.com.br/noticia/materia_clipping.jsp?not=22835>. Acesso em: 10 mar. 2010.

14 Os dados estatísticos foram colhidos em DOMINGUES, Petrônio. Ações Afirmativas para negros no Brasil: início de uma reparação histórica. Espaço Aberto. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 165, maio/ago. 2005. Disponível em: www.scielo.br/pdf/%0D/rbedu/n29/n29a13.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.

15 GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Acesso de Negros às Universidades Públicas. Temas em Debate. Ação Afirmativa. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 118, p. 256-257, mar. 2003. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/n118/16836.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.

sidade pública, que além de gratuita é presumivelmente de bom nível acadêmico, condicionando-o à aprovação em vestibular; [...] A questão é atual e dá margem à instituição do regime de quotas nas universidades públicas, que é uma maneira de reparar a desigualdade. [16]

Reforça ainda o autor sua posição, transcrevendo Joaquim Benedito Barbosa Gomes:

> A ação afirmativa consiste "em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no *mainstream*, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade". Mais que isso não só a discriminação diante de grupos ou de discriminação histórica, como acontece com os negros [...]. [17]

A prática do preconceito racial é conduta criminalizada prevista no art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988. O inciso XLI do mesmo art. 5º da Constituição[18] veda atitudes atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais. Assim, os defensores das cotas raciais desenvolveram argumentação para justificar o *discrimen*, buscando arrimo nas teses filosóficas acerca da igualdade compensatória.

Os critérios recomendados para averiguação da licitude do *discrimen* propõem: (1) a avaliação da razoabilidade do tratamento desigual; (2) a correlação lógica abstrata entre o *discrimen* e a desigualdade de tratamento estabelecido; e (3) a compatibilidade dessa correlação com os interesses consagrados no sistema constitucional.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO SOCIAL DAS NAÇÕES UNIDAS

Outro argumento utilizado em prol das cotas raciais é relacionado à Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, de 1965, da qual o Brasil é signatário e cujo texto admite, temporariamente, a adoção de políticas afirmativas para combater a discriminação.

Para os favoráveis às cotas raciais, elas seriam modalidade dessas políticas afirmativas apta à promoção do "pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais",[19] em igualdade de condições. Entretanto, diante da proibição de duração ilimitada no tempo de ações afirmativas, as cotas raciais universitárias são omissas quanto à delimitação de seu prazo de vigência.

Apesar de não ser delimitado expressamente o prazo de vigência das cotas raciais nas universidades, sob a ótica dos seus defensores, sua aplicação seria adequada para a realidade brasileira do século XXI, seguindo o modelo norte-americano dos anos 60.

ALGUNS CASOS ACERCA DA QUESTÃO RACIAL NA SUPREMA CORTE AMERICANA

Separados, mas iguais (*Plessy v. Ferguson*)

Até a década de 1950, vigorou nos Estados Unidos a lamentável orientação da Suprema Corte Americana conhecida como *separados, mas iguais,* cujo precedente foi o caso *Plessy v. Ferguson,* julgado em 1896[20],

16 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 540.

17 AGUIAR JÚNIOR. *Op. cit.,* p 558.

18 BRASIL. Constituição Federal de 1988. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 18. mar. 2010.

19 Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, adotada e aberta à assinatura e ratificação pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965. Parte I, Artigo II, 2. "Os Estados Partes adotarão, se as circunstâncias assim o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar adequadamente o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos com o propósito de garantir-lhes, em igualdade de condições, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos." Disponível em: <.http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

20 No precedente da Suprema Corte Americana Plessy v. Ferguson, por decisão da maioria, foi declarada constitucional lei estadual que obrigava os passageiros ferroviários negros a ocuparem, exclusivamente, os vagões que lhes fossem destinados, sob pena de expulsão do vagão com auxílio de força policial, se necessário, conjugada com imposição de multa e prisão. Igualmente era proibido aos passageiros brancos viajarem nos vagões destinados aos negros. A Corte concluiu não haver inconstitucionalidade na norma de separação racial por vagões, nem violação a direitos, desde que a companhia ferroviária disponibilizasse aos negros iguais acomodações. Estados Unidos. Suprema Corte Americana. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 538 (1896). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=163&invol=537>. Acesso em: 20 mar. 2010.

concluindo pela constitucionalidade de lei que separava passageiros de transporte ferroviário em vagões para brancos e vagões para negros.

O caso Sweatt

No caso *Sweatt v. Painter*,[21] julgado em 1950 pela Suprema Corte Americana, foi reconhecida a inconstitucionalidade de Lei Estadual do Texas que proibia o ingresso de negros na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, mantida com verbas públicas.

A Suprema Corte afastou a aplicação do precedente *Plessy v. Ferguson* (*separados, mas iguais*) ao caso Sweatt, julgando sobre o *acesso ao ensino jurídico*, para concluir que a Lei texana violava o princípio da igualdade da Décima Quarta Emenda à Constituição Americana[22] e que, portanto, era inconstitucional.

No julgamento, concluiu-se que, em razão da igualdade, Sweatt não estava obrigado a aceitar vaga em Faculdade de Direito para negros com condições de ensino inferiores às da Faculdade de Direito da Universidade do Texas. A decisão assegurou ao estudante negro Sweatt ingresso nessa Faculdade, que previamente lhe negara admissão motivada, apenas, em critérios raciais.

O caso Brown
(fim da doutrina *separados, mas iguais*)

Em 1954, no caso *Brown Et Al. v. Board Of Education*,[23] a Suprema Corte entendeu que o precedente *Plessy v. Ferguson*, que até então consagrara a segregação entre bancos e negros, não se aplicava às crianças nas escolas públicas. A Corte concluiu que a segregação baseada em critérios exclusivamente raciais contraria a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, que garante às crianças negras igual proteção da lei.

Mesmo nos casos de equivalência tangível de condições de ensino, essa segregação nega igual proteção da lei às crianças negras em relação ao ensino público.

O Caso DeFunis

Foi submetida à Suprema Corte Americana, em 1974, questão acerca da constitucionalidade da política de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, frente à Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, por candidato judeu.

O caso aqui tem relevância em razão do posicionamento do Juiz Douglas da Suprema Corte Americana. Trata-se do processo *DeFunis v. Odegaar*[24].

A controvérsia diz respeito à recusa de DeFunis pela Faculdade de Direito da Universidade de Washington, a despeito das suas notas altas. O núcleo da argumentação de DeFunis relaciona-se à admissão dos candidatos integrantes de minorias (negros, filipinos, *chicanos* ou índios americanos) com notas equivalentes ou inferiores às de DeFunis, que, por ser judeu, não integrava nenhuma das minorias consideradas nas ações afirmativas daquela Faculdade de Direito.

Quando o pleito de DeFunis chegou à apreciação pela Suprema Corte Americana, ele já estava matriculado no último trimestre da Faculdade, como informado aos magistrados. Por outro lado, os advogados da Faculdade declararam que a Instituição não cancelaria a matrícula de DeFunis.

Com exceção do magistrado Douglas, os demais integrantes da Suprema Corte recusaram o pleito de DeFunis motivados na conclusão de que a decisão judicial não mais teria consequência prática para as partes. O voto divergente do *Justice* Douglas afirma que o pleito deveria ter seu mérito julgado para que os critérios de admissão da Faculdade fossem corrigidos, se inconstitucionais, dada a relevância da matéria e para evitar a repetição desnecessária de julgamentos acerca dos critérios de admissão.

---

21 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=629>. Acesso em: 20 mar. 2010.

22 ESTADOS UNIDOS. Constituição Americana. Décima Quarta Emenda. "Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis". Disponível em: <http://www.embaixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acesso em: 8 mar. 2010.
"*U. S. Constitution. Fourteenth Amendment – Rights Guaranteed Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process and Equal Protection. [...]*". Disponível em: <http://www.usconstitution.net/xconst_Am14.html>. Acesso em: 8 mar. 2010.

23 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>. Acesso em: 19 mar. 2010.

24 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *DeFunis v. Odegaa*, 416 U.S. 312 (1974). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=416&invol=312 >. Acesso em: 20 mar. 2010.

O caso Bakke

A decisão proferida para *Regents of the University of California v. Bakke*[25], em 1978, pela Suprema Corte Americana tem grande relevância no contexto das ações afirmativas. Bakke, candidato a vaga na Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, declarou-se preterido em virtude da cota racial de 16% destinada aos integrantes de grupos minoritários. Na sua inconformação, Bakke, candidato branco, argumentou contra o critério de distribuição das vagas, porque obteve melhores notas do que candidatos negros e latinos. Entretanto, candidatos negros e latinos com notas inferiores às dele foram admitidos mediante processo seletivo que utilizava a reserva de cotas.

O juiz Powell, da Suprema Corte, afirmou, no julgamento, que "os programas preferenciais só tendem a reforçar os estereótipos comuns, sustentando que determinados grupos são incapazes de ter sucesso se não puderem contar com uma proteção especial".[26]

A Corte decidiu favoravelmente a Bakke. A decisão foi baseada na Lei dos Direitos Civis de 1964, que proíbe a exclusão, em razão da cor, raça ou origem nacional, de qualquer atividade que receba assistência financeira federal. Foi decidido que as cotas exclusivamente raciais não constituem critério válido para a admissão do corpo discente das universidades, por serem discriminatórias.

FILOSOFIA DO DIREITO

Os defensores das cotas nas universidades buscam justificá-las, também, na Filosofia do Direito, na Ética e na Filosofia Política.

A criação artificial de uma desigualdade pode ser uma ferramenta capaz de equiparar desiguais. Este tema da Filosofia do Direito foi tratado contemporaneamente por Norberto Bobbio, cuja lição é transcrita por Fernando Rossetti[27]:

> Precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam... Desse modo, uma desigualdade torna-se instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.[28]

Igual consideração dos interesses

No campo da Ética, sob a perspectiva *utilitarista*, Peter Singer parte da *igual consideração dos interesses* para o alcance do mínimo de igualdade. Segundo o filósofo contemporâneo, a *igual consideração dos interesses* justifica as ações igualitárias, com a vantagem de dispensar as complexas teses filosóficas a respeito do não-igualitarismo. Peter Singer descreve a *igual consideração de interesses* assim:

> O princípio da igual consideração de interesses não permite que nossa prontidão em considerar os interesses dos outros dependa das aptidões ou de outras características destes, excetuando-se a característica de ter interesses [...] deve aplicar-se a todos, sem levar em consideração a sua raça, o seu sexo ou os pontos alcançados no teste de inteligência.[29]

Peter Singer, por meio da *igual consideração de interesses*, justifica as ações afirmativas com possibilidade de tratamento preferencial aos grupos menos favorecidos, para obtenção de resultado igualitário, eticamente desejável.

O filósofo reconhece que as ações afirmativas consistem em discriminação invertida e, por conseguinte, são passíveis de controvérsia. Apesar das controvérsias e de dúvida real sobre a eficácia das ações afirmativas, Singer acredita que, "na falta de alternativas mais promissoras", "vale a pena tentar"[30] a adoção das ações afirmativas para a redução das desigualdades repudiadas pela Ética.

Singer enfrenta precedente da Suprema Corte Norte-Americana: Conselho da Universidade da Califórnia *versus* Alan Bakke. Em prol da adoção de medidas afirmativas, o autor destaca que, no julgado para o caso *Regents of the University of California v. Bakke,*

---

25 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)*. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=438&invol=265> Acesso em: 20 mar. 2010.

26 SINGER, Peter. *Ética Prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 55-61.

27 Fernando Rossetti é educomunicador e comentarista da TV Futura. Trabalhou por dez anos na Folha de São Paulo e outros cinco na Cidade Escola *Aprendiz*. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/n_colunas/f_rossetti/id310303.htm>. Acesso em: 19 mar. 2010.

28 ROSSETTI, Fernando. O risco de populismo nas cotas em universidades. *Aprendiz*, São Paulo, 31 maio 2001. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/n_colunas/f_rossetti/id310303.htm>. Acesso em: 28 jun. 2006. Novo portal, atualizado diariamente, disponível em: <www.aprendiz.org.br>. Acesso em: 26 mar. 2010.

29 SINGER, Peter. *Ética Prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32.

30 SINGER, Peter. Op. cit., p. 61.

não há objeção ao uso do critério de admissão universitária que inclua o aspecto racial, desde que conjugado com outros, como a aptidão atlética, o potencial de liderança etc.

O argumento de Peter Singer prossegue para identificar que a situação ética não restringe a adoção do critério racial, *desde que* seja dada preferência aos grupos menos favorecidos para se atingir um resultado mais igualitário quanto às oportunidades.

Discriminação compensatória

Ronald Dworkin é defensor da *discriminação compensatória ou inversa*, para redução das desigualdades de oportunidades de acesso aos cursos universitários nos Estados Unidos.

A apresentação da discriminação compensatória por Dworkin[31] é feita a partir da análise comparativa dos casos *Sweatt v. Painter*[32] e *DeFunis v. Odegaar*[33], relativos, respectivamente, a um estudante negro e a um judeu, ambos rejeitados por universidades norte-americanas. Os dois casos versam sobre o alcance da igualdade prevista na Décima Quarta Emenda da Constituição Americana.

Dworkin parte do caso do estudante negro Sweatt, para demonstrar que o *direito a igual tratamento* a ele é plenamente reconhecido; diferencia o direito do estudante negro daquele atribuído a DeFunis, estudante judeu não integrante de cotas universitárias; preconiza que, ao judeu DeFunis, aplica-se apenas o *direito a tratamento como igual*.

Portanto, Dworkin identifica dois direitos: o *direito de tratamento como igual* (igualdade como política), consistente em ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa, e o *direito de igual tratamento* (igualdade como direito), traduzido na igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. O *direito de tratamento como igual* é fundamental; dele deriva o *direito de igual tratamento*.

Dworkin recorre à interpretação da Constituição Americana na pesquisa sobre eventual violação do princípio de igualdade pela adoção de critério racial. Conclui que no seu texto não há condenação direta à classificação racial. Segundo o filósofo, o texto constitucional americano tem por alvo o combate ao preconceito racial. Identifica, então, a possibilidade ética e jurídica de um direito individual de igual proteção entrar em conflito com uma política socialmente mais justa, portanto desejável.

Não serão todas as circunstâncias em que o *direito ao tratamento como igual* determinará a existência do *direito a igual tratamento*. Sob a ótica de Dworkin, embora DeFunis (estudante judeu não incluído nas cotas) tenha direito a ser tratado como igual, não tem o direito de igual tratamento, ou seja, "não tem direito a uma vaga porque elas são oferecidas a outros".

Na tese de discriminação compensatória, afirma que o *direito a ser tratado como igual* assegura a DeFunis (indivíduo) que sua potencial perda deva ser objeto de merecida consideração. Dworkin tem como razoável a suposição de que uma política que proporcione preferência aos concorrentes integrantes de minorias venha trazer benefícios à comunidade como um todo, ainda quando leva em conta a perda de candidatos na situação de DeFunis (judeu não incluído nas cotas).

Em síntese: o pensamento de Dworkin é de que a Constituição Americana, pelo princípio da igualdade, repele a discriminação subjetiva e os padrões socioeconômicos díspares, decorrentes de injustiças sociais e educação deficiente. Assim, as medidas compensatórias consistem em mecanismos morais e juridicamente válidos para o combate à discriminação e ao racismo estrutural.

O julgamento pela Suprema Corte do caso *Regents of the University of California v. Bakke*[34] não abalou as convicções de Dworkin sobre as vantagens da discriminação compensatória ou inversa.[35]

---

31 DWOKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 343-369.

32 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=629>. Acesso em: 20 mar. 2010.

33 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *DeFunis v. Odegaa*, 416 U.S. 312 (1974). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=416&invol=312 >. Acesso em: 20 mar. 2010.

34 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=438&invol=265>. Acesso em: 20 mar. 2010.

35 DWORKIN, Ronald. O caso de Bakke: as quotas são injustas? O que Bakke realmente decidiu? Como ler a Lei de Direitos Civis. A discriminação inversa. In: ——. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. parte 5, p. 437-451, 453-469, 472-494.

Ronald Dworkin é defensor da discriminação compensatória ou inversa, para redução das desigualdades de oportunidades de acesso aos cursos universitários nos Estados Unidos.

DIFICULDADES DO CRITÉRIO RACIAL

A utilização de critério racial para estabelecer tratamento desigual numa população miscigenada como a nossa é de aplicação difícil, haja vista a falta de parâmetros cientificamente seguros na identificação dos destinatários da diferenciação.

AUTODECLARAÇÃO E *FISCALIZAÇÃO*

Por conta da dificuldade da classificação dos humanos em raças, na maioria dos vestibulares é solicitada a autodeclaração para inscrição nas cotas raciais. Como a autodeclaração nem sempre é *exata*, criaram-se mecanismos de *fiscalização*.

Gêmeos idênticos de Brasília:
um é considerado negro, o outro não

O caso dos gêmeos univitelinos de Brasília exemplifica o que a adoção de sistema desprovido de caráter científico pode desencadear. Alex e Alan Teixeira da Cunha, então com 18 anos, filhos de pai negro e de mãe branca, tiveram classificação racial distinta nas respectivas inscrições para o vestibular da UnB.[36]

Ambos os gêmeos se inscreveram nas cotas para negros e fizeram a autodeclaração racial. Na fase de fiscalização da autodeclaração dos candidatos negros, enquanto Alan foi incluído na cota para negros, Alex não. Acontece que os gêmeos, repito, *são idênticos*. A banca incumbida da fiscalização da autodeclaração daquele vestibular divergiu sobre a classificação dos gêmeos idênticos, em virtude de exercerem um juízo desprovido de objetividade para classificar os candidatos miscigenados. No propósito de fiscalizar a autodeclaração dos candidatos para as vagas das cotas raciais, houve a exigência de que se fizessem as fotos dos candidatos inscritos nas próprias instalações universitárias, além de submissão dos candidatos à *peritagem racial*. Entretanto, as distorções e as perplexidades ocorreram, para não mencionar os constrangimentos.

36 BASSETTE, Fernanda. Cotas na UnB: gêmeo idêntico é barrado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 maio 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604,00.html>. Acesso em: 15 mar. 2010.

Excluídos das cotas os pardos
em Mato Grosso do Sul

A fim de evitar as dificuldades de classificação dos candidatos pardos, no Estado do Mato Grosso do Sul as cotas ficaram restritas aos ditos *negros*; entretanto, naquele Estado a ação afirmativa deixa de fora os igualmente afrodescendentes com tonalidade de pele menos escura.

> "A nossa vantagem aqui é que a lei foi direcionada. No mínimo, 20% para negros, e não para afrodescendentes", disse Souza, referindo-se à lei aprovada pela Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, criando o sistema de cotas no vestibular deste ano [...] Garantimos (vagas) de fato às pessoas que tinham o fenótipo, ao negro preto. Nós fizemos isso apenas para não deixar uma brecha para um branco ou para um negro rico (de escola particular) participar das cotas da Uems." (...).[37]

Por outro lado, num terreno pouco objetivo como o dos miscigenados, também é verdade que as fraudes possam ser tentadas. Existe notícia de autodeclarações impugnadas sem recurso – o que deixa margem para cogitações sobre a causa da não interposição de recursos contra a desclassificação na cota racial.[38] [39] [40]

37 UNIVERSIA – BRASIL. Em MS, foto diz quem entra por cotas para negros. 15 dez. 2003. Disponível em: <http://www.universia.com.br/noticia/materia_clipping.jsp?not=9089>. Acesso em: 20 mar. 2010.

38 TRACCO, Mauro. Vaga reservada. *Superinteressante*, São Paulo, maio 2007. "Em 2005, nada menos que 48% dos candidatos inscritos tiveram suas fotos rejeitadas e foram impedidos pela banca de concorrer a uma vaga pelo sistema de cotas." Disponível em:<http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/educacao/conteudo_274295.shtml?func=1&pag=0&fnt=9pt> Acesso em: 13 mar. 2010.

39 FOLHAONLINE. São Paulo, 23 jun. 2004. Para a UnB, 21 rejeitados agora são negros. "(...) Com base em fotografias tiradas no ato da inscrição, a universidade decidiu não aceitar 212 desses candidatos nas cotas para negros. Desses, 34 fizeram pedido de reconsideração. Quem não foi aceito passou a constar automaticamente da lista de demais inscritos (...)". Disponível em:<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u15669.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2010.

40 UNIVERSIA – BRASIL. Em MS, foto diz quem entra por cotas para negros. 15 dez. 2003. "Entre 530 candidatos que se declararam negros, 76 foram rejeitados porque não possuíam o 'fenótipo' exigido, ou seja, 'lábios grossos, nariz chato e cabelos pixaim', na definição do presidente do Cedin (Conselho Estadual dos Direitos dos Negros), Naércio Ferreira Fernandes de Souza, 34, que fez parte de uma comissão a qual analisou as fotos apresentadas pelos candidatos (...)". Disponível em:<http://www.universia.com.br/noticia/materia_clipping.jsp?not=9089>. Acesso em: 20 mar. 2010.

O QUE DIZ A GENÉTICA

Jonh Craig Venter, geneticista responsável pelo mapeamento do genoma humano, informa: "A raça é um conceito social, não científico; todos evoluímos nos últimos 100 mil anos a partir do mesmo grupo reduzido de tribos que emigraram da África e colonizaram o mundo".[41]

O médico geneticista Sérgio Danilo Junho Pena e a bióloga Maria Cátira Bortolini, tratando do genoma humano, esclarecem que "raça não é uma entidade biológica":

> (...) *Classificando pessoas* (...) Em resumo, as diferenças icônicas de "raças" correlacionam-se bem com o continente de origem (já que são selecionadas), mas não refletem variações genômicas generalizadas entre os grupos. Desta forma, deve ficar claro que se e quando a expressão "raça" for utilizada, ela irá representar uma construção social, política ou cultural, e não uma entidade biológica. Mesmo assim, as sociedades humanas construíram elaborados sistemas de privilégio e opressão baseados nessas insignificantes diferenças genéticas, que envolvem pouquíssimos genes. (...)
>
> (...) *Proporção de pessoas com ancestralidade genômica africana no Brasil* [...] Se definirmos como afrodescendentes toda pessoa com mais de 10% de ancestralidade africana (...) podemos estimar a proporção de afrodescendentes na população brasileira como um todo (...). Os resultados são impressionantes: 87% dos brasileiros, ou seja, cerca de 146 milhões de pessoas pelo censo de 2000, apresentam mais de 10% de ancestralidade africana. Os dados mostram também que 48% dos afrodescendentes brasileiros se autoclassificam como brancos. Na região Sul, mais de dois terços (72%) dos afrodescendentes consideram-se brancos. A definição quantitativa de afrodescendente como qualquer pessoa com mais de 10% de ancestralidade africana é claramente arbitrária. (...) A conclusão impressionante é que pelo menos 77 milhões de pessoas em nosso país apresentam mais de 90% de ancestralidade africana! Obviamente estas estimativas foram feitas por extrapolação de resultados experimentais com amostras relativamente pequenas e, consequentemente, têm limites de confiança bastante amplos. Entretanto, elas demonstram veementemente a enorme contribuição africana para a formação da população brasileira.[42] (grifos dos autores)

Na audiência pública ocorrida em 4 de março de 2010, no Supremo Tribunal Federal, Sérgio Pena reiterou a explicação científica.[43]

Simão Dias Vasconcelos e Ednaldo Gomes da Silva,[44] descrevendo suas experiências profissionais como biólogos, reafirmam a perspectiva de Sérgio Danilo Junho Pena e de Maria Cátira Bortolini sobre o papel da Genética na definição das cotas, como segue:

> Raças humanas não existem do ponto de vista genético ou biológico. Apenas 5% da variação genômica ocorrem entre as chamadas "raças". Ademais, somente 0,01% do genoma humano varia entre dois indivíduos. Em outras palavras, toda a discussão racial gravita em torno de 0,0005% do genoma humano!

Segundo o olhar da Professora de História Celia Maria Marinho de Azevedo sobre a racialização dos brasileiros pelo Estado, são transcritos comentários sobre a mudança dos critérios do IBGE após a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD –, realizada pelo IBGE em 1976:

> O fantasma de Gilberto Freyre anda (...) às soltas para infernizar a vida daqueles que só conseguem discernir preto e branco entre as muitas cores com que a população brasileira insiste em se colorir (...). Concluiu-se, assim, pela imposição de um quadro fechado de termos racializadores, capazes de podar pela raiz a ambiguidade das respostas livres e criativas da população. Sem isso, não haveria condições para desenvolver estatísticas precisas e seguras (...). A partir daí, decidiu-se que o brasileiro a ser recenseado pode ter apenas cinco cores: branca, parda, negra, indígena, amarela (...). Mas o problema da ambiguidade contida nos números persiste mesmo adotada (...).[45]

PONTOS DE VISTA ANTROPOLÓGICOS

O mero fato de se obrigar à classificação racial já em si consolida as divisões raciais. De acordo com Peter Fry e Yvonne Maggie, comentado por Simon Schwartzman:

---

41 EXISTEM as raças humanas? MD, ano 5, 21 abr. 2009. Disponível em: <http://www.mdig.com.br/index.php?itemid=5752 > . Acesso em: 26 mar. 2010.

42 PENA, Sérgio Danilo; BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas? *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 50, p. 43, jan./abr. 2004. doi: 10.1590/S0103-40142004000100004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100004>. Acesso em: 28 jun. 2006.

43 "(...) O médico geneticista Sérgio Junho Pena destacou, durante a audiência, que, do ponto de vista científico, raças humanas não existem – há apenas variações de pigmentação da pele. 'São coisas diferentes e que não devem ser confundidas em nenhum tipo de discurso'. Ele lembrou que a cor da pele não está associada a níveis de capacidade intelectual. 'Não se justifica uma divisão em grupos pela cor de pele para tratamento diferencial' (...)." Enviado por Juliana Andrade, qui., 4 mar. 2010 . Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/?q=node/1346&page=1>. Acesso em: 6 mar. 2010.

44 VASCONCELOS, Simão Dias; SILVA, Ednaldo Gomes da. Acesso à universidade pública através de cotas: uma reflexão a partir da percepção dos alunos de um pré-vestibular inclusivo. *Ensaio*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, p. 453-468, out./dez. 2005, www.scielo.br/pdf/ensaio/v13n49/29241.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2006.

45 AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça? Ação Afirmativa. Temas em Debate. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n. 121, p. 213-239, p. 222, jan./abr. 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/v34n121/a10n121.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2010.

A política de cotas raciais, como vem sendo denominada, institui, portanto uma sociedade dividida entre "brancos" e "negros". Em outros lugares do mundo esse tipo de engenharia social trouxe mais dor do que alívio para os problemas a que visava solucionar." [46]

Peter Fry menciona crescente demanda de cidadãos americanos pelo seu "reconhecimento independentemente de sua aparência" e etnia. Ou seja, sociedades racializadas, como a norte-americana, já estão em busca de alternativas para escapar "da camisa-de-força das 'raças' (e aqui é relevante lembrar que a Suprema Corte desta sociedade, pioneira da ação afirmativa, declarou inconstitucionais cotas numéricas nas suas universidades em 1978 quando decidiu o já referido caso Bakke)".[47]

Perante o Supremo Tribunal Federal, na Audiência Pública do dia 4 de março de 2010, a antropóloga Eunice Ribeiro Durham defendeu o ponto de vista contrário à utilização de critério racial para implantação das ações afirmativas por representarem discriminação fundada em fatores tidos por ela como "irrelevantes", tais como a cor da pele e o tipo de cabelo. "Mesmo que seja para o bem, as cotas raciais têm um pecado de origem, que é estabelecer categoriais artificiais por meio de categorias raciais. A solução brasileira para o racismo só pode passar pela valorização da mestiçagem."[48]

A antropóloga Yvonne Maggie, desde a implantação das cotas raciais, critica a divisão da sociedade brasileira em *duas raças*. Segundo seu ponto de vista, as cotas acarretarão um processo típico daquelas sociedades em que existem raças entronizadas, contrário à inspiração da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. "Para combater o racismo, o Estado vai instituir o negro como figura jurídica. Isso nunca existiu em nosso sistema legal." Para Yvonne, o efeito dessa "produção artificial de etnias e raças" é o fim da identidade nacional.[49]

46 O GLOBO, 11 abr. 2006. Disponível em: <http://sschwartzman.blogspot.com/2006/04/peter-fry-e-yvonne-maggie-sobre-cotas.html >. Acesso em: 28 mar. 2010.

47 FRY, Peter. Introduzindo o racismo. Inclusão social um debate necessário? Publicado originalmente em *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 mar. 2003. Disponível em: < http://www.ufmg.br/inclusaosocial/?p=33>. Acesso em: 20 mar. 2010.

48 Em audiência pública no STF, especialistas criticam "desvirtuamento" do sistema de cotas. Enviado por Juliana Andrade, qui, 04/03/2010 – 12:10 Paula Laboissière, Repórter da Agência Brasil. Disponível em:<http://www.agenciabrasil.gov.br/?q=node/1346&page=1>. Acesso em: 6 mar. 2010.

49 Em audiência pública no STF, especialistas criticam "desvirtuamento" do sistema de cotas. Enviado por Juliana Andrade, qui, 04/03/2010 – 12:10 Paula Laboissière, Repórter da Agência Brasil. Disponível em: < http://www.agenciabrasil.gov.br/?q=node/1346&page=1>. Acesso em: 6 mar 2010.

A DURAÇÃO DAS COTAS NO TEMPO

Desencorajar a divisão racial e *favorecer os movimentos multirraciais* são objetivos da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A Convenção estabelece que as medidas afirmativas são essencialmente temporárias.[50] Essa limitação no tempo existe, justamente, para não perpetuar direitos diferenciados favoráveis de um grupo depois de atingidos os objetivos das políticas afirmativas.

Dentre os argumentos contrários às cotas, há o temor de que, por não acarretarem um custo para o Estado, possam vigorar por tempo indeterminado. Há notícia de que, desde 1940, foram implantadas medidas que poderiam ser enquadradas como modalidade de ações afirmativas na Índia dirigida a minorias religiosas e castas.[51]

O que se teme é que no Brasil as cotas introduzam a racialização de nossa sociedade, situação que Ronald Dworkin, um dos maiores defensores das cotas raciais nos Estados Unidos, também pretende ver reduzida.

Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.[52]

CRITÉRIO DO MÉRITO

Outro argumento desfavorável às cotas raciais está fundado no critério do mérito, compatível com a norma da Constituição de 1988, prevista no art. 208, inciso V.[53] A

50 ONU. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Parte I, Artigo II – 1 (...), e) Os Estados Partes comprometem-se a favorecer, quando for conveniente, as organizações e movimentos multirraciais, e outros meios próprios, visando suprimir as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tende a reforçar a divisão racial 2. (...)Essas medidas não poderão, em hipótese alguma, ter o escopo de conservar direitos desiguais ou diferenciados para os diversos grupos raciais depois de alcançados os objetivos perseguidos. Disponível em: <.http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em: 28 jun. 2006.

51 OLIVEIRA, Fernanda Maria Diógenes Menezes. A Discriminação Enquanto Fundamento do Tratamento Isonômico e as Ações Afirmativas. In: MATIAS, João Luis Nogueira. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais* (Coord.). São Paulo: Atlas. 2009. p. 57.

52 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 439.

53 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

conjugação do mérito com a proibição de discriminação independente de origem, raça, sexo, cor e idade do art. 3º, inciso IV, combinado com o art. 5º, *caput*, todos da Constituição de 1988, é invocada para concluir que as cotas raciais não são válidas para o ensino universitário.

Ressaltamos que a Declaração Universal de Direitos, no seu Artigo XXVI. 1., prevê, de modo semelhante à Constituição de 1988, que a instrução superior será baseada no mérito.

O critério do mérito considera objetivamente os candidatos e, por tal razão, é o critério de avaliação no campo acadêmico. No sistema de avaliação dos candidatos exclusivamente pelo desempenho nas provas, não há margem para que a correção sofra interferências subjetivas por simpatia a qualquer grupo, majoritário ou minoritário. Por outro lado, dentre as funções primordiais das universidades públicas está a atividade de pesquisa, que poderá restar prejudicada se o nível de ensino vier a decair de patamar, já considerado insatisfatório.

Simon Schwartzman, ex-presidente do IBGE, na audiência pública para debate sobre as cotas perante o Supremo Tribunal Federal, externou seu temor: "quando as universidades admitem alunos por critérios não acadêmicos, há um risco real de que elas se transformem em grandes escolões de baixa qualidade".[54] A declaração transcrita do ex-presidente do IBGE pode parecer tendenciosa, mas, se compreendido o discurso num contexto estatístico internacional sobre a situação do ensino básico no Brasil, muda-se a percepção do que se passa na educação brasileira. Tudo depende da qualidade de profissionais que o Brasil quer formar, considerando a realidade do mercado de trabalho numa economia globalizada para o próprio desenvolvimento de nosso País.

PROGRAMA INTERNACIONAL DE AVALIAÇÃO DE ALUNOS – OUTRO DADO DE REALIDADE

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) executa a avaliação comparativa de alunos do 8º ano do Ensino Fundamental com aproximadamente 15 anos, idade presumida em que os jovens já teriam concluído o ensino básico. Esta é a função do Programa Internacional de Avaliação de Alunos – PISA. No Brasil, a pesquisa é coordenada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep. Os resultados do PISA são reveladores da deficiência do ensino no Brasil.[55] A tabela abaixo facilita a compreensão:

PISA – MATEMÁTICA			
ANO	COLOCAÇÃO DO BRASIL	Nº PAÍSES AVALIADOS	ÚLTIMO COLOCADO
2000	42º	43	Peru
2003	41º	41	Brasil
2006	54º	57	Quirziquistão

PISA – CIÊNCIAS			
ANO	COLOCAÇÃO DO BRASIL	Nº PAÍSES AVALIADOS	ÚLTIMO COLOCADO
2000	42º	43	Peru
2003	40º	41	Tunísia
2006	52º	57	Quirziquistão

PISA – LEITURA			
ANO	COLOCAÇÃO DO BRASIL	Nº PAÍSES AVALIADOS	ÚLTIMO COLOCADO
2000	39º	43	Peru
2003	38º	41	Tunísia
2006	49º	56	Quirziquistão

Diante destas estatísticas para o ensino básico, percebe-se o temor da adoção das cotas raciais nas universidades, uma vez que as cotas não se vinculam ao mérito. O sistema de ensino no Brasil demanda investimento constante conjugado com vontade política de inverter o quadro insatisfatório. A despeito das normas internas, o Brasil, signatário da Declaração de Jomtien,[56] deve assegurar uma educação básica de qualidade para satisfazer as necessidades gerais de aprendizagem de sua população. Ainda há muito a se investir para atender este compromisso.

O inciso V do art. 208 da Constituição Federal de 1988 estabelece, verbis: "Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2010.

54 Em audiência pública no STF, especialistas criticam "desvirtuamento" do sistema de cotas. Enviado por Juliana Andrade, qui. 04/03/2010 – 12:10 Paula Laboissière, Repórter da Agência Brasil. Disponível em: < http://www.agenciabrasil.gov.br/?q=node/1346&page=1>. Acesso em: 6 mar. 2010.

55 MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Inep, resultados de 2003 até 2006. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/internacional/novo/pisa/resultados.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

56 ONU. Declaração Mundial sobre Educação para Todos. Plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem. Aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos. Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem. Jomtien, Tailândia – 5 a 9 de março de 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/educar/todos.htm>.

CONCLUSÃO

Estudos estatísticos indicam que a classe econômica interfere no desempenho dos alunos em geral.[57] Estatísticas sobre a aprovação no exame vestibular que relaciona candidatos por classe socioeconômica indicam aumento do percentual dos afrodescendentes aprovados no vestibular quando integrantes das classes econômicas mais altas.[58]

O aumento do poder aquisitivo pode influir favoravelmente no desempenho dos candidatos no vestibular, em virtude de gerarem as seguintes possibilidades: dedicação exclusiva ao estudo, possibilidade de cursar melhores colégios e no período diurno, acesso ao material didático. Se reduzida a pobreza, dentre os aprovados amplia-se o número de integrantes desse grupo socioeconômico independentemente da *raça*. Então, é acertada a conclusão quanto ao fato de a pobreza ser uma das causas de reprovações no vestibular. Se os afrodescendentes estão situados nas faixas de maior pobreza, é razoável conceber que as ações afirmativas devam ser tanto no sentido de reduzir os obstáculos à dedicação ao estudo, como na qualidade do ensino básico.

Segundo Fernando Rossetti, "Sem investimento maior nesses estudantes, a cota é simplesmente uma medida populista, com efeitos frágeis e, por vezes, até deletérios".[59]

Se as cotas raciais por si só não acrescentam conhecimento aos destinatários, então a sua aplicação nos vestibulares produz mudanças dos números de aprovação em virtude de circunstância artificial, ainda que bem-intencionada.

Note-se ainda que uma pesquisa de acompanhamento dos alunos cotistas da UERJ de 2004 até 2007 revelou decréscimo significativo da procura pelas vagas reservadas pelas cotas.[60] A tendência que vem sendo observada na UERJ não foi confirmada em outras universidades, mas pode ser um sinal de que as cotas raciais isoladamente não estão motivando os candidatos.

Deve-se considerar ainda que o mero ingresso nas universidades pelas cotas raciais não garante a permanência, menos ainda garante a absorção pelo mercado de trabalho competitivo, se obtida a graduação com deficiências comprometedoras do desempenho profissional. A aprovação de afrodescendentes no vestibular não deve ser "um favor", mas consequência do conhecimento obtido para sua absorção plena no mercado de trabalho.

Ainda que sejam relevantes os argumentos favoráveis às cotas e exista a urgência e a desesperança dos que têm reduzidas oportunidades de acesso ao ensino superior, não creio na eficácia desta solução sem investimentos, apesar da tentação da mudança rápida de estatísticas quantitativas de universitários afrodescendentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMADEI, Stella. Sistema de cotas na Uerj – uma análise quantitativa dos dados de ingresso. *Revista do Vestibular*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, 3 out. 2008. Disponível em: <http://www.revista.vestibular.uerj.br/artigo/artigo.php?seq_artigo=6>. Acesso em: 8 mar. 2010.

ANDRADE, Juliana. Em audiência pública no STF, especialistas criticam "desvirtuamento" do sistema de cotas. *Agência Brasil*, Brasília, DF, 4 mar. 2010. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/?q=node/1346&page=1>. Acesso em: 6 mar. 2010.

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. Cota racial e estado: abolição do racismo ou direitos de raça? *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n. 121, p. 213-239, jan./abr. 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/v34n121/a10n121.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2010.

57 COUTO, Rodrigo. Movimento Nossa São Paulo. Pobreza interfere no desempenho escolar. *Correio Brasiliense*, Brasília, DF, 11 jan. 2010. "Estudo realizado pela Unifesp indica que existe relação direta entre a situação econômica do aluno e o aprendizado nos colégios. Doação de livros didáticos é citada como solução. 'São Luiz do Norte (GO) Quanto maior a porcentagem de indivíduos pobres em um município, pior é o desempenho Escolar. É o que constatou uma pesquisa da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). A situação econômica determinou em até 58% o rendimento dos alunos das escolas municipais, enquanto nos estabelecimentos estaduais o mesmo percentual ficou em 44% (...)". Disponível em: http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/9910. Acesso em 21 mar .2010.

58 GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Acesso de negros às universidades públicas. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 118, p. 247-268, p. 257, mar. 2003. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/n118/16836.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2006.

59 ROSSETTI, Fernando. O risco de populismo nas cotas em universidades. *Aprendiz*, São Paulo, 2 jul. 2001. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/n_colunas/f_rossetti/id310303.htm>. Acesso em: 28 jun. 2006.

60 AMADEI, Stella. Sistema de cotas na Uerj: uma análise quantitativa dos dados de ingresso. *Revista do Vestibular*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, 3 out. 2008. Disponível em: <http://www.revista.vestibular.uerj.br/artigo/artigo.php?seq_artigo=6>. Acesso em: 8 mar. 2010.

BASSETTE, Fernanda. Cotas na UnB: gêmeo idêntico é barrado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 29 maio 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL43786-5604,00.html>. Acesso em: 15 mar. 2010.

BORGES, Priscilla. Apartheid na universidade. *Universia*, São Paulo, 30 maio 2005. Disponível em: <http://www.universia.com.br/noticia/materia_clipping.jsp?not=22835>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (Brasil). *Inep, resultados desde 2003 até 2006*. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/internacional/novo/PISA/resultados.htm> Acesso em: 23 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Processo 2008.02.01.012162-1. Quinta Turma Especializada. Relatora: Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Origem: processo nº 200850010073055, 4ª Vara Federal Cível de Vitória – ES. j. 11 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Afirmativas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>. Acesso em: 6 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.858. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2858&classe=ADI&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp> e http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186 >. Acesso em: 8 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 597.285/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2662983>; <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2662983> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=2662983>. Acesso em: 17 mar. 2010.

CARDOSO, Teresa. *Agência Senado*, Brasília, DF, 11 mar. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/AGENCIA/verNoticia.aspx?codNoticia=87937&codAplicativo=2>. Acesso em: 17 mar. 2010.

COUTO Rodrigo. Movimento nossa São Paulo. Pobreza interfere no desempenho escolar. *Correio Brasiliense*, Brasília, DF, 11 jan. 2010. Disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/9910>. Acesso em: 21 mar. 2010.

DOMINGUES, Petrônio. Ações afirmativas para negros no Brasil: início de uma reparação histórica. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 29, maio/ago. 2005. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/%0D/rbedu/n29/n29a13.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.

DWOKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EM MS, foto diz quem entra por cotas para negros. *Universia*, São Paulo, 15 dez. 2003 Disponível em:<http://www.universia.com.br/noticia/materia_clipping.jsp?not=9089>. Acesso em: 20 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). Décima Quarta Emenda. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acesso em: 8 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). *Fourteenth Amendment – Rights Guaranteed Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process and Equal Protection*. Disponível em: <http://www.usconstitution.net/xconst_Am14.html>. Acesso em: 8 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>. Acesso em: 19 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *DeFunis v. Odegaa, 416 U.S. 312 (1974)*. Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=416&invol=312 >. Acesso em: 20 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=438&invol=265> Acesso em: 20 mar. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=339&invol=629>. Acesso em: 20 mar. 2010.

EXISTEM as raças humanas? *MD*, ano 5, 21 abr. 2009. Disponível em: <http://www.mdig.com.br/index.php?itemid=5752 >. Acesso em: 26 mar. 2010.

FOLHA DE S. PAULO. São Paulo, 15 abr. 2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u12540.shtml>. Acesso em: 8 mar. 2010.

FRY, Peter. Introduzindo o racismo. Inclusão social, um debate necessário? *O Globo*, 21 mar. 2003. Disponível em: <http://www.ufmg.br/inclusaosocial/?p=33>. Acesso em: 20 mar. 2010.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Acesso de negros às universidades públicas. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 118, mar. 2003. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/cp/n118/16836.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

O GLOBO. Rio de Janeiro, 11 abr. 2006. Disponível em: <http://sschwartzman.blogspot.com/2006/04/peter-fry-e-yvonne-maggie-sobre-cotas.html >. Acesso em: 20 mar. 2010.

OLIVEIRA, Fernanda Maria Diógenes de Menezes. A discriminação enquanto fundamento do tratamento isonômico e as ações afirmativas. In: MATIAS, João Luis Nogueira. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas. 2009.

ONU. Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, adotada e aberta à assinatura e ratificação pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965. Disponível em: <.http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em: 28 jun. 2006.

ONU. Declaração Mundial sobre Educação para Todos. Plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem. Aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem. Jomtien, Tailândia – 5 a 9 mar. 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/educar/todos.htm>. Acesso em: 26 mar. 2010.

PARA A UNB, 21 rejeitados agora são negros. *Folha de S. Paulo,* Brasília, 23 jun. 2004. Disponível em :<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u15669.shtml>. Acesso em: 22 mar 2010.

PENA, Sérgio Danilo; BORTOLINI, Maria Cátira. Pode a genética definir quem deve se beneficiar das cotas universitárias e demais ações afirmativas? *Estudos Avançados*, São Paulo, v.18, n. 50, jan./abr. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100004>. Acesso em: 28 jun. 2006.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n. 3.524, de 28 de dezembro de 2000 (revogada). Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bffob82192929c2303256bc30052cb1c/92c5d19ef1cac546032569c40069afa7?OpenDocument>. Acesso em: 15 mar. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n. 3.708, de 9 de novembro de 2001 (revogada). Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bffob82192929c2303256bc30052cb1c/827dde52958a6dd203256b030063db70?OpenDocument>. Acesso em: 15 mar. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n. 4.061, de 2 de janeiro de 2003 (revogada). Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/9bb31eb047bb9a6083256ca300534310?OpenDocument>. Acesso em: 15 mar. 2010.

ROSSETTI, Fernando. O risco de populismo nas cotas em universidades. *Aprendiz*, São Paulo, 31 maio 2001. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/n_colunas/f_rossetti/id310303.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TRACCO, Mauro. A política de cotas está em pleno funcionamento no Brasil – mais de 40 universidades já reservam vagas para alunos negros. Agora só falta o país responder duas perguntas: precisamos disso? E dá certo? Planeta sustentável. Cotas. Vaga reservada. *Superinteressante*, São Paulo, maio 2007. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/educacao/conteudo_274295.shtml?func=1&pag=0&fnt=9pt> Acesso em: 13 mar. 2010.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sobre a Universidade. Sistema de Cotas. Disponível em: <http://www.uerj.br/modulos/kernel/index.php?pagina=915>. Acesso em: 10 mar. 2010.

VASCONCELOS, Simão Dias; SILVA, Ednaldo Gomes da. Acesso à universidade pública através de cotas: uma reflexão a partir da percepção dos alunos de um pré-vestibular inclusivo. *Ensaio*: avaliação e políticas públicas em educação, Rio de Janeiro, v.13, n. 49, out./dez. 2005. Disponível em:<www.scielo.br/pdf/ensaio/v13n49/29241.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2010.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Notas Acerca das Emendas Constitucionais em Matéria Tributária e Financeira

GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA[1]

RESUMO: A matéria tributária e financeira é certamente um dos campos mais visitados pelo constituinte derivado. O trabalho investiga algumas emendas constitucionais que modificaram temas tributários e financeiros do texto brasileiro de 1988, os questionamentos acerca da constitucionalidade de tais emendas à luz do art. 60, §4º, da Constituição Federal, bem como a posição do Supremo Tribunal Federal acerca dos temas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Emenda Constitucional n. 3/93; 3. Emenda Constitucional n. 12/96; 4. Emenda Constitucional n. 20/98; 5. Emenda Constitucional n. 21/99; 6. Emenda Constitucional n. 29/00; 7. Emenda Constitucional n. 33/01; 8. Emenda Constitucional n. 37/02; 9. Emenda Constitucional n. 39/02; 10. Considerações finais; 11. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Emendas constitucionais tributárias e financeiras. Constitucionalidade. Cláusulas pétreas. Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

A análise do conteúdo das emendas constitucionais que modificaram o texto brasileiro de 1988 revela que a matéria tributária é certamente um dos campos mais visitados pelo constituinte derivado.[2] Basta uma leitura do capítulo I do Título VI da Constituição Federal (que trata do sistema tributário nacional e contempla os artigos 146 a 162 do texto) para constatar que poucos são os dispositivos que permanecem com a redação original de outubro de 1988.

---

1 Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre e doutorando em Direito Público pela UERJ.

2 A expressão "poder constituinte derivado" é considerada, conforme leciona Luís Roberto Barroso, "tecnicamente problemática", pois a rigor o poder de reforma do texto constitucional é um poder constituído, sendo subordinado aos diversos limites que o constituinte originário impôs no texto constitucional. Todavia, trata-se de expressão consagrada na prática e pela doutrina, de forma que, com as ressalvas já explicitadas, será também utilizada no presente trabalho. Sobre a questão terminológica descrita, ver BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 144-145.

Embora seja possível chegar à conclusão exposta por simples leitura da Constituição, é importante destacar que há valiosos estudos no âmbito da ciência política brasileira que comprovam, por intermédio de dados empíricos, que a matéria financeira e tributária tratada na Constituição efetivamente sofreu diversas alterações. Neste sentido, Celina Souza realizou importante estudo em que demonstra a destacada prevalência do tema fiscal (gênero que inclui a matéria tributária e de finanças públicas) na agenda de reformas da Constituição, afirmando que nada menos do que 35% dos dispositivos alterados pelas emendas constitucionais até 2008 trataram da matéria fiscal. Para destacar a relevância do número apontado, basta observar que o segundo tema mais abordado pelas emendas constitucionais (alterações no modelo econômico) atingiu o percentual de apenas 13%, ou seja, quase um terço do percentual da matéria fiscal.[3]

Há ainda dados empíricos que comprovam que a matéria tributária também é objeto de parcela significativa das propostas de emendas à Constituição. Pesquisa realizada por Gabriela da Silva Tarouco demonstrou que, no período entre 1988 e 2005, o capítulo do sistema tributário nacional foi o segundo que mais atraiu propostas de emendas constitucionais (10% do total de PECs). Também no período de 1988 a 2005, especificamente em relação às propostas de emendas constitucionais encaminhadas pelo Poder Executivo, o título da tributação e do orçamento foi o mais visitado, atingindo o percentual de 20%[4].

Marcus Abraham também menciona números impressionantes que confirmam a expressiva preferência do constituinte derivado pela matéria fiscal. Até 2008, houve 19 emendas constitucionais tratando da matéria financeira e tributária, além de uma emenda constitucional de revisão. Ao todo, tais emendas produziram cerca de 40 alterações no sistema tributário constitucional.[5]

São diversos os fatores que podem explicar o elevado número de emendas constitucionais na matéria fiscal. Um dos mais evidentes é a constatação de que, em comparação às demais Constituições que o Brasil já adotou, a Carta de 1988 cuidou do sistema tributário e das finanças públicas de forma mais detalhada do que qualquer outra.[6] Desta forma, as mudanças no plano nacional e internacional ocorridas ao longo da década de 90, especialmente a necessidade de estabilização monetária do país (Plano Real) e a intensificação do processo mundial de globalização,[7] exigiram significativas alterações no texto original da Constituição de 1988.

---

3 SOUZA, Celina. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 802, 2008.

4 TAROUCO, Gabriela da Silva. *Os partidos e a Constituição*: ênfases programáticas e propostas de emenda. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), 2007. Tese – (Doutorado em Ciência Política, p. 30-31).

5 ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 28-29.

6 No mesmo sentido, SOUZA, Celina. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 798, 2008: "Além disso, os constituintes de 1988 mantiveram a tendência das constituições anteriores de inserir no corpo da Constituição um amplo leque de políticas públicas, muitas detalhadas no corpo constitucional, ampliando, por exemplo, a lista de disposições do título constitucional sobre a ordem social, *assim como detalhando mais do que as constituições anteriores o título constitucional sobre tributação*." (grifo nosso). Ricardo Lodi Ribeiro assinala que a abundância de institutos de direito tributário na constituição brasileira não encontra paralelo no direito comparado. RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalização do direito tributário. In: ——. *Temas de direito constitucional tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1. Em sentido idêntico, COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O direito tributário na Constituição. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, São Paulo, v. 1, p. 48-69, p. 48, 2007: "O Brasil, ao contrário, inundou a Constituição com princípios e regras atinentes ao Direito Tributário. Somos, indubitavelmente, o país cuja Constituição é a mais extensa e minuciosa em tema de tributação." No mesmo sentido, a manifestação de Alcides Jorge Costa no XX Congresso Brasileiro de Direito Tributário, *verbis*: "Mas eu devo dizer o seguinte: mormente uma Constituição tão detalhista como a nossa – costuma dizer que no capítulo tributário ela chega a adquirir, por vezes, um ar de instrução normativa – leva claramente à necessidade de modificações mais frequentes do que se ela fosse mais geral.". *Revista de Direito Tributário*, n. 98, p. 23. Na doutrina constitucionalista, SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: ——. *Livres e iguais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 181: "Em certas áreas, como Previdência Social, regime dos servidores públicos e sistema tributário, o nível de detalhamento chega às raias do absurdo."

7 Para uma análise detalhada da relação entre a mudança do sistema constitucional tributário brasileiro pelas sucessivas emendas constitucionais e as necessidades de adaptação da economia brasileira ao processo de globalização, vale destacar, no âmbito da ciência econômica, o trabalho de ALVES, Alex Neyves Mariani. *O ajuste do sistema constitucional tributário brasileiro após 1988 no contexto do processo de globalização*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-graduação em Economia do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, 2004.

Outro fator que contribuiu significativamente para a proliferação de emendas constitucionais em matéria fiscal foi a nítida reação do Governo Federal ao projeto de descentralização financeira em favor de Estados e Municípios[8] implementado pela Constituição de 1988.[9] Como se sabe, uma das características mais marcantes da formulação do sistema tributário na Constituinte de 1988 foi a busca da formatação de um sistema que pudesse fortalecer a autonomia de Estados e Municípios pela maior participação dos entes subnacionais na distribuição da competência tributária e na própria divisão das receitas tributárias obtidas pelos impostos federais.[10] Nos vinte anos de vigência da Constituição, diversas emendas constitucionais foram aprovadas com o incentivo do Governo Federal com o escopo de aumentar a arrecadação com tributos cujas receitas não eram objeto de repartição aos demais entes federativos (contribuições, como a CPMF)[11] e desvincular parcelas dos recursos oriundos de tributos cujas receitas deveriam ser repartidas com Estados e Municípios, por intermédio da instituição de fundos especiais (como o Fundo Social de Emergência – Emenda de Revisão n. 1/94, Fundo de Estabilização Fiscal – Emenda Constitucional n. 10/96, Desvinculação de Receitas da União – Emenda Constitucional n. 27/00).[12]

Ademais, praticamente todas as emendas constitucionais editadas na seara fiscal tiveram a sua constitucionalidade questionada à luz das limitações materiais ao poder de reforma da Constituição. Em outros termos, diversos foram os questionamentos surgidos no seio da doutrina tributária acerca da eventual violação por emenda de alguma cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, da Constituição. Com frequência, tais alegações de inconstitucionalidade foram materializadas concretamente pelos instrumentos processuais

8 BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 53, p. 109, 2000: "A Constituição de 1988 procurou reconstruir o federalismo no Brasil, estruturalmente abalado pelo modelo centralizador adotado sob o regime constitucional de 1967-69. Estados e Municípios tiveram sua autonomia formal revitalizada, tanto no campo de suas competências político-administrativas como legislativas. Também no domínio das competências tributárias e partilha de rendas é possível creditar à nova Carta um movimento de descentralização fiscal." ARAGÃO, Alexandre Santos de. Federalismo em Crise: aspectos constitucionais dos contratos de empréstimo entre entes federativos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 22, p. 75, 2008: "A Constituição de 1988, reinstauradora da democracia no Brasil, não poderia deixar de fazer com que os seus ventos de liberdade e descentralização também chegassem ao tão relevante tema da Federação, erigindo os Municípios à condição de Entes federados e fortalecendo a posição dos Estados-membros no arcabouço institucional da República. O seu objetivo foi o de fazer o nosso federalismo deixar de ser centralizador ou hegemônico para passar a ser um federalismo de equilíbrio."

9 OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 4, p. 210, 2004: "No caso das Emendas Tributárias têm elas se cingido a concentrar recursos na União Federal, violando o projeto constitucional de 1988 de descentralização democrática do Poder Político, em evidente contradição com o pacto federativo então concebido (...)". No mesmo sentido, ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 47: "Realmente houve, por parte da Assembleia Constituinte, uma grande preocupação no processo de descentralização das finanças e das atribuições dos entes federativos na elaboração do Sistema Tributário Constitucional. Mas em sentido contrário vem caminhando o legislador constituinte derivado, que, através de inúmeras Emendas Constitucionais que adiante analisaremos, vem modificando o equilíbrio inicial dado à Federação brasileira e, de certo modo, enfraquecendo o princípio do Federalismo Fiscal."

10 PISCITELLI, Roberto B. Estudo analítico dos novos dispositivos constitucionais tributários. In: PISCITELLI, Roberto B. (org.). O *sistema tributário na nova Constituição*: da crise financeira às perspectivas com o novo sistema. Brasília: Editora da UnB, 1989. p. 87.

11 TORRES, Ricardo Lobo. A nova ordem tributária e a descentralização fiscal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p. 263, 1999.

12 MELO, Marcus André. O leviatã brasileiro e a esfinge argentina: os determinantes institucionais da política tributária. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 115-116, 2005. Em sentido semelhante, destaca Marcos Aurélio Pereira Valadão, que aponta o excesso de detalhamento da matéria tributária no texto constitucional conjugado com a necessidade de criação de novas receitas para a União como fatores determinantes para o elevado número de emendas constitucionais na seara fiscal. VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Comentários sobre as alterações tributárias à Constituição de 1988. *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, v. 413, p. 65, 2004: "Outra razão de tantas emendas é a de que o Estado brasileiro cria fontes de receitas, à medida que cria despesas (como qualquer outro estado), mas como a Constituição brasileira tem muitas regras, e é extremamente analítica, o Estado, para se movimentar na área tributária, cria alternativamente tributos para aumentar a arrecadação, na maioria das vezes vinculando-a às despesas, em vez de simplesmente aumentar alíquotas para aumentar a arrecadação. A simples majoração de alíquotas, no caso da União, se apresenta inviável por dois motivos: os tributos existentes, em especial os impostos, são necessariamente repartidos entre as unidades da Federação, e, segundo, o aumento de alíquotas pode esgotar a base impositiva, tornando a cobrança de determinado imposto proibitiva ou mesmo confiscatória, além de impulsionar mecanismos de sonegação."

do controle de constitucionalidade, no âmbito do controle difuso ou concentrado, de forma que o Supremo Tribunal Federal foi chamado diversas vezes a julgar a constitucionalidade das emendas constitucionais tributárias e financeiras.[13]

De forma a comprovar as afirmações acima, passamos a analisar algumas hipóteses de emendas constitucionais financeiras e tributárias que suscitaram questionamentos acerca de sua constitucionalidade em face das cláusulas pétreas.

2. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 3/93

Menos de cinco anos após a promulgação da Carta de 1988, o sistema tributário e financeiro constitucional brasileiro já experimentou significativas alterações, sendo que algumas mudanças tiveram sua constitucionalidade questionada pela doutrina e o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade de algumas alterações.

O art. 2º da EC 3/93 estabeleceu a possibilidade de instituição pela União de Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras – IPMF até 31 de dezembro de 1994. A Lei Complementar n. 77/93 instituiu o referido tributo, determinando sua exigência para aquele mesmo exercício financeiro. O §2º do art. 2º da EC 3/93 determinou que ao imposto previsto na emenda "*não se aplica o art. 150, III, b, e VI, nem o disposto no § 5.º do art. 153 da Constituição.*" Em outros termos, a Emenda consignou que o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, "b", da CF) bem como as imunidades tributárias (art. 150, VI, da CF) não precisariam ser respeitados pela legislação que instituísse o novo tributo.

Chamado a decidir acerca da constitucionalidade de tal dispositivo, o Supremo Tribunal Federal proferiu um dos julgados mais relevantes em matéria tributária[14], na ADIN 939-7 (DJ 18.3.94, Rel. Min. Sidney Sanches). No julgado restou reconhecido por maioria que o art. 2º da EC 3/93, na parte em que determinava a não aplicação do princípio da anterioridade ao novo imposto, seria inconstitucional em cotejo com a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV, da CF, visto que a anterioridade tributária consistiria em garantia individual do contribuinte, sendo destarte insuscetível de supressão por obra do constituinte derivado. Também restou assentada a inconstitucionalidade do art. 2º da EC 3/93 na parte em que dispôs que ao novo tributo não seria aplicável o princípio da imunidade recíproca (art. 150, VI, alínea "a", da CF), pois teria havido a violação da cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso I, da CF, que impede emendas constitucionais com o intuito de abolir a forma federativa de Estado.

As conclusões do Supremo Tribunal Federal no caso em questão foram amplamente aplaudidas pela grande maioria da doutrina tributária brasileira.[15] Houve, todavia, importantes vozes doutrinárias que já na época da decisão manifestavam sua discordância em relação ao reconhecimento da anterioridade tributária como cláusula pétrea oponível ao constituinte derivado. Destaca-se aqui alentado trabalho de Flávio Bauer Novelli, publicado pouco após a deci-

13 O amplo questionamento da constitucionalidade das emendas constitucionais que trataram da matéria financeira e tributária é reconhecido por diversos autores. Neste sentido, TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 285: "Sempre se entendeu que a norma constitucional goza de presunção de constitucionalidade. Depois da divulgação da obra de Bachof, que admitia a possibilidade de ser inconstitucional a norma da própria Constituição nos casos excepcionais de conflito com o direito supralegal, e da promulgação do art. 60, §4º, da Constituição de 1988, que dispõe sobre as cláusulas pétreas, tornou-se moda no Brasil a presunção oposta de que as emendas constitucionais e as próprias normas legais ficam sob a suspeita de ilegitimidade constitucional." VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Comentários sobre as alterações tributárias à Constituição de 1988. *Ciência e Técnica Fiscal,* Lisboa, v. 413, p. 36, 2004: "Praticamente todas as emendas em comentário neste artigo foram objeto de acções judiciais, seja por via de ADINs, diretamente ao STF, ou por via de Recurso Extraordinário. Tal facilidade deve-se muito ao facto de a Constituição ser analítica, o que coloca tanto os contribuintes quanto as entidades tributantes em estado de incerteza, a depender da decisão da justiça."

14 A relevância do julgado transcende a matéria tributária, visto que, conforme destaca Luís Roberto Barroso, trata-se de decisão verdadeiramente histórica, pois foi a primeira oportunidade em que o STF declarou a inconstitucionalidade de emenda constitucional. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176. No mesmo sentido, BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 289.

15 Exemplificativamente, ver CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário.* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 209-210. Na doutrina tributária, raros foram os autores que formularam críticas à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso em exame, tais como SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A Constitucionalidade do IPMF. *Cadernos de direito tributário e de finanças públicas,* São Paulo, n. 6, p. 58, 1994.

são do STF,[16] que criticou a amplitude do conceito de cláusula pétrea construído pela maioria vencedora do Tribunal, visto que a restrição à anterioridade trazida pela Emenda em questão não feria o núcleo essencial do direito individual em discussão.

Mais recentemente, importantes manifestações doutrinárias no âmbito da doutrina constitucionalista brasileira adotaram um tom crítico em relação à decisão adotada pelo STF na ADIN 939-7, no que se refere à relação estabelecida entre a anterioridade tributária e a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da CF. Nesta linha, Cláudio Pereira de Souza Neto propõe uma interpretação conjugada do dispositivo com a ideia de democracia deliberativa, destacando a necessidade de se buscar fundamentar o limite da atuação do constituinte derivado em critérios materiais concernentes à teoria constitucional da democracia deliberativa, de forma que somente poderia ser considerado cláusula pétrea algum direito fundamental suscetível de ser caracterizado como uma "*condição para a cooperação na deliberação democrática*".[17] Nesta linha de raciocínio, o autor critica a decisão adotada pelo STF no julgamento da ADIN 939-7, visto que a anterioridade tributária não poderia ser considerada limite ao constituinte derivado.[18]

Rodrigo Brandão, em linha semelhante, também critica a decisão adotada pelo STF no caso em exame, destacando que a anterioridade tributária constitui garantia, e não direito fundamental, pois consubstancia instrumento destinado a promover a segurança jurídica, esta sim direito materialmente fundamental. Como a anterioridade não integra o núcleo essencial do direito fundamental à segurança (pois não seria lícito afirmar que sem a observância da anterioridade a segurança jurídica do contribuinte perderia seu sentido útil), a decisão do STF que considerou a anterioridade tributária como cláusula pétrea mostrou-se excessiva.[19]

Na doutrina tributária mais recente, Ricardo Lodi Ribeiro também demonstra sua discordância em relação à decisão adotada na ADIN 939-7 de reconhecer a anterioridade tributária como cláusula pétrea.[20] Sua argumentação encontra-se baseada especialmente nos recentes aportes da doutrina constitucionalista, que advoga a necessidade de que a interpretação das cláusulas pétreas seja conjugada com o princípio democrático, de forma a não retirar das maiorias democráticas o poder de decisão sobre direitos meramente secundários para a concretização de uma democracia substancial. Nesta linha, o autor sustenta que o princípio da anterioridade não constitui "*uma das garantias fundamentais para a manutenção do Estado Social e Democrático de Direito e dos compromissos materiais assumidos pelo Texto Maior de 1988*".[21]

Apesar da decisão adotada pelo STF na ADIN 939-7, não se pode dizer que a questão relativa ao enquadramento ou não da anterioridade tributária como cláusula pétrea perdeu importância, visto que, conforme veremos com mais detalhes adiante, mais recentemente o constituinte derivado, por intermédio da EC 33/2001, trouxe duas novas hipóteses de exceções ao princípio da anterioridade (art. 155, §4º, IV, "c" – ICMS e art. 177, §4º, I, "b" – contribuição de intervenção no domínio econômico). Tais inovações já suscitaram alegações de inconstitucionalidade pela doutrina tributária, conforme será detalhado em momento oportuno.

---

16 NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2, §2º, da Emenda Constitucional n. 3/93. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 21-57, 1995.

17 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 237.

18 Ibid. p. 238: "Por esse motivo, foi excessiva, p. ex., a decisão do STF que declarou inconstitucional o §2º do art. 2º da EC n. 3/93. Segundo o dispositivo impugnado, para efeito de instituição do IPMF, o poder de tributar da União não poderia ser restringido pelo princípio da anterioridade tributária (150, III, b). Nesse caso, o STF apoiou sua decisão na fundamentalidade material do princípio mencionado, já que o mesmo não se encontra no interior do catálogo expresso, como permitido pelo §2º do art. 5º. Todavia, de acordo com os critérios democrático-deliberativos, o princípio da anterioridade tributária não seria materialmente fundamental. A cobrança de um tributo no mesmo exercício financeiro em que foi instituído não implica, efetivamente, uma violação das condições para a cooperação na deliberação democrática. Com efeito, além de não possuir fundamentalidade formal, por não se encontrar no Título II, o dispositivo tampouco goza de fundamentalidade material."

19 BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 292.

20 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O princípio da anterioridade tributária. In: ——. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 196: "De fato, a decisão do STF parece se apoiar numa tendência, muito difundida no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, de universalização das cláusulas pétreas a situações que não merecem ser protegidas contra a alteração do legislador futuro."

21 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O princípio da anterioridade tributária. In: ——. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198.

Outra alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 3/93 que gerou grandes polêmicas em torno de sua constitucionalidade foi a inclusão do §7º no art. 150 da CF, tornando explícita a possibilidade de a lei adotar a chamada substituição tributária "para frente", ou seja, atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente. Como se sabe, cuida-se de técnica que facilita a fiscalização tributária, que pode ser concentrada em um número menor de contribuintes.

Parcela bastante significativa da doutrina tributária sustentou a inconstitucionalidade da inclusão do §7º ao art. 150 da CF, por vislumbrar que a EC n. 3/93 teria violado a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal.[22] As principais alegações de inconstitucionalidade eram direcionadas à desobediência aos princípios da legalidade, tipicidade, capacidade contributiva, vedação do confisco e não cumulatividade, que constituiriam direitos fundamentais dos contribuintes.[23] Também em relação ao tema o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade do §7º do art. 150 introduzido pela EC 3/93, tendo sido reconhecida a constitucionalidade do dispositivo.[24]

A EC 3/93 extinguiu, a partir do exercício de 1996, o imposto denominado adicional de imposto de renda (previsto no art. 155, II, do texto constitucional original), de competência dos Estados, e o imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos (exceto óleo diesel), previsto no art. 156, III, do texto promulgado em outubro de 1988, de competência dos Municípios. Embora a extinção dos mencionados impostos não tenha suscitado grandes questionamentos na doutrina, não se pode deixar de mencionar que a extinção dos dois impostos sem que tenha havido qualquer tipo de compensação financeira a Estados e Municípios, que perderam fontes de receita sem a respectiva diminuição de suas atribuições constitucionais, colaborou para o enfraquecimento do federalismo fiscal brasileiro, reforçando a concentração de receitas para a União[25] e tangenciando de certa forma a cláusula pétrea que impede o constituinte derivado de editar emendas que ofendam o federalismo (art. 60, §4º, inciso I).

3. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 12/96

A Emenda Constitucional n. 12/96 foi aprovada com o intuito de possibilitar a cobrança pela União da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), tributo que sucedeu o extinto IPMF. O principal questionamento suscitado em relação à constitucionalidade da emenda em exame dizia respeito ao §2º do art. 74

22 Neste sentido, a título meramente exemplificativo: CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 471: "Temos para nós, entretanto, como já adiantamos, que o referido §7 é inconstitucional, porque atropela o princípio da segurança jurídica, que, aplicado ao direito tributário, exige, dentre outras coisas, que o tributo só nasça após a ocorrência real (efetiva) do *fato imponível*. É sempre bom reafirmarmos que o princípio da segurança jurídica diz de perto com os direitos individuais e suas garantias. É, assim, 'cláusula pétrea' e, nessa medida, não poderia ter sido amesquinhado por emenda constitucional (cf. art. 60, §4º, da CF). MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A substituição tributária do artigo 150, parágrafo §7º da Constituição Federal*. São Paulo: Dialética, 1995. p. 87: "(...) o parágrafo 7º, do artigo 150, da Constituição Federal fere o princípio da legalidade, na medida em que só a lei tem força para definir a obrigação tributária. Esta não pode ser fictícia; deve corresponder a fato existente ou ocorrido.". MELO, José Eduardo Soares de Melo. Substituição tributária progressiva e Emenda Constitucional 3/93. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, p. 263, 1993: "É inconstitucional a EC 3/93 (art. 150 da CF, §7º), por tratar de matéria vedada em âmbito revisional, dispondo sobre garantias e direitos individuais (art. 60, §4º, IV). A instituição do fato gerador presumido, objetivado na substituição tributária regressiva, viola os princípios da segurança jurídica e certeza do direito, tipicidade, igualdade, capacidade contributiva e vedação de confisco e não cumulatividade." MACHADO, Hugo de Brito. O Supremo Tribunal Federal e a substituição tributária no ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 87, p. 56, 2002: "Assim, em face do que estabelece o art. 60, §4º, inciso IV, da vigente Constituição, a proposta da qual resultou a Emenda 3 nem poderia ter sido objeto de deliberação. Sua inconstitucionalidade é flagrante, porque afronta um dos mais elementares direitos individuais, qual seja, repita-se, o de não se submeter a qualquer efeito de incidência de norma jurídica antecipadamente." Em sentido contrário, sustentando a constitucionalidade do §7º do art. 150 da CF, TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 284-294.

23 ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 66.

24 ADIN 1851-4, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 08/05/2002.

25 Marcus Abraham destaca com acuidade que no caso da extinção do IVVC, de competência municipal, há um fator relevante que merece reflexão. Trata-se da criação, anos depois, por meio da Emenda Constitucional 33/01, da contribuição de intervenção sobre o domínio econômico (CIDE-combustíveis), que incide sobre o petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. Nas palavras do autor, isso "reforçou o quadro de enfraquecimento da Federação e de concentração de receitas para a União, na medida em que subtraiu do Município o direito de tributar o IVVC, para, em seguida, instituir uma contribuição incidente sobre os mesmos produtos sobre os quais era cobrado o extinto imposto municipal". ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 75.

do ADCT, incluído pela respectiva emenda, que estabelecia que em relação à CMPF não se aplicaria o disposto nos arts. 153, § 5º [26], e 154, I[27], da Constituição. Sustentava-se a tese de que a Emenda Constitucional teria neste ponto ferido a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV, da CF, pois ambos os dispositivos afastados constituiriam direitos individuais insuscetíveis de supressão por emenda constitucional.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que teve nova oportunidade de visitar o tema das cláusulas pétreas tributárias. No julgamento da ADI-MC n. 1.497-8[28], o STF decidiu por maioria de votos (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão) que as inconstitucionalidades levantadas contra a EC 12/96 não eram procedentes. No voto que conduziu a maioria, o Ministro Carlos Velloso expressamente aduziu que o art. 154, I, é norma dirigida ao legislador ordinário, e não ao constituinte derivado, bem como não pode ser considerada cláusula pétrea. A exigência contida no dispositivo de que novos impostos obedeçam ao princípio da não cumulatividade, bem como a norma do art. 153, §5º, também não poderiam ostentar o *status* de norma constitucional imutável visto que a não cumulatividade constituiria mera técnica de tributação, não sendo destarte um direito individual do contribuinte.[29]

4. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 20/98

A Emenda Constitucional n. 20/98 tinha por escopo principal reformular o sistema previdenciário brasileiro. Na seara tributária, trouxe pontuais modificações, que também suscitaram por parte da doutrina questionamentos acerca de eventual violação de cláusulas pétreas.

A primeira modificação ocorreu por intermédio do artigo 17 da Emenda, que revogou expressamente o inciso II do parágrafo 2º do art. 153, que estabelecia a não incidência do imposto sobre a renda de rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos, cuja renda total fosse constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho, nos termos e limites fixados em lei. Importantes vozes doutrinárias, como Ricardo Lobo Torres[30] e Roque Carrazza[31], sustentaram a inconstitucionalidade do dispositivo da emenda constitucional visto que o preceito revogado consistiria em imunidade tributária que consubstanciaria direito individual insuscetível de abolição por emenda constitucional, violando destarte a cláusula pétrea constante do art. 60, §4º, IV, da CF.

Modificações importantes também foram realizadas no art. 195 da CF, que dispõe sobre as contribuições para a seguridade social. O art. 195, inciso I, da CF, em sua redação original, ao prever a possibilidade de instituição de contribuição previdenciária em face do empregador, utilizava a expressão "folha de salários". Interpretando o dispositivo, o STF no RE 166772[32] havia definido o entendimento de que a expressão deveria ser interpretada em seu sentido estritamente técnico, ou seja, deveria ser entendida como autorizando a exigência de contribuição previdenciária apenas em relação aos empregados com vínculo empregatício. Desta forma, estaria desautorizada a inci-

26 "Art. 153, § 5º – O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos."

27 "Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;".

28 Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Decisão 9/10/1996, DJ 13/12/2002.

29 É significativo o seguinte trecho do voto do Ministro Velloso: "Ora, impedir que o constituinte derivado, mediante emenda constitucional, altere técnicas de tributação, sob o pretexto de que tais técnicas constituem direitos fundamentais do homem, é impedir qualquer reforma tributária, é gessar o sistema tributário, com prejuízo, muita vez, para as classes mais pobres."

30 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 192: "Quanto à imunidade dos velhos ao imposto de renda, que era assegurada pelo art. 153, §2º, II, da CF, foi revogada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.98. A revogação é manifestamente inconstitucional, pois a imunidade dos idosos, ancorada nos direitos humanos, é cláusula pétrea, insuscetível de modificação por emenda constitucional (art. 60, §4º, da CF). Enquanto não recupera a visibilidade, subsistirá como imunidade implítica."

31 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 815: "(...) a Emenda Constitucional 20/1998 *revogou*, pura e simplesmente (art. 17), o inciso II do §2º do art. 153 da CF. Todavia, dentro da linha de pensamento que adotamos, estamos convencidos de que este dispositivo continua em vigor e irradiando efeitos. Realmente, tratando de imunidade tributária (*direito fundamental do contribuinte*), ele veicula *cláusula pétrea* (cf. art. 60, §4º, IV, da CF), imodificável, pois, por meio de emenda constitucional, fruto do mero *poder constituinte derivado*." Grifos no original.

32 Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 12/05/94, DJ 16/12/94.

dência de contribuição previdenciária em relação aos trabalhadores que não tivessem vínculo empregatício – como administradores e autônomos. Nesta linha de raciocínio, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da Lei n. 7.787/89, que previa tal exação. Na ADIN n. 1.102[33], o STF ratificou o entendimento, reconhecendo a inconstitucionalidade das expressões "empresários" e "autônomos" constantes do art. 22, inciso I, da Lei n. 8.212/91, pelas mesmas razões.

A Emenda Constitucional n. 20/98 alterou a redação do art. 195, inciso I, para estabelecer que a contribuição previdenciária poderia incidir sobre "a folha de salários *e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício*". O escopo da emenda foi claramente corrigir o entendimento jurisprudencial do STF, que tinha conferido à incidência da contribuição previdenciária sobre folha de salários um caráter mais restrito.

Outra modificação ocorrida no inciso I do art. 195 realizada pela EC 20/98 foi a previsão de que as contribuições sociais poderiam ser exigidas não apenas do empregador (como já autorizava o texto constitucional de 1988), mas também da empresa e das entidades a ela equiparadas por lei. Também restou alterado o inciso II do mesmo artigo, de forma a autorizar que as contribuições sociais pudessem ser exigidas não apenas dos trabalhadores, mas também dos demais segurados da previdência social.

No que se refere a tais alterações verificadas nos incisos I e II do art. 195, Roque Carrazza vislumbrou vício de inconstitucionalidade da EC 20/98, em razão da violação do art. 60, §4º, IV, da CF. O raciocínio empregado pelo autor parte da interpretação do art. 195, §4º, da CF, que possibilitou à União estabelecer "*outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I*".[34] Desta forma, segundo o autor, novas fontes de custeio da seguridade social somente poderiam ser instituídas por lei complementar, desde que não tivessem fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na CF e desde que não fossem cumulativas. Assim, a Constituição Federal, ao ser promulgada, conferiu aos contribuintes o direito individual de apenas estarem sujeitos a novas contribuições para a seguridade social se observados todos estes requisitos. De acordo com o autor, a EC 20/98 teria desrespeitado tal direito, incidindo desta forma em inconstitucionalidade por violação da cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da CF.[35]

Outra alteração efetuada pela EC 20/98 que projetou relevante modificação na seara tributária foi a inclusão do §3º ao artigo 114 da CF, determinando que competiria à Justiça do Trabalho "*a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*".[36] Tal alteração realizada pela emenda constitucional também teve sua constitucionalidade questionada por parcela significativa da doutrina. Schubert de Farias Machado sustentou a inconstitucionalidade da inovação por violação às cláusulas pétreas previstas nos incisos III e IV do §4º do art. 60 da CF. Em relação ao inciso III, que impede a edição de emendas tendentes a abolir a separação de poderes, o autor sustenta a tese de que a exigência de contribuições previdenciárias no âmbito do processo trabalhista implica atribuir ao Judiciário uma função típica e indelegável do Poder Executivo, que é o lançamento tributário. Ademais, a inovação teria violado a cláusula pétrea prevista no §4º do inciso IV do art. 60 da CF, na medida em que violou o direito ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF) e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF), pois subtraiu do sujeito passivo a oportunidade de discutir a validade e correção dos valores das contribuições previdenciárias lançadas de ofício pelo juízo trabalhista. Haveria também violação da garantia de livre acesso

33 Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 5/10/95, DJ 17/11/95.

34 "Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;".

35 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 610: "O que houve com a Emenda Constitucional 20/1998? Houve que, por meio do exercício do poder constituinte derivado, possibilitou-se a criação de novas contribuições sociais para a Seguridade Social sem observância do aludido §4º. Com isto, atropelou-se direito constitucional subjetivo dos contribuintes, malferindo-se cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF). Melhor explicitando, a Emenda Constitucional 20/1998 pretendeu atribuir à União a possibilidade de criar novas contribuições por meio de lei ordinária sem observância do princípio da não cumulatividade, com eventuais hipóteses de incidência ou base de cálculo idênticas às dos impostos previstos nos arts. 153, 155 e 156 da Carta Magna e sem a repartição das receitas obtidas (como preconizado no art. 157, I, da CF)."

36 É de se notar que a norma, atualmente, encontra-se prevista no inciso VIII do art. 114, em razão da EC 45/04.

ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV), pois ao atribuir ao próprio juiz o encargo de proceder à execução de ofício das contribuições previdenciárias restaria comprometida a própria imparcialidade judicial.[37]

Novamente chamado a decidir acerca da modificação empreendida pela emenda constitucional, o Supremo Tribunal Federal só recentemente teve a oportunidade de afirmar a constitucionalidade de tal inovação por ocasião do julgamento do RE 569.056-3.[38] É certo que o STF conferiu interpretação restritiva à nova competência atribuída à Justiça do Trabalho. Isto porque o Tribunal reconheceu que a competência alcança apenas as contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir, não abrangendo, como pretendia o INSS, a execução de contribuições previdenciárias relativas ao vínculo de trabalho reconhecido na decisão, mas sem condenação ou acordo quanto ao pagamento de verbas salariais que lhe possam servir como base de cálculo.

5. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 21/99

Em razão do permissivo constante do art. 74 do ADCT, incluído pela EC 12/96, a CPMF foi exigida com base nas Leis ns. 9.311/96 e 9.359/97 até janeiro de 1999. A Emenda Constitucional n. 21/99 foi promulgada em 18 de março do mesmo ano e incluiu o art. 75 ao ADCT para considerar "*prorrogada, por trinta e seis meses, a cobrança da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira de que trata o art. 74, instituída pela Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei n. 9.539, de 12 de dezembro de 1997, cuja vigência é também prorrogada por idêntico prazo.*"

Além de questionamentos relacionados a vícios formais no processo legislativo de edição da emenda, a EC 21/99 também foi questionada sob o ponto de vista material, especialmente com fulcro em violação ao princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), que constituiria cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV, da CF) e teria sido violado pelo fato de que a emenda constitucional não poderia ter prorrogado a cobrança de tributo que já estaria extinto. Ademais, argumentou-se que não era tarefa de emenda constitucional a instituição de tributo, matéria que deveria ser tratada pelo legislador ordinário, inclusive como forma de possibilitar a participação do Presidente da República no processo de criação do tributo.[39]

O Supremo Tribunal Federal novamente foi chamado a decidir sobre a controvérsia por intermédio da Medida Cautelar na ADI n. 2031.[40] Por maioria de votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão, o Tribunal reconheceu apenas a existência de

37 MACHADO, Schubert Farias. O juiz do trabalho e o lançamento das contribuições para o INSS. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 8, p. 33-48, 2004: "Na medida em que o Estado confere maior importância ao seu próprio interesse arrecadatório e atribui competência ao juiz para executar de ofício a obrigação de pagar um tributo – transformando-o em coletor de impostos – esvazia por completo a garantia de acesso ao Judiciário, negando ao jurisdicionado o direito de ter um juiz independente e imparcial para examinar a validade do título e da ação executiva. Torna o juiz o senhor absoluto da legalidade do seu próprio procedimento administrativo, em flagrante descompasso com o sistema jurídico de um Estado de Direito, que se pretende implantado em nosso País com a Constituição de 1988.". Em sentido semelhante, também considerando inconstitucional a EC 20/98 no ponto em exame: MAZZILLO, Leonardo. Inconstitucionalidade da Execução Fiscal *Ex Officio* Promovida pelos Juizes do Trabalho. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 88, p. 52, 2003. BIM, Eduardo Fortunato. Inconstitucionalidade da Execução das Contribuições Previdenciárias pela Justiça do Trabalho: EC n. 20/98. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 89, 2003, p. 21-34. TAVARES, Alexandre Macedo; MUGNAINI, Marcus Vinícius Mendes. As Impropriedades da Execução *Ex Officio* de Contribuições à Seguridade Social Emergentes de Decisões da Justiça do Trabalho. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 84, p. 42, 2002.; RAGHIANT NETO, Ary. O poder reformador e seus limites (análise crítica do §3º do art. 114 da CF/1988 acrescentado pela EC 20 de 15.12.1988). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 58, p. 178-201, 2004. A defesa da constitucionalidade da inovação trazida pela EC 20/98 foi realizada por CASTILHO, Paulo Cesar Bária de. Crédito tributário sem lançamento e execução de ofício da contribuição previdenciária pela justiça do trabalho. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 89, p. 58-70, 2003.

38 Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 11/09/08, DJ 11/09/08. Há trecho do voto do relator em que fica evidenciado o reconhecimento explícito da constitucionalidade da inovação trazida pela EC 20/98: "Com a modificação pretendeu-se que o próprio órgão da Justiça do Trabalho pudesse iniciar e conduzir a execução das contribuições sociais, sem lançamento, sem inscrição em dívida ativa e sem ajuizamento de ação de execução. A intenção, sem dúvida, dirige-se para a maior eficácia do sistema de arrecadação da Previdência Social. E não se pode dizer que houve uma subversão desse procedimento porque a eliminação de diversas fases da constituição do crédito tributário está respaldada na Constituição da República, tendo se convertido no devido processo legal ora vigente. O processo legal substituído era tão somente o devido processo legal antes adotado. Não há nenhuma irregularidade ou inconstitucionalidade nessa modificação."

39 TORRES, Heleno Taveira. Prorrogação da CPMF pela Emenda Constitucional n. 21/99: efeitos da ausência de procedimento na validade das normas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 47, p. 45-55. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 626.

40 Decisão de 29/9/1999, DJ 28/06/02.

vício formal na tramitação do processo legislativo do §3º do art. 75 do ADCT (incluído pela EC 21/99). Foi, todavia, expressamente rejeitada a alegação de violação de cláusula pétrea, restando assentada a inexistência de violação ao princípio da legalidade (art. 150, I, da CF) e a possibilidade de criação de tributo por via de emenda constitucional.

6. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 29/00

A Emenda Constitucional n. 29/00 alterou a redação do art. 156, §1º, da Constituição para estabelecer explicitamente que o IPTU poderá ser "*progressivo em razão do valor venal do imóvel*" (inciso I). Cuida-se obviamente de típica correção legislativa da jurisprudência constitucional do STF, inaugurada no julgamento do RE 153.771,[41] no qual restou assentada a tese de que, ante a natureza de imposto real do IPTU, não seria admissível a progressividade fiscal do imposto com fulcro na capacidade contributiva prevista no art. 145, §1º, da CF. A matéria sempre foi objeto de intensa polêmica doutrinária. Alguns autores, como Ives Gandra da Silva Martins,[42] Aires F. Barreto[43] e José Eduardo Soares de Melo[44] sustentavam que a progressividade do IPTU admitida pela Constituição seria apenas para atender à finalidade extrafiscal do art. 182, inadmitindo, portanto, a progressividade fiscal. Pode-se dizer, contudo, que a corrente majoritária da doutrina admitia a progressividade fiscal do IPTU, sustentando inexistir qualquer incompatibilidade entre a técnica da progressividade e os impostos reais. Neste sentido, exemplificativamente, Geraldo Ataliba[45], Sacha Calmon Navarro Coêlho[46], Hugo de Brito Machado[47], Alcides Jorge Costa[48], José Souto Maior Borges[49], Mizabel Derzi[50], José Marcos Domingues[51], José Afonso da Silva[52], Roque Antônio Carrazza[53], Elisabeth Nazar Carrazza[54] e Valéria Furlan[55].

O STF acatou a correção legislativa de sua jurisprudência, editando a Súmula Nº 668[56]. Todavia, alegan-

41 Rel. para acórdão Min. Moreira Alves, Pleno, j. 20/11/96, DJ 05/09/97.

42 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1990. v. 6, p. 551.

43 BARRETO, Aires F.. *Curso de direito tributário municipal.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252.

44 MELO, José Eduardo Soares de. IPTU – A função social da propriedade e a progressividade das alíquotas. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, n. 1, p. 41-56, 1995.

45 "O IPTU, como todos os impostos, deve ser estruturado de modo a satisfazer às exigências do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º); pode e deve ser progressivo." (ATALIBA, Geraldo. IPTU – progressividade. *Revista de Direito Tributário,* São Paulo, v. 56, p. 81, 1991.)

46 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 256-257.

47 "Não se deve, portanto, afastar dos impostos ditos reais o princípio da capacidade contributiva. Pelo contrário, tal princípio deve ser aplicado intensamente em relação a eles." (MACHADO, Hugo de Brito. A progressividade do IPTU e a EC 29. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 81, p. 59, 2002.)

48 COSTA, Alcides Jorge. IPTU – progressividade. *Revista de Direito Tributário.* São Paulo, n. 93, p. 240-248, 1991.

49 BORGES, José Souto Maior. IPTU – progressividade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, p. 73-94, 1994.

50 "Na verdade, a progressividade (fiscal) em que as alíquotas sobem à medida que se eleva o valor venal do imóvel é a mais simples e justa das progressividades." (DERZI, Mizabel. [Atualização]. *In:* BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.*, p. 253-255).

51 OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 230, 2006.

52 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 1996. p. 663.

53 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário.* São Paulo: Malheiros, 2009.

54 "O IPTU – como todo e qualquer imposto – deve obedecer ao princípio da capacidade contributiva, que vem expresso no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal. Por incidir sobre o direito de propriedade, a capacidade contributiva a que alude a Constituição Federal – e que o legislador ordinário deverá levar em conta ao criar o imposto – é de natureza objetiva. Refere-se a uma manifestação objetiva de riqueza do contribuinte (ter um imóvel). Este o fato-signo presuntivo de riqueza, a que se refere ALFREDO AUGUSTO BECKER." (CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *IPTU e progressividade.* Curitiba: Juruá, 2002. p. 91).

55 "Por tais razões, queremos enfatizar que a progressividade fiscal do IPTU sempre nos pareceu perfeitamente admitida e, até mesmo, implicitamente exigida pela nossa Carta Republicana. Com efeito, *diante de duas interpretações possíveis, afigura-se melhor aquela que não excepciona os princípios constitucionais.* Assim, rechaçamos a interpretação que restringe demasiadamente o alcance do princípio da capacidade contributiva no que concerne aos impostos reais." (FURLAN, Valéria. Análise jurídica da progressividade fiscal do IPTU. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, p. 107, 2003. Grifo no original).

56 Súmula nº 668: "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/00, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana." Vale aduzir que está pendente de julgamento definitivo o RE n. 423.768, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual se discute explicitamente a constitucionalidade da EC 29/00 em relação à progressividade. O Ministro Marco Aurélio já manifestou voto favorável à constitucionalidade da emenda, destacando: "ante a interpretação sistemática da Constituição Federal, com o cotejo do § 1º do seu art. 156 com o § 1º do seu art. 145,

do violação à cláusula pétrea estabelecida no art. 60, § 4º, inc. IV, da CRFB/1988, corrente doutrinária minoritária apontou suposta inconstitucionalidade da emenda. Em suma, tal doutrina sustenta que não se admitiria a progressividade fiscal do IPTU, pois constituiria suposto direito individual o alegado princípio de que apenas os impostos pessoais poderiam ser progressivos, não sendo esse o caso do IPTU, que configura imposto real[57].

A mencionada posição doutrinária pode ser objeto de intensos questionamentos. É cediço que a classificação que busca apartar de forma consistente os impostos reais dos impostos pessoais é bastante criticada pela doutrina tributária[58]. Por outro lado, ainda que se admita, por amor ao debate, a validade científica de tal classificação para o direito tributário, não haveria razão a justificar que a técnica da progressividade, que consiste na forma mais adequada de realização do princípio da capacidade contributiva, estivesse vedada aos impostos reais. Aliás, o próprio texto do artigo mencionado (art. 145, § 1º)[59] assinala expressamente que o "patrimônio" é um dos índices de riqueza possíveis de utilização pelo legislador para dar aplicação à capacidade contributiva[60].

Desta forma, parece evidente a legitimidade de o constituinte derivado tornar clara a possibilidade de cobrança do IPTU por alíquotas progressivas, ainda mais se considerarmos, juntamente com boa parte da doutrina tributária, que a Emenda n. 29/2000 teve caráter meramente declaratório[61], visto que já se admitia, sob a égide do texto original de 1988, a progressividade fiscal do IPTU.

7. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 33/01

A Emenda Constitucional 33/01 trouxe duas modificações que suscitaram polêmica na doutrina tributária acerca de sua inconstitucionalidade em razão da violação de cláusulas pétreas. A primeira modificação consiste na regra que excepcionou a aplicação do princípio da anterioridade (art. 150, III, "b") na hipótese da incidência monofásica do ICMS sobre operações relacionadas a combustíveis e lubrificantes (art. 155, XII, "h", c/c §4º, inciso IV, "c"). Roque Carrazza, lembrando o precedente adotado pelo STF no caso do IPMF (ADIN 939-7), em que restou assentada a tese de que a anterioridade tributária seria direito individual insuscetível de modificação por emenda em razão da cláu-

que a EC 29/2000 veio tão só aclarar o real significado do que disposto anteriormente sobre a graduação dos tributos, não tendo abolido nenhum direito ou garantia individual, visto que a redação original da CF já versava a progressividade dos impostos e a consideração da capacidade econômica do contribuinte." No mesmo sentido já votaram os ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence (Informativo STF n. 433).

57 Neste sentido, BARRETO, Aires F.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas, a progressividade prevista na Emenda nº 29/2000 é inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, n. 80, p. 105-126, 2002; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 4, *cit.,* p. 342-344; ANTONELLI, Leonardo Pietro. Correção de decisões judiciais pelo poder legislativo. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Temas de interpretação do direito tributário.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-191.

58 "A classificação que distingue entre impostos reais e pessoais é de todo equivocada para fins jurídicos, e sua adoção decorre da nefasta prática decorrente da adoção de lições da Ciência das Finanças, sem a devida depuração atinente aos adequados critérios de seleção". (TEIXEIRA, Ayrton de Mendonça. IPTU e progressividade. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, n. 80, p. 21, 2002.) Também criticando a classificação, LÔBO, Marcelo Jatobá. A progressividade fiscal do IPTU à luz do princípio hermenêutico da unidade da constituição. *Revista de Direito Tributário,* São Paulo, n. 89, p. 259-267, 2004.

59 "Deste modo, numa sociedade marcada por profundas desigualdades sociais como a nossa, a progressividade é, em vários impostos, o instrumento mais adequado à aplicação do princípio da capacidade contributiva, baseando-se na justiça." (RIBEIRO, Ricardo Lodi. O princípio da capacidade contributiva. *In:* _____. *Temas de direito constitucional tributário, cit.,* p. 216). O autor afirma ainda a plena compatibilidade da progressividade com os impostos reais.

60 RIBEIRO, Ricardo Lodi. O princípio da capacidade contributiva, *cit.,* p. 217.

61 "A Emenda Constitucional n. 29/2000 tem caráter declaratório e, antes de ofender, concretiza e realiza os princípios fundamentais do sistema constitucional tributário". (CLÈVE, Clemerson Merlin; SEHN, Sólon. IPTU e Emenda Constitucional n. 29/2000; legitimidade da progressão das alíquotas em razão do valor venal do imóvel. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 94, p. 139, 2003.) "Noutros termos, a emenda constitucional em questão, dado seu caráter meramente declaratório, limitou-se a reforçar a ideia, consagrada em nosso sistema tributário, de que, para fins de IPTU, quanto maior o valor do imóvel, tanto maior haverá de ser sua alíquota" (CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. cit.,* p. 97). No mesmo sentido, ANDRADE, Valentino Aparecido de. Os impostos reais e a progressividade fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, n. 89, p. 106-115, 2003. Leonel Cesarino Pessôa também defende a constitucionalidade da EC 29/00, criticando o entendimento jurisprudencial adotado pelo STF no RE n. 153.771 (PESSÔA, Leonel Cesarino. IPTU, progressividade e a EC 29/2000: o julgamento do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 74, p. 209-215, 2007.

sula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV, da CF, já apontou a inconstitucionalidade da inovação trazida pela EC 33/01.[62] Ricardo Lobo Torres também ressaltou a duvidosa constitucionalidade da alteração.[63]

Outra exceção explícita ao princípio da anterioridade criada pela EC 33/01 diz respeito à contribuição de intervenção do domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (art. 177, §4º, I, "b"). Aqui também Roque Carrazza apontou inconstitucionalidade da emenda por violação à cláusula pétrea do art. 60, §4º, IV, da CF, pelas mesmas razões relativas à hipótese mencionada acima.[64] Além disso, segundo o autor, teria também ocorrido violação da cláusula pétrea prevista no inciso III do mesmo dispositivo da CF, que impede emendas que visem a abolir a separação de poderes, pois a EC 33/01 permitiu no mesmo art. 177, §4º, I, "b", que o tributo em exame tivesse sua alíquota reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo.[65] Em sentido contrário, Marcus Abraham não vislumbrou inconstitucionalidade do novo dispositivo, visto que tal tributo possui caráter eminentemente regulatório, "*razão pela qual a própria Constituição Federal os excepciona nas limitações impostas pelos princípios da legalidade e da anterioridade.*" [66]

Outra mudança trazida pela EC 33/01 que suscitou alegações relativas a violações de cláusulas pétreas foi relacionada à polêmica em torno da incidência do ICMS sobre a importação realizada por pessoa física. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 203.075,[67] firmou o entendimento de que o art. 155, §2º, inciso IX, "a", da Constituição Federal[68] não autorizava a incidência do ICMS sobre a importação de bem realizado por pessoa física. A EC n. 33/01 alterou a redação do dispositivo em exame para claramente corrigir o entendimento jurisprudencial do STF, estabelecendo que o ICMS poderia incidir sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto.

Há manifestações doutrinárias levantando dúvidas sobre a constitucionalidade da alteração realizada pela EC 33/01 no ponto em questão. Clélio Chiesa questiona a possibilidade da modificação em exame, argumentando que a Constituição Federal introduziu "*regra de fechamento do sistema constitucional tributário brasileiro*" por meio da combinação dos artigos 154, I, e artigos 155 e 156, estabelecendo que a instituição de novos impostos pela União só seria admissível se fossem não cumulativos e não tivessem fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos já discriminados na Constituição. Esta regra seria insuscetível de modificação mesmo por emenda, pois integraria o conjunto de direitos e garantias do cidadão em matéria tributária (art. 60, §4º, inciso IV). Desta forma, a nova redação trazida pela EC 33/01, ao possibilitar a incidência do ICMS na importação realizada por pessoa física, teria feito incidir novo imposto, além do imposto de importação, na operação realizada.[69] Outra linha de argumentação utilizada para

62 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 210.

63 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 259: "De observar, ainda, que é de duvidosa constitucionalidade a suspensão do princípio da anterioridade para o restabelecimento das alíquotas, tendo em vista a jurisprudência já firmada pelo STF no sentido de que a anterioridade é 'garantia individual do contribuinte'". Também afirmaram a inconstitucionalidade da EC 33/01 no ponto em questão: CHIESA, Clélio. EC 33 – Dois novos impostos rotulados de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 90, p. 21-48, 2003 e REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. ICMS e a EC 33/01: Afronta ao princípio da anterioridade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 82, p. 53-62, 2002.

64 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211. Ricardo Lobo Torres também considera de duvidosa constitucionalidade a exceção ao princípio da anterioridade trazida na hipótese, lembrando o precedente do STF na ADIN 939-7. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 637.

65 Ibid. p. 315.

66 ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 156.

67 Relator para acórdão Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 05/08/98, DJ 29/10/99.

68 "Art. 155, §2º – o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: IX – incidirá também: *a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço".*

69 CHIESA, Clélio. EC 33 – Dois novos impostos rotulados de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 90, p. 36, 2003: "Com espeque nessa exegese, parece-nos que o legislador incorreu em inconstitucionalidade ao modificar a alínea a, inciso IX, §2º, do art. 155, da Constituição Federal, com a finalidade de alcançar, por meio do ICMS, o ato de importar realizado por pessoa física ou jurídica que não é contribuinte do ICMS, pois acutilou a garantia assegurada

questionar a constitucionalidade da alteração promovida pela EC 33/01 no tema da incidência do ICMS na importação realizada por pessoa física é relativa à suposta violação do princípio da não cumulatividade. Paulo Nelson Lemos Basto Nascimento argumenta que, na hipótese de a importação do bem ser realizada por pessoa física, não haveria possibilidade de o princípio em exame ser aplicável, pois a pessoa física não praticará operação posterior de circulação da mercadoria que permitirá que os mecanismos compensatórios típicos da não cumulatividade possam operar. Ou seja, a pessoa física suportaria sozinha a carga tributária do ICMS na operação de importação. [70] Em sentido semelhante, Cristiano Maciel Carneiro Leão sustenta que a nova regra criada pela EC 33/01 não seria inconstitucional em tese, desde que os Legisladores estaduais adotem medidas que possam garantir a observância do princípio da não cumulatividade. Caso tal circunstância não ocorra, a norma seria inconstitucional.[71]

Em sentido contrário, Mário Hermes Trigo de Loureiro Filho não vislumbra inconstitucionalidade na redação conferida pela EC 33/01 ao art. 155, §2º, inciso IX, "a", da CF. E lista os argumentos favoráveis à constitucionalidade da inovação: 1) não se pode falar em ofensa ao art. 154, I, da CF, que cuida da competência residual da União, visto que, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIN 939-7, trata-se de regra destinada ao legislador ordinário, e não ao constituinte derivado; 2) não há violação ao art. 60, §4º, inciso IV, da CF em razão de suposta violação do princípio da não cumulatividade, pois cuida-se de princípio que não é absoluto em nosso sistema tributário, sendo mister ressaltar que no julgamento da ADIN-MC n. 1497/DF o STF assentou que a não cumulatividade não ostenta o *status* de cláusula pétrea.[72] Ademais, na hipótese da incidência do ICMS na importação por pessoa física, a incidência do tributo ocorre de maneira monofásica, não havendo sentido cogitar da não cumulatividade.[73]

A posição do STF sobre a correção legislativa em exame parece não ter sido definitivamente firmada. O Informativo STF n. 318 (agosto de 2003) noticiou a aprovação de diversas súmulas, entre elas a que posteriormente adotou o número 660, no sentido de que "*não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*". No Informativo n. 331 (novembro de 2003) foi noticiado que, de acordo com proposta do Ministro Sepúlveda

---

ao contribuinte de não ser tributado concomitantemente por dois impostos sobre uma mesma base econômica." Em sentido semelhante, PEREIRA FILHO, Luiz Alberto; BRASIL JÚNIOR, Vicente. A inconstitucionalidade do ICMS nas importações – análise da EC 33/2001. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 47, p. 149-160, 2002.

70 NASCIMENTO, Paulo Nelson Lemos Basto. ICMS – importação de bens para uso próprio e a Emenda Constitucional n. 33/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, p. 109, 2002: "Inevitável, sob esse aspecto, concluir-se que também após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001 não há de subsistir a exigência de ICMS em questão, haja vista o flagrante vício de inconstitucionalidade do qual a mesma padece, não sendo possível, repita-se, sustentar-se a validade, nos dias de hoje, do dispositivo da Lei Complementar n. 87/96, que trata de tal exação, por apresentar-se o mesmo inconstitucional perante a redação originária do artigo 155, §2º, inciso IX, alínea "a", da Carta Magna, não podendo retirar o seu fundamento de validade da EC n. 33/2001." Em sentido semelhante, COSTA, Simone Rodrigues Duarte da. O direito de crédito do ICMS e sua incompatibilidade com a EC 33/2001. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 91, p. 273, 2004: "Não há dúvidas de que a EC n. 33/2001, ao conferir nova redação ao art. 155, §2º, IX, a, da Constituição Federal, mostra-se inconstitucional. O poder constituinte derivado criou uma figura que não se amolda à diretriz constitucional do ICMS – a não cumulatividade – , imposta pelo constituinte originário."

71 LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. *A Emenda Constitucional 33/01 e o "novo" ICMS-Importação*. Manutenção da "transferência de titularidade" como núcleo constitucional da materialidade do ICMS-Importação. Dissertação (Mestrado em Direito)-Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

72 Neste sentido, cumpre mencionar significativo trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, que liderou a maioria vencedora: "De pronto, também, parece-nos que as limitações inscritas na competência residual da União – art. 154, I – que nem estão postas entre os princípios constitucionais tributários, asseguradores de direito individual, inscritos na Seção II, do Capítulo I, Título VI, artigos 150, 151 e 152, não podem ser incluídas entre os direitos fundamentais protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV. Com efeito: a não cumulatividade do imposto novo e que não tenha este fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição não constitui, propriamente, direitos individuais, mas técnica de tributação, que, se observada, acaba resultando em benefício para os indivíduos, mas que não ostenta, essa técnica, nem por isso, as galas de direito fundamental."

73 LOUREIRO FILHO, Mário Hermes Trigo de. *Alteração de competência tributária e reforma constitucional: o ICMS na importação de bens e a EC 33/01*. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. A defesa da constitucionalidade da EC 33/01 no ponto em exame também foi realizada por WEISS, Fernando Leme. *Justiça Tributária*. Um enfoque sobre renúncias fiscais, a Reforma Tributária de 2003/2004 e os códigos de defesa dos contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 100-108.

Pertence, o Tribunal teria deliberado, na sessão de 26 de novembro de 2003, alterar a Súmula n. 660 para constar "*Até a EC/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*". Todavia, o Informativo n. 422 (abril de 2006) noticiou o seguinte:

> Enunciado da Súmula 660 do STF: Republicação. Informamos que, em razão de o Tribunal, na sessão plenária de 26.11.2003, ter recusado a proposta de alteração da Súmula 660, constante do Adendo n. 7, foi republicado o respectivo enunciado nos Diários da Justiça dos dias 28.3.2006, 29.3.2006 e 30.3.2006, com o teor aprovado na sessão plenária de 24.9.2003: "Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto". Fica, portanto, substituída, nesses termos, a notícia veiculada pelo Informativo 331 quanto ao referido verbete.

A nova publicação do enunciado da Súmula nº 660, sem a ressalva referente à EC n. 33/2001, poderia ser entendida como reconhecimento implícito da suposta inconstitucionalidade da medida legislativa. Todavia, a questão não parece ainda ter sido definida no Tribunal. Diversos julgados posteriores que dão aplicação à Súmula, reconhecendo a não incidência do ICMS, ressalvam expressamente a circunstância de que a questão examinada é anterior à EC n. 33/2001[74].

Danilo Monteiro de Castro sustentou o entendimento de que a tentativa frustrada de modificação do enunciado da Súmula n. 660, combinada com as considerações explicitadas pelo Ministro Eros Grau no Agravo Regimental no RE n. 401.552[75], teria o condão de conduzir à tese de que, mesmo após a edição da EC n. 33/2001, a exigência do ICMS não poderia ocorrer na espécie, visto que a regra constitucional da não cumulatividade não foi excepcionada pela emenda constitucional. A exigência somente seria possível, em tese, se a legislação infraconstitucional estabelecesse mecanismos de creditamento aptos a garantirem a observância da não cumulatividade na espécie[76].

Como já mencionado, entendemos que o princípio da não cumulatividade não é atingido pela inovação constitucional em tela, pois a importação do bem pela pessoa física deve ser compreendida como a última etapa da circulação internacional da mercadoria, em razão do princípio do país de destino. Todavia, de fato, no precedente citado, o voto do Ministro Eros Grau e a própria ementa fazem a seguinte referência:

> Hipótese anterior à promulgação da EC 33/2001, que, embora tenha previsto a possibilidade de cobrança do ICMS na importação nas operações efetuadas por quem não seja contribuinte habitual do imposto, *não prescinde de integração legislativa para disciplinar a realização da compensação do tributo, de modo a conferir efetividade ao princípio constitucional da não cumulatividade da exação*. Agravo regimental não provido. (grifo nosso)

Todavia, entendemos que a referência contida na ementa e no voto do Ministro acerca de possível necessidade, após edição da EC n. 33/2001, de a legislação tributária prever mecanismos para observância da não cumulatividade pode ser entendida como um mero *obter dictum*[77], pois, para a resolução do tema sob julgamento, que cuidava de hipótese anterior à EC n. 33/2001, como expressamente mencionaram a ementa e o voto do Ministro Eros Grau, não era necessário tal raciocínio, de forma que no atual momento não é possível definir com segurança a posição do STF sobre o tema.

8. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 37/02

Com o escopo principal de combater a chamada "guerra fiscal" entre os municípios, a EC n. 37/02 alterou o art. 156 da CF estabelecendo que caberia à lei complementar fixar as alíquotas mínimas e máximas do imposto, além de regular a forma de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais. Foi ainda acrescentado o art. 88 ao ADCT para estabelecer que enquanto a lei complementar não disciplinar tais questões o imposto teria a alíquota mínima de dois por cento[78], bem como não seria objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida.

---

74 Neste sentido, RE n. 318.719 AgR-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., julg. 06/12/2005, DJ 03/02/2006; RE n. 255.682 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., julg. 29/11/2005, DJ 10/02/2006. Decisões monocráticas: AI nº 730.634, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 13/11/2008, DJ 27/11/2008; RE n. 491.986, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 12/12/2006, DJ 06/02/2007.

75 RE 401552 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 1ª T., julg. 21/09/2004, DJ 15/10/2004.

76 CASTRO, Danilo Monteiro de. O ICMS e o IPI na importação por não contribuintes, a não cumulatividade, a Súmula 660 do STF e suas atuais implicações à luz da própria jurisprudência da corte. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 147, p. 42-53, dez. 2007.

77 Sobre *obter dictum*, ver SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante*: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 184-186.

78 Exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968.

A doutrina já suscitou intensas dúvidas sobre a compatibilidade de tais inovações constitucionais com a cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso I, que impede a promulgação de emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado. Alexandre Bleggi Araujo[79], Eduardo Fortunato Bim[80], José Eduardo Soares de Melo[81], Kiyoshi Harada[82] e Aires F. Barreto[83] sustentam que tais limitações impostas ao Município são inconstitucionais por violação da mencionada cláusula pétrea. Marcus Abraham também suscita dúvidas sobre a constitucionalidade da EC 37/02 no ponto em questão. [84]

9. EMENDA CONSTITUCIONAL n. 39/02

O STF, no julgamento do RE n. 233.332[85], firmou entendimento no sentido de que o serviço de iluminação pública não poderia ser custeado por intermédio de taxa, em razão de constituir serviço inespecífico e indivisível.

O tema dividia a doutrina tributária. Ruy Barbosa Nogueira sustentava a inconstitucionalidade da exação[86]. Geraldo Ataliba[87], Bernardo Ribeiro de Moraes[88] e Sampaio Dória[89] admitiam a constitucionalidade da taxa na hipótese.

A Emenda Constitucional n. 39/02, de nítido viés corretivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu que "*os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.*"

Algumas vozes doutrinárias declararam a inconstitucionalidade da medida adotada pelo constituinte derivado. Neste sentido, Regina Helena Costa[90] sustentou a inconstitucionalidade da EC n. 39/2002 em virtude de alegada violação ao art. 60, § 4º, inc. III, da CRFB/1988, que estabelece a separação de poderes como cláusula pétrea. Nesta linha, sustenta a autora que a Emenda seria inconstitucional, pois teria subvertido interpretação já conferida ao tema pelo STF. Discordamos do entendimento, pois a afirmação da legitimidade do Poder Legislativo como um dos intérpretes da Constituição afasta a possível alegação de que a emenda constitucional de cunho corretivo de jurisprudência, independentemente de seu conteúdo e pelo simples fato de ser portadora dessa qualidade, seria inconstitucional, por violação ao princípio da separação de poderes consagrado como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, inc. III, da CRFB/1988, sob o argumento de que implicaria a invasão pelo Legislativo de seara própria do Poder Judiciário. A constitucionalidade de emendas que pretendam corrigir a jurisprudência,

79 ARAUJO, Alexandre Bleggi. Imposto sobre serviços (ISS): inconstitucionalidade das limitações ao poder de tributar municipal impostas pela Emenda Constitucional n. 37/02. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 91, p. 7-24, 2003.

80 BIM, Eduardo Fortunato. A inconstitucionalidade da alíquota mínima para o ISS: a violação do pacto federativo pela EC n. 37/02. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 94, p. 22-37, 2003.

81 MELO, José Eduardo Soares de. Questões Atuais do ISS. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, n. 31, p. 135-136, 2003.

82 HARADA, Kiyoshi. Imposto sobre Serviços: polêmica sobre alíquotas máximas e mínimas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 15, p. 83-90, 2006: "A fixação de alíquotas mínimas por lei complementar representa uma restrição derivada de Emenda que é um instrumento normativo subalterno à Constituição, e como tal, é inconstitucional, por interferir no princípio federativo concernente à autonomia dos entes componentes da Federação Brasileira, protegido em nível de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I, da CF)."

83 BARRETO, Aires F.. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 452.

84 ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 160: "Por decorrência, devemos refletir se, pela mesma via, não se estaria afetando de alguma maneira o princípio do Federalismo Fiscal, pois, ao se pretender garantir a harmonia e o equilíbrio tributário entre municípios de modo a evitar a malsinada guerra fiscal, estar-se-ia reduzindo ou limitando as suas receitas tributárias, sendo certo que o ISS é, via de regra, o mais importante dos impostos municipais."

85 Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, julg. 10/03/1999, DJ 14/05/1999.

86 Contribuição de melhoria e taxa de iluminação pública, 1981 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 4, *cit.*, p. 646.

87 Imposto predial urbano e taxas de serviços urbanos, 1970 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 4, *cit.*, p. 646.

88 MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: RT, 1976. p. 152.

89 Área de imóveis e base imponível, 1977, *apud* TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 4, *cit.*, p. 646.

90 COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 139. Em sentido semelhante, José Marcos Domingues de Oliveira sustenta a inconstitucionalidade da Emenda com fulcro também em alegada violação do art. 60, § 4º, III, da CRFB/1988, pois o constituinte derivado teria ofendido a interpretação conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal (OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. A chamada contribuição de iluminação pública. (Emenda Constitucional n. 39 de 2003). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, p. 302, 2003.)

assentada pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, deve ser aferida em relação a seu conteúdo e com base nos parâmetros comuns relativos ao controle de constitucionalidade de todas as emendas ao texto – ou seja – o art. 60 da CRFB/1988, especialmente em seu § 4º, que cuida das denominadas cláusulas pétreas, sendo certo que, na hipótese em exame, inexistiu violação a qualquer cláusula pétrea.

Aires F. Barreto[91] também sustentou a inconstitucionalidade da nova exação, alegando suposta ofensa ao art. 60, § 4º, inc. I e IV, da CRFB/1988, visto que criou tributo não previsto na repartição constitucional de competências, que constituiria suposto direito individual do contribuinte. Também não conseguimos vislumbrar nenhuma das alegadas inconstitucionalidades apontadas pelo autor. A criação do mencionado tributo por emenda constitucional não implica qualquer tentativa de abolir "*a forma federativa de Estado*", nem é possível extrair da simples repartição das competências tributárias realizada pela CRFB/1988 um suposto direito individual do contribuinte de não sofrer novas imposições tributárias por emenda constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 573.675,[92] já reconheceu a constitucionalidade da EC 39/02. A constitucionalidade da Emenda também já foi reconhecida em sede doutrinária por Ricardo Lobo Torres[93], Paulo Roberto Lyrio Pimenta [94] e Aurora Tomazini de Carvalho.[95]

A correção legislativa, a nosso ver, foi plenamente justificável, pois, conforme leciona Ricardo Lobo Torres, a jurisprudência formada no âmbito do STF, ao considerar que o serviço não seria suscetível de utilização individual, concentrou-se apenas no aspecto material (físico) da prestação, desconsiderando a possibilidade da divisão ideal da prestação entre os beneficiários[96].

91 BARRETO, Aires F. *Op. cit.,* p. 513-519.

92 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/3/2009, publicado em 22/05/2009.

93 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4, p. 647.

94 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 95, p. 100-108, 2003.

95 CARVALHO, Aurora Tomazini. O art. 149-A da Constituição Federal introduzido pela EC 39/2002 e a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 91, p. 239-250, 2004.

96 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 4, *cit.,* p. 648.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988, ao contrário da grande maioria das constituições de outros países, adotou o caminho de regular de forma extremamente minuciosa a matéria financeira e tributária. Trouxe desta forma para a seara constitucional algumas questões que, na significativa maioria dos países democráticos, são decididas em âmbito infraconstitucional. Ora, se a mera previsão de determinadas normas financeiras e tributárias em âmbito constitucional já cria grandes dificuldades para os governos democraticamente eleitos, que precisam obter maiorias qualificadas (conseguir o apoio da "ditadura dos 3/5"[97]) para implementação de sua política fiscal, a possibilidade de invalidação pelo Judiciário de emendas constitucionais é questão que deve despertar ainda mais questionamentos de ordem democrática[98] e reforça a necessidade do estabelecimento de parâmetros para o exercício de tal controle.[99]

97 A expressão é de COUTO, Cláudio Gonçalves; ABRUCIO, Fernando. O segundo governo FHC: coalizões, agendas e instituições. *Tempo Social – USP*, v. 15, n. 2, p. 269-301, 2003.

98 A postura de autocontenção que deve pautar em regra a jurisdição constitucional, especialmente ao analisar decisões adotadas após ampla discussão política na seara legislativa, não parece ter encontrado respaldo em experiência recente no Supremo Tribunal Federal. Como relata Oscar Vilhena Vieira, por ocasião do julgamento da ADIN 3510 (2008), que impugnava a chamada lei de biossegurança, o argumento levantado pelo advogado Luís Roberto Barroso de que a lei havia sido aprovada por ampla maioria, após significativa discussão no Congresso Nacional, não foi considerado relevante pelo Tribunal. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.12, p. 68, 2008: "O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores."

99 LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. *Decidindo com normas vagas.* Estado de Direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, Rio de Janeiro, 2006, p. 244-245: "Os instrumentos metodológicos e o respeito às cargas de fundamentação derivadas do sistema jurídico representam um meio adequado para conter a vocação ampliativa do constitucionalismo sobre a democracia, pois permitem maior controlabilidade das escolhas judiciais. Mas não são suficientes se não forem acompanhados de uma postura institucional de respeito às concretizações legislativas e da consciência das limitações cognitivas do Judiciário. *Ao contrário do que possa parecer, o respeito aos ônus de argumentação*

É fato ainda que o grau de detalhamento que a Constituição de 1988 trouxe na matéria financeira e tributária não cria apenas problemas de natureza democrática. O excesso de normas fiscais na Constituição serve também para de alguma forma dificultar a tarefa do intérprete de conseguir visualizar com clareza quais os verdadeiros direitos fundamentais ligados à tributação que possuem dignidade axiológica suficiente para figurarem no âmbito constitucional e receberem o atributo da imutabilidade mesmo em face de emenda constitucional.[100]

Por fim, cabe dizer que não há razões políticas de ordem concreta[101] que conduzam à crença de que haverá uma diminuição das emendas constitucionais e financeiras nos próximos anos. Além disso, cada vez há menos espaço para acreditar em uma reforma tributária utópica[102], que resolveria todos os problemas da tributação no Brasil.[103] A tendência, destarte, é que surjam novas emendas constitucionais financeiras e tributárias que modifiquem pontos específicos da matéria fiscal, bem como novos questionamentos em torno da constitucionalidade de tais alterações, considerando os limites materiais ao poder de reforma constitucional.

11. REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *As Emendas constitucionais tributárias e os vinte anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALVES, Alex Neyves Mariani. *O ajuste do sistema constitucional tributário brasileiro após 1988 no contexto do processo de globalização.* Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-graduação em Economia do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, 2004.

ANTONELLI, Leonardo Pietro. Correção de decisões judiciais pelo poder legislativo. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Temas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-191.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Federalismo em Crise: aspectos constitucionais dos contratos de empréstimo entre entes federativos. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 22, p. 75-88, 2008.

ARAUJO, Alexandre Bleggi. Imposto sobre serviços (ISS): inconstitucionalidade das limitações ao poder de tributar municipal impostas pela Emenda Constitucional n. 37/02. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 91, p. 7-24, 2003.

do sistema jurídico e a deferência às opções políticas do legislador compatíveis com a lei fundamental não são incompatíveis com um texto constitucional amplo, denso e que pretende dirigir uma democracia. É exatamente porque tais características implicam um natural protagonismo do Judiciário que se justificam posturas mais rígidas de autocontenção." Grifo nosso. Acerca da doutrina da autocontenção judicial, vale destacar o profundo exame efetuado por MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

100 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 56: "Por oportunismo ou generosidade, é grave o equívoco e alto o preço da inclusão na Constituição de regras e sub-regras de 'curto fôlego histórico', que conduzem à prematura obsolescência do texto, condenando-o ao desprestígio e à breve decadência. Quando se dá a mesma dignidade ao principal e ao acessório, deprecia-se o que de fato é relevante."

101 Vale aduzir que o Poder Executivo já encaminhou ao Congresso Nacional proposta de nova reforma do Sistema Tributário consubstanciada na PEC 233/2008.

102 Analisando as razões que conduziram ao fracasso das tentativas de reforma tributária ocorridas nos dois governos de Fernando Henrique Cardoso, Marcus André Melo concluiu que um dos fatores determinantes foi o elevado grau de incerteza entre os atores envolvidos no processo sobre os custos e benefícios (inclusive eleitorais) que uma reformulação ampla do sistema tributário poderia ocasionar concretamente para seus interesses regionais. MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil:* instituições políticas e processo decisório. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 187-188: "Uma hipótese de trabalho adicional levantada inicialmente era a de que reformas, que exibissem muitas incertezas sobre seus efeitos e cujos atores, tipicamente, apresentam 'taxas elevadas de aversão ao risco', têm menos chances de ser aprovadas do que aquelas sem tais características. O caso paradigmático foi o da reforma tributária. Nesta arena decisória, as incertezas quanto ao impacto sobre a arrecadação e sobre a inflação – sobretudo a primeira destas variáveis – impeliram os atores para o *status quo*. A ideia de um padrão incremental de mudança caracteriza as reformas tributárias em geral."

103 Ricardo Lobo Torres critica a crença brasileira de que poderia haver uma reforma tributária ampla e geral que pudesse criar um sistema tributário ideal, pois cuida-se de ideia já abandonada em diversos países. TORRES, Ricardo Lobo. Reforma constitucional tributária. In: ROSA, Eugênio (Coord.) *A reforma tributária da Emenda Constitucional n. 42/2003*: aspectos polêmicos e controvertidos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 203: "No plano teórico, principalmente no da Ciência das Finanças, entram em declínio também as utopias fiscais, até mesmo em razão de seu descompromisso com a realidade. Não pode haver um sistema totalmente pensado pela ciência, eis que nenhuma reforma tributária cria de novo ou do nada, globalmente, um sistema. A outra dificuldade decorre da circunstância de que qualquer sistema tributário ideal deve resultar da pesquisa multidisciplinar insuscetível de ser dominada por um só teórico ou uma só disciplina."

ATALIBA, Geraldo. IPTU-progressividade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo v. 56, p. 79-83, 1991.

BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRETO, Aires F.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. IPTU: por ofensa a cláusulas pétreas a progressividade prevista na emenda n. 29/2000 é inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 105-126, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito Constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 107-113, 2000.

BIM, Eduardo Fortunato. Inconstitucionalidade da execução das contribuições previdenciárias pela justiça do trabalho: EC n. 20/98. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 89, p. 21-34, 2003.

_____. A inconstitucionalidade da alíquota mínima para o ISS: a violação do pacto federativo pela EC n. 37/02. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 94, p. 22-37, 2003.

BORGES, José Souto Maior. IPTU-progressividade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 59, p. 73-94 ,1994.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARRAZZA, Elisabeth Nazar. *IPTU e progressividade*. Curitiba: Juruá, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A reforma tributária e as cláusulas pétreas. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 67, p. 252-257, 1997.

CARVALHO, Aurora Tomazini. O art. 149-A da Constituição Federal introduzido pela EC 39/2002 e a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 91, p. 239-250, 2004.

CASTILHO, Paulo Cesar Bária de. Crédito tributário sem lançamento e execução de ofício da contribuição previdenciária pela justiça do trabalho. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 89, p. 58-70, 2003.

CASTRO, Danilo Monteiro de. O ICMS e o IPI na importação por não contribuintes, a não cumulatividade, a Súmula 660 do STF e suas atuais implicações à luz da própria jurisprudência da corte. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 147, p. 42-53, dez. 2007.

CHIESA, Clélio. EC 33 – Dois novos impostos rotulados de ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 90, p. 21-48, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Sólon. IPTU e emenda constitucional n. 29/2000 – legitimidade da progressão das alíquotas em razão do valor venal do imóvel. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 94, p. 133-139, 2003.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. O direito tributário na Constituição. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, São Paulo, v. 1, p. 48-69, 2007.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ABRUCIO, Fernando. O segundo governo FHC: coalizões, agendas e instituições. *Tempo Social – USP*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 269-301, 2003.

COSTA, Alcides Jorge. IPTU-progressividade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 93, p. 240-248, 1991.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário* – Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Simone Rodrigues Duarte da. O direito de crédito do ICMS e sua incompatibilidade com a EC 33/2001. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 91, p. 262-276, 2004.

DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n.18, p. 95-107, 2002.

FURLAN, Valéria. Análise jurídica da progressividade fiscal do IPTU. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 18, p. 101-108, 2003.

HARADA, Kiyoshi. Imposto sobre Serviços: polêmica sobre alíquotas máximas e mínimas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 15, 2006.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. *Decidindo com normas vagas:* estado de direito, coerência e pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, Rio de Janeiro, 2006.

LEÃO, Cristiano Maciel Carneiro. *A Emenda Constitucional 33/01 e o "novo" ICMS-Importação*. Manutenção da "transferência de titularidade" como núcleo constitucional da materialidade do ICMS-Importação. Dissertação (Mestrado em Direito)-Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LOUREIRO FILHO, Mário Hermes Trigo de. *Alteração de competência tributária e reforma constitucional: o ICMS na importação de bens e a EC 33/01*. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. A Progressividade do IPTU e a EC 29. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 81, p. 56-79, 2002.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a Substituição tributária no ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 87, p. 55-80, 2002.

MACHADO, Schubert Farias. O juiz do trabalho e o lançamento das contribuições para o INSS. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 8, p. 33-48, 2004.

MAZZILLO, Leonardo. Inconstitucionalidade da execução fiscal *ex officio* promovida pelos Juizes do Trabalho. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 88, p. 52-60, 2003.

MELO, José Eduardo Soares de. IPTU – A função social da propriedade e a progressividade das alíquotas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 1, p. 41-56, 1995.

_____. Questões atuais do ISS. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, n. 31, p. 135-136, 2003.

_____. Substituição tributária progressiva e Emenda Constitucional 3/93. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 63, p. 253-263, 1993.

MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil:* instituições políticas e processo decisório. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. O leviatã brasileiro e a esfinge argentina: os determinantes institucionais da política tributária. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 91-128, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, p. 125-155, 2002.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: RT, 1976.

NASCIMENTO, Paulo Nelson Lemos Basto. ICMS – importação de bens para uso próprio e a emenda constitucional n. 33/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, p. 103-110, 2002.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional ? A propósito do art. 2, §2º, da Emenda Constitucional n. 3/93. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 21-57, 1995.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. A chamada contribuição de iluminação pública (Emenda Constitucional n. 39 de 2003). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, p. 295-310, 2003.

_____. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, n. 4, p. 197-212, 2004.

PEREIRA FILHO, Luiz Alberto; BRASIL JÚNIOR, Vicente. A inconstitucionalidade do ICMS nas importações – análise da EC 33/2001. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 47, p. 149-160, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 95, p. 100-108, 2003.

PISCITELLI, Roberto B. Estudo analítico dos novos dispositivos constitucionais tributários. In: PISCITELLI, Roberto B. (org.). O *Sistema Tributário na Nova Constituição*: da crise financeira às perspectivas com o novo sistema. Brasília: Editora da UnB, 1989.

RAGHIANT NETO, Ary. O poder reformador e seus limites (análise crítica do §3º do art. 114 da CF/1988 acrescentado pela EC 20 de 15.12.1988). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 58, p. 178-201, 2004.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalização do direito tributário. In: ——. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-23.

_____. O Princípio da capacidade contributiva. In: ——. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 203-234.

_____. O princípio da anterioridade tributária. In: ——. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A Constitucionalidade do IPMF. *Cadernos de Direito Tributário e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 6, 1994.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: —. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-205.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante*: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA, Celina. Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 791-823, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAROUCO, Gabriela da Silva. *Os Partidos e a Constituição*: ênfases programáticas e propostas de emenda. 2007. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, 2007.

TAVARES, Alexandre Macedo; MUGNAINI, Marcus Vinícius Mendes. As impropriedades da execução ex officio de contribuições à seguridade social emergentes de decisões da justiça do trabalho. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 84, p. 33-46, 2002.

TEIXEIRA, Ayrton de Mendonça. IPTU e progressividade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 20-23, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A nova ordem tributária e a descentralização fiscal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p. 262-267, 1999.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4.

_____. Reforma Constitucional Tributária. In: ROSA, Eugênio (Coord.) *A reforma tributária da Emenda Constitucional n. 42/2003*. Aspectos polêmicos e controvertidos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 201-217.

TORRES, Heleno Taveira. Prorrogação da CPMF pela Emenda Constitucional n. 21/99: efeitos da ausência de procedimento na validade das normas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 49, p. 45-55, 1999.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Comentários sobre as alterações tributárias à Constituição de 1988. *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, v. 413, p. 07-133, 2004.

VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.12, p. 55-75, 2008.

WEISS, Fernando Leme. *Justiça Tributária*. Um enfoque sobre renúncias fiscais, a Reforma Tributária de 2003/2004 e os códigos de defesa dos contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). Conflito de competência com o Imposto Territorial Rural (ITR). Critério da localização x critério da destinação econômica

ANDREA VELOSO CORREIA[I]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o aparente conflito de competência tributária entre a União e o Município, no que se refere à cobrança do IPTU x ITR, em razão dos diversos critérios adotados pela legislação (critério da localização – CTN x critério da destinação econômica – Decreto-Lei 57/66). A análise será feita à luz da Carta Magna de 1988 e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspecto espacial da hipótese de incidência. Zona Urbana e Zona Rural; 3. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Art. 15 do Decreto-Lei 57/66. Critério da destinação econômica; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: IPTU. ITR. Critério da localização. Critério da destinação econômica. Decreto-Lei 57/66.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê a competência privativa dos Municípios para instituição dos impostos elencados no *artigo 156*, quais sejam: o *IPTU* – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (inciso I), o *ITBI* – imposto de transmissão *inter vivos* de bem imóvel a título oneroso (inciso II) e o *ISS* – imposto sobre serviços de qualquer natureza (inciso III).

As normas gerais envolvendo o IPTU, imposto que será objeto deste trabalho, estão previstas nos *artigos 32 a 34 do Código Tributário Nacional*; lei ordinária, na origem, recepcionada, pela Constituição Federal de 1988, com *status* de lei complementar (*artigo 146 da CF/88*).

I Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Professora de Direito Tributário da EMERJ, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ, nos cursos de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Direito Tributário e Administração Tributária e de cursos preparatórios para concursos públicos na área jurídica. Coautora do livro *Curso de Direito Tributário Brasileiro* (3. ed. Quartier Latin, 2010. v. 2), no qual escreveu sobre os Impostos Municipais (IPTU/ISS/ITBI). Palestrante/Debatedora em eventos do *Lincoln Institute of Land Policy* e do Ministério das Cidades.

No Município do Rio de Janeiro, ele está tratado nos artigos 52 a 86 da Lei Municipal n. 691/84 – Código Tributário Municipal, com suas alterações posteriores.

Atualmente, uma das principais questões controvertidas envolvendo o citado Imposto diz respeito à correta delimitação dos limites da competência municipal face à competência tributária federal para a instituição do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), previsto constitucionalmente no artigo 153, VI, da CF/88 e cujas normas gerais encontram-se nos artigos 29 a 31 do CTN.

O cerne da discussão está na compatibilização do critério da localização (adotado pelo Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172, de 25/10/66) com o critério da destinação econômica (previsto no artigo 15 do Decreto-Lei n. 57, de 18/11/66); decreto-lei que vem sendo aplicado, pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma equivocada, como se passa a demonstrar.

2. ASPECTO ESPACIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. ZONA URBANA E ZONA RURAL

O Código Tributário Nacional, para efeito de diferenciação entre a incidência do IPTU e do ITR, adotou o *critério da localização do imóvel*. Em outras palavras, são tributados pelo Imposto Municipal os imóveis localizados na zona urbana e pelo Imposto Federal, os imóveis situados na zona rural.

O próprio CTN define o que considera como Zona Urbana; diferenciando as chamadas *zonas urbanas por natureza* (artigo 32, parágrafo primeiro, do CTN) das *zonas urbanas por equiparação* (parágrafo segundo, do mesmo dispositivo legal).

Segundo o artigo 32, parágrafo primeiro, do CTN, a zona urbana é definida pela lei municipal (em geral, o Plano Diretor – art. 182, parágrafo primeiro, da CF/88), observado o requisito mínimo da existência de *dois melhoramentos, construídos ou mantidos pelo poder público*, entre os cinco elencados no citado dispositivo legal (calçamento, abastecimento de água, sistema de esgotos sanitários, rede de iluminação pública, escola primária ou posto de saúde). Chega-se à zona rural por exclusão. Tudo que não for zona urbana será zona rural.

Para Aires F. Barreto[2], a enumeração do CTN não é *numerus clausus,* não impedindo que os Municípios acrescentem outros equipamentos/melhoramentos para definição da sua zona urbana (ex: equipamentos sociais como centros esportivos; conjuntos turísticos e hoteleiros; cinemas, teatros). Segundo o autor, o que o Código Tributário Nacional veda é se considerar como zona urbana uma área que não tenha, pelo menos, dois melhoramentos elencados no citado artigo.

Note-se, ainda, que os melhoramentos podem ser construídos pelo poder público e mantidos pelos particulares ou ao contrário; construídos por estes e mantidos por aqueles.

Por outro lado, a lei municipal também pode considerar como zona urbana as *áreas urbanizáveis ou de expansão urbana*, constantes de *loteamentos aprovados pelos órgãos competentes*, como dispõe o artigo 32, parágrafo segundo, do CTN. São as chamadas *zonas urbanas por equiparação*.

São áreas que ainda não possuem os equipamentos urbanos, mas já possuem loteamentos aprovados pelos órgãos competentes e que podem ser considerados como zona urbana pelo Município para cobrança do Imposto Municipal. Trata-se de faculdade assegurada ao Município (o verbo utilizado é "pode") de, por lei própria, definir como urbana uma área que, pelo parágrafo primeiro do artigo 32, seria rural.

Ressalta-se que os autores divergem quanto ao órgão competente para a aprovação do loteamento[3]. A meu ver, por se tratar de loteamento urbano a competência para aprová-los é exclusiva dos Municípios; sem qualquer ingerência da União.

2 *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196-197.

3 BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*, 2009. p. 204-205, defende que "os particulares ficam submetidos a duas autorizações: à da União, de natureza liberatória; à do Município, em razão do seu peculiar interesse. A segunda depende de prévia expedição da primeira." Na mesma linha de entendimento, Ives Gandra da Silva Martins (citação extraída do livro IPTU, texto e contexto, Cíntia Estefania Fernandes, pág. 319/320). Em sentido contrário, se manifesta BATALHA, Célio de Freitas. *Manual do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. São Paulo: RT, 1985. v.1, p. 81: "a plenitude da competência municipal é absoluta, não se podendo admitir esteja o Município subordinado a qualquer restrição nessa matéria." Este também é o posicionamento de Cíntia Estefania Fernandes, in IPTU, texto e contexto, p. 318: " (...) acima de requisitos formais, como no caso a liberação pelo INCRA de área tida como urbana, está abaixo da competência constitucional tributária, e se a situação fática apontar para o preenchimento dos requisitos do artigo 32 do CTN e seus parágrafos, a transferência da competência dar-se-á automaticamente, independente da existência de declaração liberatória do ente tributante federal, pois a competência a partir de então será municipal."

Vale lembrar, ainda, que, aprovado o loteamento, a cobrança do Imposto Municipal (IPTU) só poderá se verificar no exercício financeiro seguinte, para se evitar a surpresa do contribuinte; pois, em relação àquele imóvel, que era até aquele momento tributado pelo ITR, haverá uma situação equivalente à criação de um imposto novo.

3. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ARTIGO 15 DO DECRETO-LEI n. 57/66 – CRITÉRIO DA DESTINAÇÃO ECONÔMICA

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no sentido de que o critério da localização – adotado pelo CTN – não é suficiente para que se decida sobre a incidência do IPTU ou ITR, sendo necessário observar-se, também, a destinação econômica do bem imóvel.

O STJ vem aplicando o disposto no artigo 15 do Decreto-Lei n. 57/66 que estabelece estarem sujeitos à incidência do ITR os imóveis situados na zona rural e os situados na zona urbana, quando utilizados em exploração vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial.

De fato, antes mesmo que o CTN entrasse em vigor, o que ocorreu em 1º de janeiro de 1967, seu artigo 32 foi alterado pelo art. 15 do Decreto-Lei n. 57, de 18/11/1996, *in verbis*:

> "Art. 15 – O disposto no artigo 32 da Lei n. 5172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel que, *comprovadamente*, seja utilizado em *exploração, extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo, assim, sobre o mesmo, o ITR* e demais tributos com o mesmo cobrados." (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que este Decreto-Lei foi recebido pela *Constituição Federal de 1967* e pela *Emenda Constitucional n. 1/69* com *status* de Lei Complementar; razão pela qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 12 da Lei Ordinária Federal n. 5868, de 12/12/1972, no ponto em que pretendeu revogar o art. 15 do Decreto-Lei 57/66[4].

Com base nestes precedentes do STF, o Superior Tribunal de Justiça vem combinando os dois critérios: *localização + destinação econômica*. Em síntese, são tributados pelo ITR os imóveis situados na zona rural e os situados na zona urbana, com destinação econômica rural. Por sua vez, são tributados pelo IPTU os imóveis situados na zona urbana, que não tenham uma destinação econômica rural[5].

Vale a pena trazer à colação o seguinte precedente[6]:

> " (...) Ao disciplinar o fato gerador do imposto sobre a propriedade imóvel e definir competências, *optou o legislador federal, num primeiro momento, pelo estabelecimento de critério topográfico*, de sorte que, localizado o imóvel na área urbana do Município, incidiria o IPTU, imposto de competência municipal; estando fora dela, seria o caso do ITR, de competência da União.
>
> 3. *O Decreto-Lei n. 57/66, recebido pela Constituição de 1967 como lei complementar, por versar sobre normas gerais de direito tributário, particularmente sobre o ITR, abrandou o princípio da localização do imóvel, consolidando a prevalência do critério da destinação econômica.* O referido diploma legal permanece em vigor, sobretudo porque, alçado à condição de lei complementar, não poderia ser atingido pela revogação prescrita na forma do art. 12 da Lei n. 5868/72.
>
> 4. *O ITR não incide somente sobre os imóveis localizados na zona rural do Município, mas também sobre aqueles que, situados na área urbana, são comprovadamente utilizados em exploração extrativa, vegetal, pecuária ou agroindustrial.* (...)" (Grifos nossos).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reiterou este posicionamento, com acórdão sujeito ao regime do art. 543 – C do CPC (recurso repetitivo)[7], assim ementado:

> "Tributário. Imóvel na área urbana. Destinação Rural. IPTU. Não incidência. Art. 15 do DL 57/1966. Recurso Repetitivo. Art. 543-C do CPC.
>
> 1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966)
>
> 2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ."

Neste julgamento, o imóvel objeto da discussão era utilizado para o cultivo de hortaliças e eucalipto, mas estava inserido em zona qualificada como urbana pelo Município.

---

4 RE 140.773-5, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04/06/99. Revogação suspensa pela Resolução do Senado n. 09 de 2005. Mesmo sentido: RE 76.057, RTJ 70/479; RE 94.850-8-MG, *Jurisprudência do STF*, v. 46, p. 91.

5 O art. 14 do Decreto-Lei n. 57/66 classifica como urbanos os "sítios de recreio", localizados na zona rural, nos quais a eventual produção não se destine ao comércio, incidindo sobre o mesmo o IPTU.

6 REsp 472628/RS, 2ª Turma, DJ 27/09/2004. No mesmo sentido, são os seguintes julgamentos: REsp 492869/PR, Primeira Turma, DJ 07/03/05; AgRg no Ag 498512/RS, 2ª Turma, DJ 16/05/05; REsp 1027775/SP, 2ª Turma, DJ 04/09/2008; AgRg no Ag 993224/SP, 1ª Turma, DJ 04/06/2008.

7 REsp 1112646/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 28/08/2009.

Destaca-se que, segundo o STJ, o ônus da prova da comprovação de que o imóvel é destinado à atividade rural é do sujeito passivo[8]. Na dúvida ou ausente esta prova, deve incidir o IPTU. Este entendimento se baseia no próprio artigo 15 do DL 57/66 que deixa claro que o ITR só incidirá sobre o imóvel que, *comprovadamente*, seja utilizado em exploração rural.

Uma parte da doutrina, no entanto, critica o posicionamento do STJ, por entender que o único critério válido para dirimir conflito de competência entre o Município e a União é o da localização do imóvel[9].

De fato, a meu ver, *o critério topográfico está implícito na Constituição Federal de 1988,* que distingue *os imóveis rurais, definindo-os como sendo próprios do campo* (art. 184 a 191) dos *imóveis urbanos, que são próprios da cidade* (art. 182/183), utilizando claramente o critério da localização. Desta forma, *entendo que o artigo 15 do Decreto-Lei n. 57/66 não foi recepcionado pela atual Carta Magna.*

Merece destaque a opinião de LEANDRO PAULSEN[10] sobre o tema:

> "(...) *a Constituição Federal traz, de forma implícita, a definição de imóveis rurais e urbanos, utilizando-se, para tanto, do critério da localização*. De fato, da leitura dos capítulos Da Política Urbana e da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, ambos do título da Ordem Econômica e Financeira, é o que se tira. *A Constituição vinculou a expressão propriedade urbana à cidade,* prevendo que deve atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade *expressas no plano diretor aprovado pela Câmara Municipal. Quando a Constituição se refere a imóvel rural, por sua vez, o faz em contraposição a imóvel urbano*." (grifos nossos).

No mesmo sentido, é o posicionamento de JOSÉ ANTONIO FRANCISCO e MARCELLO JORGE PELLEGRINA[11]:

> "A respeito da questão, entretanto, não se podem desprezar as observações de Valéria Furlan (1998:58), a respeito das disposições da Constituição de 1988. Os arts. 182 e 30, VIII, da CF/88 concederam aos municípios total autonomia na delimitação do perímetro urbano, e possibilitaram que, por meio do plano diretor, fixassem a política de desenvolvimento e expansão urbanos. Ademais, o parágrafo quarto do art. 182 possibilitou aos municípios exigir do "proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento", nos termos da lei federal, desde que a área esteja incluída no plano diretor, podendo impor, como penalidade, IPTU progressivo no tempo (art. 182, II, da CF)."

Consequentemente, as disposições dos artigos 29 e 32 do CTN *não poderiam ter sido recepcionadas pela Constituição de 1988, quanto aos critérios da destinação para classificação do imóvel.* Assim, *cabe aos municípios, por meio de lei, delimitar sua zona urbana e, por exclusão, a rural para classificação do imóvel em urbano ou rural, segundo o critério geográfico,* que é o critério adotado pela Lei n. 9393/1996 e pelo RITR."

Ressalta-se que não cabe ao Superior Tribunal de Justiça a palavra final em matéria de ordem constitucional (e não há dúvida de que competência tributária enquadra-se como tal) e o Supremo Tribunal Federal ainda não analisou a recepção ou não do citado Decreto-Lei pela Constituição Federal de 88; tendo se pronunciado, tão somente, em relação às Constituições anteriores.

Deve ser, ainda, mencionado que o critério da localização é o único critério objetivo, que permite exata delimitação das competências dos dois entes tributantes, sem deixar margem à interpretação subjetiva da lei.

De fato, o critério da destinação econômica dá ensejo a dúvidas, já que o Decreto-Lei 57/66 não define o que ele entende como exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial.

Vejamos o seguinte exemplo: um imóvel de 300 m², em que o proprietário utiliza menos de 10% para plantar cebola e vender para os vizinhos. Este imóvel tem uma destinação rural e, portanto, estará sujeito ao ITR? Mesmo que esteja localizado em um bairro como o Leblon, no Rio de Janeiro, que, sem sombra de dúvida, faz parte da zona urbana do Município? Em outras palavras, qual deverá ser o percentual de utilização do imóvel para que o imóvel seja considerado rural?

BARRETO, Aires F.[12] entende que, diante de finalidade mista, "pode dizer-se que um imóvel é rústico ou urbano consoante seja rústica ou urbana sua finalidade precípua." E esclarece que "a existência da horta, do pomar, da pequena criação, sem fins comerciais, não lhe desnaturam o destino urbano."

---

8 AgRg no Ag 993224/SP, 1ª Turma, DJ 04/06/2008.

9 DERZI, M. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*; BALEEIRO, A. *Direito tributário brasileiro*, p. 247; FERNANDES, C. E. *IPTU*: texto e contexto, p. 319.

10 PAULSEN, Leandro. *Desapropriação e reforma agrária*, Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997. p. 95 e ——. *Impostos federais, estaduais e municipais*, 2. ed. Liv. do Advogado, 2006. p. 176-177.

11 MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 673.

12 *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200-201.

A análise da finalidade precípua de um imóvel muitas vezes se mostra de difícil apuração, deixando margem de subjetividade à interpretação da lei e, portanto, na definição das competências tributárias.

Não se pode esquecer que o IPTU é um imposto lançado de ofício, independente de qualquer colaboração do contribuinte e cujo fato gerador, segundo a maioria das legislações municipais, ocorre em primeiro de janeiro de cada exercício financeiro. O ITR, por sua vez, é um imposto lançado por homologação; em que o contribuinte antecipa o pagamento, que fica sujeito a uma posterior homologação por parte do fisco (*art. 10 da Lei 9393/96)* e cujo fato gerador também ocorre em primeiro de janeiro de cada ano (*art. 1º da Lei 9393/96*).

Se o critério da destinação econômica vier a ser adotado, como os entes devem proceder? Como o Município terá condições de saber, em relação a cada um dos imóveis localizados em seu território, a destinação dada a ele no início do ano? Em Municípios grandes, como é o caso do Rio de Janeiro, existe mais de um milhão de imóveis!

Deve ser mencionado, ainda, que o critério da destinação não soluciona o questionamento envolvendo os imóveis que ainda não possuem nenhuma destinação efetiva; existindo, tão somente, um destino potencial. É o caso de um terreno vazio; sem qualquer utilização, mas que foi comprado para ser um haras, por exemplo.

Poder-se-ia cobrar em função da destinação potencial, se rústica ou urbana? Entendo que não[13]. O próprio Decreto-Lei 57/66 só prevê a incidência do ITR sobre os imóveis que *comprovadamente* sejam *utilizados* em exploração rural; o que vem a reforçar a tese de que só o critério da localização/da situação do imóvel é capaz de solucionar todas as controvérsias.

Ressalta-se que tanto a Lei 9393/1996 (que instituiu o ITR), quanto a Lei Municipal n. 691/84 (Código Tributário Municipal), que instituiu o IPTU no Município do Rio de Janeiro, trouxeram o critério da localização para definição das respectivas incidências tributárias (*artigo 1º,* caput *e parágrafo segundo da Lei 9393/96 e art. 52 do CTM*).

Acrescente-se que esta discussão não perdeu a sua importância com a Emenda Constitucional n. 42/2003, que introduziu o *inciso III, no parágrafo quarto do artigo 153 da CF/88,* permitindo que a União delegasse aos Municípios, que assim optarem, a capacidade tributária ativa referente ao ITR. A repartição da receita tributária (50% para o Município em que situado o imóvel) fica alterada no caso de opção. Caso haja delegação, os Municípios ficarão com 100% da arrecadação do Imposto Federal (*artigo 158, II, da CF/88*). Esta delegação será formalizada através de convênios (*Lei 11.250/2005*).

Neste caso, mesmo que o Município acabe arrecadando o Imposto federal e ficando com a totalidade do valor arrecadado, ele não terá qualquer ingerência sobre a sua instituição ou sobre a concessão de benefícios fiscais, já que não possui competência tributária, mas, tão somente, capacidade tributária ativa (capacidade de arrecadar, fiscalizar e julgar recursos administrativos).

Não é por outro motivo que a própria Emenda Constitucional ressaltou expressamente que a fiscalização e a cobrança pelos Municípios não pode implicar redução do ITR ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.

Já o IPTU é um imposto de competência tributária municipal, sobre o qual possui plena competência legislativa e administrativa. Além do que, o IPTU, na grande maioria dos casos, é um imposto mais caro do que o ITR, já que pode ser cobrado sobre a propriedade *predial* e *territorial*; enquanto o Imposto federal só incide sobre a propriedade *territorial*, não levando em consideração o valor das benfeitorias, mas tão somente o valor da terra nua (*art. 11 da Lei 9393/96*).

4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que o artigo 15 do Decreto-Lei 57/66 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, já que o critério da localização, adotado pelo Código Tributário Nacional, está implícito na atual Carta Magna, nos artigos 182 a 191; sendo o único critério objetivo capaz de solucionar, de forma segura, o potencial conflito de competência entre a União e os Municípios, na forma do artigo 146, I, da CF/88.

13 BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*, p.201, entende que a "classificação, nessas hipóteses, decorrerá de estar o imóvel situado na zona urbana (zona com equipamentos) ou na rural (núcleo destituído de equipamentos). Na primeira hipótese, será urbano; rural, na segunda." MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Manual do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*, v.1, p. 79, tem posicionamento semelhante: "o problema relacionado à destinação potencial, todavia, remanesce pendente de solução. O destino potencial não pode ser equacionado senão através do critério da situação."

5. BIBLIOGRAFIA

FERNANDES, Cíntia Estefania. *IPTU*: texto e contexto. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FRANCISCO, José Antonio; PELLEGRINA, Marcello Jorge. O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PAULSEN, Leandro; SOARES DE MELO, José Eduardo. Impostos federais, estaduais e municipais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FURLAN, Valéria Cristina Pereira. Imposto Predial e Territorial Urbano. São Paulo: Malheiros, 1998.

BATALHA, Célio de Freitas. Manual do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana. São Paulo: RT, 1985. v.1, p. 81.

Previdência, Município e Federação: o espaço de autonomia municipal em matéria previdenciária

ARÍCIA FERNANDES CORREIA[1]

RESUMO: O vertente artigo cuida do espaço de autonomia reservado aos Municípios em matéria de disciplina jurídica dos regimes próprios de previdência de seus servidores, à luz da doutrina, da Constituição e da jurisprudência, tendo como pano de fundo o sobreprincípio do federalismo.

SUMÁRIO: 1. Apresentando a trilogia temática; 2. A escolha pela federação brasileira; 3. Federalismo brasileiro: A peculiaridade da concepção do município como ente federativo; 4. A distribuição de competências em matéria previdenciária; 5. Uma resposta doutrinária; 6. Segunda revelação hermenêutica; 7. *Tertium Genus*: a resposta dos tribunais; 8. Conclusão: o nicho de autonomia municipal em matéria previdenciária – um espaço a ser preservado.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Divisão de competências em matéria previdenciária. Regime próprio de previdência municipal.

1. APRESENTANDO A TRILOGIA TEMÁTICA

O presente ensaio tem por escopo desvendar os mecanismos jurídicos de que dispõem os municípios brasileiros para resguardarem suas autonomias locais na questão político-administrativa da "Previdência Pública", a saber, dos regimes próprios de previdência locais.

O roteiro de trabalho ora proposto tem por saída uma breve alusão ao conceito oitocentista de federalismo e sua contextualização, em salto secular, na Constituição Brasileira de 1988, com o asteamento dos municípios ao patamar de entes integrantes da Federação.

Demonstrar-se-á, então, que esta autonomia municipal transpareceria inequívoca em matéria de regime próprio de previdência dos servidores públicos, não só por força de uma arrojada posição doutrinária, como, também, em virtude de uma atenta leitura hermenêutica das normas constitucionais a ele atinentes, todas convergentes para o reconhecimento da reserva de leis não só específicas – inclusive municipais –, mas também, a princípio, exaurientes, para o trato da questão previdenciária própria.

---

1 Professora de Direito da graduação e pós-graduação, *lato* e *stricto sensu*, da UERJ. Mestre em Direito da Cidade e Doutora em Direito Público pela UERJ. Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

Finalmente, diante, todavia, da rejeição do Poder Judiciário à tese da exclusividade das ordens jurídicas regionais/locais em matéria de regimes próprios de previdência – através do reconhecimento, ao marco regulatório infraconstitucional federal dos regimes próprios (Lei n. 9.717/1998), da natureza de normas gerais –, buscar-se-ão rotas alternativas de afirmação da competência, se não exclusiva, (efetivamente) concorrente dos municípios no trato da questão.

2. A ESCOLHA PELA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

O Estado Brasileiro adota, como forma, a Federação, mediante, por um lado, distribuição de competências entre diversos níveis de governo e, por outro, centralização das normas de conteúdo nacional. O federalismo, segundo GARCIA PELAYO, vive exatamente desta "unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e a tendência à diversidade."[2] [3]

Enquanto nos Estados Unidos da América, berço do federalismo[4], a unificação do poder, advindo dos diversos centros regionais, se deu em favor da ordem jurídica central, bem representada pela imagem de um "federalismo centrípeto", no Brasil a forma federativa derivou de força oposta: a da necessidade de descentralização do poder (uno pela razão histórica do domínio português sobre todo o território nacional) entre as diversas Províncias do Império, posteriormente transformadas em Estados da República, delineando uma ilustração diversa, desta feita, de uma "federação centrífuga". No preciso relato de HORTA, "a República e a Federação surgiram consagradas no decreto inaugural do Governo Provisório da República. As províncias se aglutinaram pelo laço da federação e passaram a constituir o novo Estado Federal", através do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889.[5]

Deveras, o Estado Brasileiro, desde a proclamação da República, adota como forma – ainda que por vezes apenas "nominal"[6] – a Federação, atualmente insuscetível de alteração sequer por emenda constitucional, constituindo-se em um dos pilares sobre o qual se sustenta, conforme se extrai do disposto no artigo 60, §4º, inciso I, da Constituição:

> "Art. 60 – *in omissis*;
>
> §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> I. *a forma federativa de Estado*." (grifamos)

Neste sentido, todos os entes federativos, porquanto autônomos e indissoluvelmente ligados entre si pelo pacto da descentralização territorial do poder, gozam de proteção quanto aos possíveis revezes normativos,

---

2 GARCIA PELAYO, Manuel. *Direito constitucional comparado*. Madrid: Revista do Ocidente, 1967. p. 18. No Brasil, em matéria de federalismo, algumas obras clássicas merecem sempre menção, *v.g.*: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. e HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

3 A União Europeia estaria a oferecer um novo modelo de distribuição territorial do poder, sendo tratada, pela maioria dos autores europeus, não exatamente como uma confederação, porquanto, ainda que voluntariamente, muitos de seus membros abdiquem da soberania, com mudanças na respectiva Constituição, para dela fazerem parte, nem como uma federação típica, na medida em que respeitado aquele poder de auto-organização do Estado, ainda quando "mitigada" a respectiva soberania e, mesmo assim, por vontade própria e não por determinação exógena de órgãos comunitários. De toda sorte, não é deste novo processo de movimento dialético entre instâncias supranacionais de decisão (órgãos comunitários) e novos centros soberanos de poder (os Estados-Membros) da União Europeia de que se irá por ora tratar. A respeito deste "novo federalismo" – ou desta nova forma de "governança multinível" –, confira-se, *v.g.*, QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2008. A rigor, "a integração europeia seria a ultrapassagem do Estado-nação, porque o seu objetivo não seria a criação de um Estado-nação na escala europeia, que seja federal ou confederal, mas alguma coisa nova. (...) Na realidade, estamos aprendendo lentamente a viver num sistema de círculos concêntricos, ao invés dum sistema piramidal e fortemente hierarquizado." (Mertens de Wilmars, em prefácio ao livro de Jean Arnaud Por une pense juridique européenne *apud* RENOUX, Thierry S. Um Federalismo sem Federação. In: FERREIRA FILHO Manoel G. et al. *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 263)

4 Indispensável, para a compreensão do tema, a leitura dos artigos destinados a convencer os votantes da convenção de ratificação do Estado de Nova York de que deveriam aprovar a nova Constituição dos Estados Unidos, sob o modelo federal: HAMILTOM, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas*, 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

5 HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 428.

6 Institucionalmente, desde a Constituição de 1891 "o modelo federal vem sendo adotado sucessivamente pelas Cartas Políticas nacionais. Houve apenas, segundo a doutrina majoritária, uma exceção a esta regra: a Constituição de 1937, onde se aderiu ao Estado unitário. Outra exceção ao federalismo em território nacional, todavia, se deu, segundo Raul Machado Horta, com o advento da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, onde havia um 'federalismo puramente nominal e semântico, em permanente dissídio com as exigências da organização federal.'" (SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. O Federalismo. *Revista da Procuradoria Geral /do Estado do Rio de Janeiro/*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 365, 2003.)

tanto constitucionais, quanto ordinários, relativos à forma do Estado Brasileiro, de modo que nem o poder constituinte reformador, tampouco o legislador ordinário, podem ameaçar de derrocada a escolha do constituinte originário pela imutabilidade de um Estado do tipo Composto e não Unitário. [7]

3. FEDERALISMO BRASILEIRO: A PECULIARIDADE DA CONCEPÇÃO DO MUNICÍPIO COMO ENTE FEDERATIVO

A recorrentemente proclamada peculiaridade – que, se não é mais exclusiva, teria sido pioneira – do federalismo brasileiro adotado com a Constituição de 1988 está na acepção dos municípios como entes integrantes da Federação[8] e, portanto, dotados de autonomia administrativa, legislativa e financeira, porquanto postos em pé de igualdade com Estados, Distrito Federal e União no que tange ao legítimo exercício de competências próprias, com capacidade de auto-organização, autoadministração e autogoverno.

A propósito deste modelo tripartite de Federação, G. ALAN TARR ressalta:

> Essa vocação para configurar constitucionalmente o federalismo como um sistema de governo de três níveis é bastante comum nas constituições federais recentes – alguns exemplos seriam a Constituição do Brasil de 1988, a da Rússia de 1993 e a da África do Sul de 1996. Estas constituições federais tendem a garantir a existência de governos locais, além de estabelecerem uma área no interior da qual as administrações locais estarão livres de interferências dos níveis federal ou estadual (...)[9]

Neste viés, por força da positivação, na vigente Lei Maior, deste antigo anseio municipalista[10], deve ser respeitada a autonomia da Comuna para legislar sobre as matérias de sua competência, para administrar seu pessoal e seus recursos e para recolher seus tributos, sob pena de grave afronta à ordem constitucional e, inclusive, de acionamento da mais poderosa arma de defesa federativa: a intervenção da União, em nome da Federação, nos Estados-Membros que desrespeitem a autonomia de seus Municípios.

É que o artigo 34, inciso VII, alínea "c", da Constituição estabelece que:

> "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
>
> VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
>
> a e b) *in omissis*;
>
> c) *autonomia municipal*" (grifamos)

O princípio sensível da autonomia municipal deve ser, portanto, não só preservado, mas utilizado como ferramenta de interpretação dos eventuais conflitos de competência que envolvam a Comuna e os demais entes federativos.

4. A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

Autônomo e integrante de um federalismo que se pretende cooperativo – por força de sofisticados mecanismos de distribuição de competências, mediante condomínio legislativo composto por áreas legiferantes comuns, concorrentes e, outras, privadas –, o Município possui competências: exclusivas/privativas [11], cujo exemplo mais emblemático é o trato das questões de (predominante) interesse local; comuns, exercidas em pé de igualdade com as demais pessoas federativas; e, também, concorrentes com os demais entes da Federação Brasileira. Neste caso, embora na sempre lembrada lição de FERRARI,

> (...) o artigo 30, II, veio, de certa forma, suprir a falha do art. 24, não criando competência concorrente para o Município, mas admitindo que ele tem competência legislativa suplementar da legislação federal e estadual, naquilo que couber, ou seja, dentro dos assuntos de interesse local (...)[12]

---

7 A propósito do tema, permite-se a alusão a artigo que trata desta intangibilidade, quer do ponto de vista do positivismo normativo, quer mediante análise de viés pós-positivista, do poder local na organização político-administrativa brasileira vigente: CORREIA, Arícia. Intangibilidade do poder local: um ensaio jusfilosófico sobre a descentralização do poder como condição necessária ao exercício da democracia. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 17, p. 109-146, jan./dez. 2008.

8 Artigo 1º c/c Artigo 18, *caput* c/c artigo 29 a 31 da CR, entre outros.

9 TARR, G. Alan. O constitucionalismo americano e o governo local. *Revista de Administração Municipal*, Rio de Janeiro, ano 49, n. 247, p. 17. maio/jun. 2004.

10 Lugar-comum a cujo largo não se pode passar é a lembrança da aguerrida luta doutrinária de Hely Lopes Meirelles pela causa municipalista, já considerando o Município, antes mesmo da Constituição de 1988, "uma entidade integrante da Federação." [Segundo o autor, dessa posição singular da Comuna é que resulta] "sua ampla autonomia político-administrativa, diversamente do que ocorre nas demais federações em que o Município é circunscrição territorial meramente administrativa." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: RT, 1977. p. 65.)

11 Adotar-se-á doravante a clássica diferenciação entre competência exclusiva e privativa, sendo ambas próprias ao ente federativo, porém, somente a primeira insuscetível de delegação e, tampouco, de avocação.

12 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: RT, 1993. p. 82.

o que se tem é efetiva concorrência de normas federais, estaduais e municipais sobre as matérias arroladas no artigo 24 da Lei Maior, havendo primazia apenas das normas gerais da União e, *a contrario sensu*, inexistência de hierarquia superior das regras especiais federais sobre as específicas, tanto de Estados, quanto de Municípios.

A este propósito, ALMEIDA ressalta que

> (...) dentro dessa esfera de autonomia, a norma municipal possui um *status* de inviolabilidade, podendo derrogar a lei estadual e a lei federal que, desbordando dos limites das respectivas competências, invadirem o campo da competência municipal.[13]

Em matéria previdenciária, todavia, a Constituição apresenta suposta antinomia ao prever:

i. competência exclusiva – e, portanto, indelegável – da União para legislar sobre seguridade (artigo 22, XXIII, da CR), *gênero* de que a previdência é *espécie* (artigo 194, *caput*, da CR);
ii. competência concorrente entre Municípios, Estados e União para legislar sobre previdência social (artigo 24, XII, c/c artigo 30, II, da CR); e
iii. competência exclusiva,
   iii.i. de cada ente federativo, para a disciplina do regime próprio de previdência de seus servidores (artigo 40, *caput*, da CR) – qualificada pela reserva de iniciativa do processo legislativo para a disciplina das aposentadorias (artigo 61, §1º, II, "c", da CR), extensível a todas as unidades da federação em razão do (jurisprudencialmente forjado) princípio da simetria[14] – e
   iii.ii. dos Municípios, em especial, para legislar sobre matéria de interesse local, (artigo 30, I, da CR) sem falar na possibilidade de suplementação da legislação federal e estadual no que couber (artigo 30, II, da CR).

5. UMA RESPOSTA DOUTRINÁRIA

A fim de dirimir esta controversa questão acerca da delimitação de competências federativas em matéria previdenciária, MARTINS, em obra monográfica sobre o tema do federalismo[15], indica que a norma especial de competência concorrente para os entes federativos legislarem sobre previdência social é preferível à norma genérica – e exclusiva da União – para cuidar da Seguridade Social.

Da mesma forma, pondera o autor que, a rigor, a Previdência Social, objeto de competência concorrente entre União, Estados e Municípios, seria a do Regime Geral de Previdência Social, sendo exclusiva de cada ente federativo – inclusive o municipal – a competência para legislar sobre seu próprio regime previdenciário.

Nesta linha de raciocínio,

> (...) o art. 24, XII, somente pode ser aplicado em relação ao regime geral de previdência social e não em relação aos regimes próprios de previdência de Estados e Municípios. O que o artigo 24, XII, evidencia é que Estados poderão legislar a respeito de previdência social para a iniciativa privada nos limites da competência concorrente, o que se afigura viável se considerarmos que o corpo de funcionários públicos estaduais abrange não apenas os servidores efetivos, mas também empregados públicos, vinculados ao regime geral de previdência.
>
> A confirmar nossa opinião, o §12 do art. 40 lembra que as regras do regime geral de previdência social devem ser aplicadas subsidiariamente às dos regimes próprios. Ora, se apenas os requisitos e critérios do regime geral de previdência social (organizado pela União) serão aplicados para os Estados e, mesmo assim, NO QUE COUBER, resta evidente que são sistemas diversos.[16]

Segundo tal inspirado, porém quase solitário entendimento, à União caberia a fixação das normas gerais do regime geral de previdência social para os trabalhadores em geral e para os empregados públicos ou titulares exclusivamente de cargos em comissão em especial (artigo 40, §13, da CR), e a cada Ente Federativo, inclusive aos Municípios, para suplementá-la no que couber, ficando sob competência legislativa plena – e insuscetível de derrocada (ou "avocação") superveniente por lei federal – a instituição do respectivo *regime próprio de previdência* para os respectivos servidores titulares de cargos de provimento efetivo (artigo 40, *caput*, da CR), a exemplo da já consagrada divisão estanque de competências em relação aos *regimes jurídicos estatutários* dos servidores em atividade (neste caso, titulares de cargos efetivos ou comissionados, ainda que em caráter exclusivo).[17] [18]

---

13 ALMEIDA, Fernanda D. Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 128.

14 Para uma crítica aprofundada acerca da simetria (ao modelo central-federal) como antítese à autonomia (às ordens jurídicas parciais) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. a obra de SÉRGIO FERRARI: *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro:, Lumen Juris, 2003.

15 MARTINS, Cristiano Franco. *Principio federativo e mudança constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

16 *idem, ibidem*, p. 148. (grifos originais)

17 Em tempo algum, a União pretendeu aplicar as regras da Lei (estritamente) Federal n. 8.112/1991 sobre a relação jurídico-estatutária de servidores efetivos pertencentes aos demais Entes da Federação, reconhecendo-se a estes competência própria, exclusiva, para a instituição do Estatuto de seus servidores. Ademais, no caso do RGPS, o que a Constituição determina é uma aplicação supletiva, *praeter legem*, das respectivas regras aos RPPS, porquanto determinada apenas em caráter subsidiário.

18 Cumpre sublinhar, nesta passagem, a diferença entre regime ju-

6. SEGUNDA REVELAÇÃO HERMENÊUTICA

De fato, vários preceitos constitucionais concretizadores do *sobreprincípio*[19] do federalismo confirmam tal adequada revelação da vontade constituinte: a de permitir a cada ente – observado o devido equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (artigo 40, *caput*, da CR) – legislar *exclusivamente*, com sua ordem jurídica parcial, sobre seu plano de benefícios e de custeio do regime previdenciário *próprio*, observadas, apenas, na categoria Kelseniana, as normas da ordem jurídica total[20], a saber, as constitucionais.

Vejamos:

I. competência *exclusiva* para legislar sobre aposentadoria, qualificada por reserva de iniciativa do Chefe do Executivo para a deflagração do *iter* legislativo (artigo 61, §1º, II, "c", da CR), observadas, apenas, as normas constitucionais;
II. reserva de lei *específica* para a disciplina do pensionamento de segurados do regime próprio (artigo 40, §7º, da CR);
III. a imputação, a cada ente, de um *regime próprio de previdência* para os titulares de cargos de provimento efetivo (artigo 40, *caput*, da CR);
IV. a previsão de *reserva de lei própria* para a instituição de regimes de previdência complementar, de iniciativa privativa do Chefe do Executivo (artigo 40, §14, da CR), necessariamente acessórios ao sistema previdenciário próprio "básico" (limitada, então, à concessão de benefícios submetidos ao limite máximo de valor do RGPS);
V. clara distinção constitucional entre as normas atinentes ao *regime geral de previdência social* (artigo 192 e seg. da CR) e as dos *regimes próprios de previdência* dos titulares de cargos de provimento efetivo (artigo 40 e seg. da CR);
VI. determinação constitucional de que as regras do regime geral de previdência social se apliquem apenas *subsidiariamente* aos regimes próprios (artigo 40, §12, da CR);
VII. autorização para a cobrança vinculada de contribuição dos servidores ativos e inativos – e, também, dos pensionistas e do próprio Ente Público (*in casu*, o Município) – para o custeio do respectivo regime previdenciário municipal (artigo 149, §1º, c/c artigo 40, *caput*, da CR);
VIII. reserva de **lei específica**, diante do princípio da legalidade tributária (artigo 150, I, c/c III, "a", da CR), para a instituição de contribuição previdenciária, revestida que é de inequívoca natureza de tributo; e
IX. diretriz programática para que União, Estados e Municípios criem, por **leis próprias**, seus próprios fundos de pensão, sob regime de capitalização[21] (artigo 249 da CR).

Neste sentido, as leis previdenciárias locais só deveriam observar preceitos da Constituição da República, sendo inconstitucionais leis federais que viessem a se imiscuir na previdência pública dos servidores municipais, arvorando-se, por vezes, o legislador federal – e, outras tantas, o próprio administrador público do regime geral de previdência social, titular de poder normativo infralegal –, da posição de constituinte.

7. *TERTIUM GENUS*: A RESPOSTA DOS TRIBUNAIS

Os Tribunais de Justiça em geral adotam, todavia, na contramão das análises doutrinária e normativa antes esboçadas, a interpretação de que, em matéria de previdência *própria*, a competência é, por paradoxal que pareça, *concorrente*, cabendo à União a primazia da fixação de normas gerais, conforme o

rídico estatutário do servidor público, que engloba, via de regra, tanto os ocupantes de cargos efetivos quanto os comissionados, ainda que em caráter exclusivo e que diz respeito à definição legal, via estatuto, de seus direitos e deveres e regime previdenciário do servidor público, através do qual se arrecadam recursos para provisão de benefícios previdenciários, tendo a Constituição destinado os regimes próprios de previdência exclusivamente aos titulares de cargos de provimento efetivo, ficando empregados públicos e ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão, vinculados ao regime geral de previdência social, tradicionalmente acompanhante do regime trabalhista, mas, neste ponto, acolhedor, também, via primeira reforma previdenciária constitucional, de parcela dos servidores estatutários.

19 Cf., a propósito da distinção entre sobreprincípio, *princípio e postulado*, a inegavelmente singular obra de HUMBERTO ÁVILA: *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

20 "Na concepção kelseniana, o Estado Federal contém o ordenamento jurídico total, o central e o parcial. O Estado Federal, a comunidade jurídica total, compreende a Federação." (HORTA, Raul Machado. *op. cit.*, p. 400).

21 Em sua obra, FLÁVIO MARTINS RODRIGUES aponta o artigo 249 da Constituição como marco da constitucionalização do sistema de capitalização dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, antes afeitos ao regime de repartição simples ínsito ao assim recorrentemente denominado "pacto previdenciário intergeracional" (RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão dos servidores públicos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.).

demonstra, como exemplo extraído de uma série de outros precedentes,[22] a ementa de v. acórdão, a seguir trazido à colação:

> "CONSTITUCIONAL. PACTO FEDERATIVO. LEI 9.717, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998. NORMA GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. OFENSA À AUTONOMIA MUNICIPAL NÃO CONFIGURADA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 24, §§1º, 2º, 3º E 4º.
>
> I. O pacto federativo assenta-se em um equilíbrio dialético entre as ordens jurídicas parciais e a ordem jurídica nacional, revelando-se esta através das normas gerais de estabilização deste mesmo pacto, que, por fidelidade ao princípio federal, deveriam estar consubstanciadas em lei complementar.
>
> II. Nossa Constituição, contudo, no tocante à espécie legislativa, admitiu que leis ordinárias sejam também os veículos legislativos dessas normas gerais.
>
> III. Cuidando-se, no caso, de norma geral de regramento da previdência social, aplicável, uniformemente, a todos os entes federados, não importa em usurpação da competência legislativa municipal ou em ofensa à autonomia municipal.
>
> IV. Superveniência da Emenda Constitucional 20, que deu novo suporte de validade à Lei 9.717/98.
>
> V. Agravo provido. Agravo regimental prejudicado."
>
> (TRF-1ª Região – AG 199010011496 70, Rel. Juíza Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz, DJU de 16/05/2002).

Neste sentido, a Lei Federal n. 9.717/1998 (e alterações) – que regulamenta os regimes próprios de previdência dos servidores públicos – deve ser concebida como norma geral a incidir sobre as esferas previdenciárias de Estados e Municípios, salvo em caso de uma possível "corruptela" da regra específica, hipótese em que passa a padecer do vício irremediável da inconstitucionalidade.[23]

Quanto à possibilidade jurídica de a norma emanada da União deixar de ser geral/nacional para se tornar específica – e, assim, estritamente federal – mister se faz a transcrição, desta feita, de decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, que, mediante provimento jurisdicional antecipatório de tutela, rechaçou a ausência de repasse da verba de compensação previdenciária devida a instituto previdenciário estadual, justamente por ter a norma geral desbordado desta sua condição, conforme se confere de excerto do respectivo julgado, em tudo aplicável, *mutatis mutandis*, às autarquias municipais de previdência:

> "DECISÃO PREVIDÊNCIA SOCIAL – COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO – NORMAS GERAIS – EXTRAVASAMENTO – TUTELA ANTECIPADA.
>
> (...)
>
> 2. Certamente, a Lei n. 9.717/98 e os demais diplomas legais que se seguiram resultaram da competência prevista no artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal (...). Consoante dispõe o §1º deste artigo, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Pois bem. Cumpre perquirir se, no caso, o diploma federal ficou restrito a esses limites. (...) Constato, neste exame preliminar, que se adentrou não o campo do simples estabelecimento de normas gerais. (...) Deparo, assim, com quadro normativo federal que, à primeira vista, denota o extravasamento dos limites constitucionais, da autonomia própria, em se tratando de uma Federação. Uma coisa é o estabelecimento de normas gerais a serem observadas pelos Estados-Membros. Algo diverso é, a pretexto da edição dessas normas, a ingerência na administração dos Estados, quer sob o ângulo direto, quer sob o indireto, por meio de autarquias. (...) 4. Defiro a tutela antecipada para afastar, a partir deste momento, o óbice vislumbrado pela União ao repasse obrigatório da compensação previdenciária bem como, doravante, da exceção imposta a partir da Lei 9.717/98."
>
> (ACO 830/ PR – Ministro Relator Marco Aurélio, DJ de 04/05/2006).[24] [25]

22 Cf., a propósito, o julgamento das Apelações Cíveis n. 361561 e 344022, da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, sem falar na perda de objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2009 e 2055, ajuizadas contra a Lei Federal n. 9.717/1998, em virtude da superveniência da Emenda Constitucional n. 20/1998, que lhe teria garantido, segundo a Corte Suprema, suporte de validade ulterior, permitindo a respectiva recepção ao ordenamento jurídico nacional de forma (pretensamente) legítima, do que se infere que teria recebido o selo da validade jurídica.

23 Situação similar já veio a ser objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, que reputou estritamente federais preceitos contidos na Lei Federal n. 8.666/1993 (e alterações), a qual, a despeito de se autoproclamar provedora de normas gerais, acabou por descer à minúcia das especificidades (ADIn 927-3 – RS). Também a Lei Federal n. 10.887/2004, que veio a regulamentar justamente as alterações empreendidas na Constituição pelas Reformas da Previdência, deve ser interpretada, na parte em que supostamente regulamentaria os regimes próprios de previdência dos demais entes federativos, *cum granus salis*, distinguindo-se regras (em tese) nacionais daquelas estritamente direcionadas ao regime próprio previdenciário da União.

24 A medida liminar veio a ser referendada, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, no Referendo em Ação Cível Originária 830-1 – Paraná, Relator o Ministro Marco Aurélio, em sessão plenária de 29/10/2007, cuja ementa a seguir se transcreve:
"SEPARAÇÃO DE PODERES – PREVIDÊNCIA SOCIAL – AÇÃO CÍVEL ORIRINÁRIA – TUTELA ANTECIPADA. Surge relevante pedido voltado ao implemento da tutela antecipada quando estão em jogo competência concorrente e extravasamento do campo alusivo a normas gerais, considerada a previdência estadual."

25 No âmbito do Município do Rio de Janeiro, o Certificado de Regularidade Previdenciária veio a ser obtido mediante Medida Cautelar Inominada (através do processo n. 2006.02.01.003707-8), nos autos da ação judicial relativa ao processo n. 2004.51.01.011793-6, que corre perante a 26ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

O Supremo Tribunal Federal também se manifestou taxativamente a respeito da antiga Lei Orgânica da Previdência Social (Lei Federal n. 3.807/1960, com alterações impostas pela Lei Federal n. 5.890/1973), para negar-lhe sequer a condição de veiculadora de normas gerais, no v. acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário n. 87.932-RS, 2ª Turma, em julgamento unânime havido nos idos de 1979, com publicação em 14.09.1979, Relator o Ministro Décio Miranda, que assim se manifestou:

> "PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO E DOS ESTADOS. A LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, N. 3.807, DE 26.08.60, COM AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI N. 5.890, DE 8.6.1973, E DE LEIS ANTERIORES, NÃO É LEI DE NORMAS GERAIS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (CONSTITUIÇÃO, ART. 8º, XVII, "C"), MAS APENAS LEI PARTICULAR DA UNIÃO SOBRE SUA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONSEQUENTEMENTE, O ESTADO-MEMBRO NÃO ESTÁ ADSTRITO A PRINCÍPIOS CONSTANTES DA LOPS, NO TOCANTE AO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA QUE INSTIUTUA PARA SEUS SERVIDORES.

Na esteira de tais considerações, tampouco a Constituição legitima a Lei Federal n. 9.717/1998 a conferir ao administrador público federal a prerrogativa do controle e da supervisão de regimes próprios autônomos de outros entes federativos, ainda mais pela arrogante via sub-reptícia da cominação de pena pecuniária – o não repasse de verbas federais [26] – ao ente "infrator", com a criação, p.e., por decreto[27] e regulamentação , via portarias [28], de um Certificado de Regularidade Previdenciária destinado a compelir o Estado ou Município a se curvar a preceitos estritamente federais, e não nacionais.

Não é demasia lembrar que a Constituição da República só autoriza o controle externo dos entes autônomos pelas instituições constitucionais às quais atribui uma tal prerrogativa, *in casu*, aos Tribunais de Contas e, porque também tutores dos interesses coletivos e difusos, aos órgãos do Ministério Público.

8. CONCLUSÃO: O NICHO DE AUTONOMIA MUNICIPAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA – UM ESPAÇO A SER PRESERVADO

Neste viés, os Municípios, expressamente integrantes da Federação, devem preservar, diante de eventuais intromissões federais nas especificidades de seus regimes previdenciários próprios, a respectiva autonomia, consubstanciada, neste caso, na capacidade de auto-organização e de autolegislação em matéria de regimes próprios de previdência (artigo 40, *caput*, da CR), de interesse eminentemente local (artigo 30, inciso I, da CR), inclusive mediante receita própria: a contribuição previdenciária destinada a um tal específico desiderato (artigo 149, §1º, da CR).

Esta postura municipal serve como instrumento de tutela da própria forma federativa da República Brasileira, sob pena de degeneração para um Estado centralizado e totalitário, com aglutinação de competências – e mesmo de funções de poder – nas mãos da União e desrespeito aos vinte e sete Estados e aos milhares de Municípios legitimamente instituídos dentro de um regime democrático de direito.

Note-se que o núcleo essencial do pacto federativo se encontra rigidamente protegido contra a ação do constituinte reformador, e, com ainda mais razão, do legislador ordinário, e, com maior rigor ainda, do administrador público, não podendo atos normativos de segundo e terceiro graus – como meros decretos e portarias que, a pretexto de regulamentar, legislam – virem a afrontar a forma federativa do Estado Brasileiro que nem emendas constitucionais lograriam modificar.

Por isso, merece transcrição a singela ponderação de DALLARI, segundo o qual:

> No art. 1º da Constituição Federal está afirmado o princípio federativo. É como se o legislador constituinte quisesse advertir a todo e qualquer intérprete do texto constitucional que tudo quanto em seguida se prescreve está subordinado a tal princípio, que, obviamente, derrama sua eficácia sobre todas as normas de hierarquia inferior.

---

26 O artigo 7º da Lei Federal n. 9.717/1998 (e alterações) estabelece a suspensão de transferências voluntárias de recursos da União e de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais, entre outras medidas, em caso de inobservância a seus ditames, inclusive o que diz respeito a uma antifederativa e anti-isonômica *supervisão (?)* dos regimes próprios de previdência social pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (artigo 9º, I).

27 O Certificado de Regularidade Previdenciária veio a ser instituído através do Decreto Federal n. 3.788, de 11 de abril de 2001. Em prevalecendo na matéria o princípio da reserva legal, não haveria que se cogitar da edição de verdadeiros "decretos nacionais" capazes de subverter a autonomia dos entes federativos para o trato dos respectivos regimes previdenciários.

28 Atualmente, a Portaria MPS n. 204, de 10 de julho de 2008 (e alterações), é a que disciplina os requisitos necessários à emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária, pressupondo a anti-isonômica *supervisão*, pelo Ministério da Previdência Social, dos regimes de previdência próprios de todos os entes federativos que o tenham autonomamente organizado.

> Toda e qualquer norma jurídica disciplinadora de relações intergovernamentais deve ser interpretada em consonância com o princípio federativo.[29]

Em conclusão, pode-se asseverar que toda e qualquer norma previdenciária federal que se pretenda nacional deverá, a par do respeito ao pressuposto da compatibilidade material para com a Constituição da República, observar dois requisitos inafastáveis: i. quanto à forma: a reserva de lei (proscritos, aí, os regulamentos autônomos) e ii. quanto ao conteúdo: a generalidade da prescrição, sob pena de legitimar os entes estadual e municipal desrespeitados a repudiar a norma manifestamente inconstitucional pela inequívoca denúncia ao pacto tripartite da Federação Brasileira.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda D. Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 128.

ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CORREIA, Arícia. Intangibilidade do poder local: um ensaio jusfilosófico sobre a descentralização do poder como condição necessária ao exercício da democracia. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 17, p. 109-146, jan./dez. 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Lei estadual de concessões e legislação federal superveniente. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 11, p. 68, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Elementos de direito municipal*. São Paulo: RT, 1993.

FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERREIRA FILHO Manoel G. et al. *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Direito constitucional comparado*. Madrid: Revista do Ocidente, 1967. p. 18.

HAMILTOM, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Tradução de Maria Luíza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio federativo e mudança constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: RT, 1977.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2008.

RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão dos servidores públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. O Federalismo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral /do Estado do Rio de Janeiro/*, Rio de Janeiro, n.57, 2003.

TARR, G. Alan. O constitucionalismo americano e o governo local. *Revista de Administração Municipal*, ano 49, n. 247, maio/jun. 2004.

29 DALLARI, Adilson Abreu. Lei estadual de concessões e legislação federal superveniente. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 11, p. 68, 1995.

O princípio da Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo Brasileiro

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA[1]

SUMÁRIO: 1. Apresentação do tema; 2. Origem do princípio da proteção da confiança legítima; 3. Segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima: aproximações e diferenças; 4. A consagração do princípio da confiança legítima no ordenamento jurídico brasileiro; 5. Requisitos, limites e efeitos do princípio da confiança legítima; 6. Autotutela administrativa e o princípio da confiança legítima; 7. Teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*) no Direito Administrativo; 8. Poder normativo e o princípio da proteção da confiança legítima; 9. Conclusões.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Atualmente, os princípios jurídicos, expressos e implícitos, exercem papel fundamental na interpretação e aplicação do direito, tendo em vista a consagração do pós-positivismo ou neopositivismo.

Nesse contexto, a atuação estatal deve se coadunar com a constelação de regras e princípios previstos no ordenamento, não sendo suficiente o mero respeito à legalidade formal. O respeito à lei e ao direito é uma exigência do princípio da juridicidade.[2]

A necessidade constante de se proteger o administrado justificou a consagração no direito comparado do princípio da proteção da confiança legítima, apesar de variações em relação aos seus fundamentos jurídicos e às nomenclaturas utilizadas (*affidamento legitimo, legitimate expectations*, "proteção da confiança", "confiança legítima" etc).

---

1 Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ, do CURSO FORUM (RJ) e do CURSO SUPREMO (BH). Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e da Cândido Mendes. Consultor Jurídico.

2 Sobre o princípio da juridicidade, *vide* nosso trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

No direito comparado, o princípio da proteção da confiança vem sendo objeto de inúmeros estudos monográficos,[3] além de receber dignidade normativa em diversos textos legais, como será demonstrado a seguir.

O estudo do princípio da proteção da confiança legítima, embora embrionário no Brasil, tem sido objeto de estudos específicos nos últimos anos, notadamente a partir de estudos pioneiros do professor Almiro do Couto e Silva.[4]

Resumidamente, a noção de proteção da confiança legítima aparece como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e de atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários.

Geralmente invocado juntamente com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, o princípio da proteção da confiança possui características próprias que permitem destacá-lo dos demais princípios que gravitam no universo jurídico.

Neste trabalho, pretende-se analisar a origem, a noção, a aplicação e os limites do princípio em questão, bem como o seu diálogo com outros princípios afins.

2. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

O princípio da confiança legítima nasce e desenvolve-se na Alemanha após a II Guerra Mundial, notadamente a partir da jurisprudência dos tribunais.

Atrelado ao princípio da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), o princípio da confiança legítima (*Vertrauensschutz*) foi consagrado inicialmente no célebre caso da "viúva de Berlim", julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 14 de novembro de 1956.[5]

No referido caso, a viúva de um funcionário alemão, que residia na República Democrática Alemã, mudou-se para Berlim-ocidental, após ter recebido a informação, por meio de notificação oficial, de que, com a efetivação da referida mudança, receberia pensão do Estado. A pensão, no entanto, foi posteriormente retirada da viúva, sob o argumento de que a sua concessão descumpriu as normas vigentes. O Tribunal entendeu que, na hipótese, o princípio da legalidade deveria ceder espaço ao princípio da proteção da confiança legítima e que a viúva deveria continuar recebendo a pensão.

A peculiaridade do julgado, no entanto, está na superação da doutrina tradicional que limitava, eventualmente, os efeitos da anulação de atos administrativos para o futuro (*ex nunc*), quando esta limitação fosse necessária para a proteção do administrado, excepcionando a regra geral de que a retirada de atos ilegais do mundo jurídico opera efeitos *ex tunc*. No caso em tela, a decisão deixou de anular o ato ilegal para mantê-lo em vigor, com o respeito aos efeitos produzidos (o Estado permaneceu com a obrigação de pagar pensão à viúva), tendo em vista a prevalência do princípio da proteção da confiança legítima.[6]

Percebe-se, a partir do citado precedente, que, na origem, o princípio em comento foi utilizado para limitar a anulação dos atos administrativos que criavam benefícios aos particulares ("proteção da confiança *contra legem*").

Atualmente, o direito alemão consagra a proteção da confiança legítima nos §§ 48 e 49 da Lei de Procedimento Administrativo (*VwVfG*),[7] que determina que

3 Podem ser citados, por exemplo: GARCIA MACHO, Ricardo. Contenido y limites de la confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *REDA,* n. 56, p. 557 - , out./dez. 1987. (versão eletrônica); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *RAP*, n. 159, p. 173-206, set./dez. 2002.; CASTILLO BLANCO, Frederico. *La protección de confianza legítima en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004; GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas. 2001; CALMES, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et francais*. Paris: Dalloz, 2001.

4 *Vide*: SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

5 A decisão foi confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal em 25/10/57. Sobre o caso, *vide*: GARCIA MACHO, Ricardo. Contenido y limites de La confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *REDA,* n. 56, out./dez. 1987. (versão eletrônica). É importante notar que Garcia Luengo aponta para precedentes em relação ao princípio da confiança anteriores à II Guerra Mundial, mas não se pode negar que o desenvolvimento do princípio se fortalece com o Pós-Guerra. Nesse sentido: COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 36.

6 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 38.

7 Sobre o princípio da proteção à confiança no direito alemão, *vide*: MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed.

a extinção[8] dos atos administrativos pode ser total ou parcial, com efeitos retroativos (*ex tunc*) ou para o futuro (*ex nunc*), bem como pode gerar, em algumas hipóteses, direito do administrado ao ressarcimento.

Na Espanha, onde o debate doutrinário acerca do princípio é muito forte, o art. 3º, número 1, da Lei n. 4/99 (*Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común*)[9] consagrou expressamente o princípio da proteção.

No Direito Comunitário, o Tribunal de Justiça Europeu adotou de forma expressa o princípio da confiança legítima no caso *Lemmerz-Werke* (*sentencia de* 13/07/1965: *asunto* 111/1963).[10] A jurisprudência comunitária desenvolveu o princípio, notadamente na década de 70, que hoje é reconhecido como princípio integrante do ordenamento jurídico comunitário, apesar de não ter sido consagrado expressamente em Tratados.[11]

3. SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E CONFIANÇA LEGÍTIMA: APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS

O princípio da confiança legítima guarda estreita relação com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.[12]

São Paulo: Manole, 2006. p. 323 - .

8 Foi utilizado o termo genérico "extinção" para englobar as expressões retratação (ou retiro – *Rücknahme*) e revogação (*Widerruf*) que possuem significados distintos no direito alemão. A retratação pressupõe a existência de ato antijurídico (equivaleria à anulação no nosso ordenamento) e a revogação ocorre por razões de conveniência e de oportunidade. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 318-322.

9 "*Artículo 3. Principios generales.1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.* ***Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima***." (Grifo nosso). O princípio da segurança jurídica encontra-se previsto no art. 9.3 da Constituição espanhola.

10 SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 7, p. 96, jan./jun. 2000.

11 *Vide*: SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 7, p. 97, jan./jun. 2000; COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 91-94.

12 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 274, jul./set. 2004.; FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Direito público atual*: estudos em homenagem ao professor Nelson Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 300.

No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, essa tese é defendida na doutrina (Jesús González Pérez, Frederico Castillo Blanco, dentre outros)[13] e expressamente citada na Exposição de Motivos da Lei n. 4/99 (*Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común*).[14]

Não é fácil estabelecer uma linha divisória clara entre os três princípios, o que não impede, todavia, o apontamento de algumas distinções.

Em relação ao princípio da segurança jurídica, é lícito afirmar que este princípio possui conotação ampla que abrange a ideia de confiança legítima. Isto porque o princípio da segurança jurídica pode ser compreendido a partir de dois aspectos:[15] a) objetivo: estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), tendo em vista a necessidade de se respeitarem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB); b) subjetivo: proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais.

13 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 65; CASTILLO BLANCO, Frederico. *La protección de confianza legítima en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 97 - .

14 Transcreva-se o trecho retirado da Exposição de motivos: "En primer lugar, en el Título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente."

15 Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 273/274, jul./set. 2004.; FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34.

Não obstante o princípio da proteção da confiança esteja relacionado com o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, a sua importância gerou a necessidade de consagrá-lo como princípio autônomo, dotado de peculiaridades próprias.

Pedro José Jorge Coviello[16] sustenta que a segurança jurídica é um valor e possui caráter genérico, sendo lícita a sua invocação pelo Estado e pelos particulares. De outro lado, a confiança legítima se dirige ao particular para protegê-lo da atuação do Estado.

Da mesma forma, existe uma profunda aproximação entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima. Aliás, a ideia de proteção à confiança legítima foi introduzida em alguns países europeus (ex: Espanha e Itália) por meio do princípio da boa-fé.

Na Espanha, Jesús Gonzáles Pérez[17] demonstra a íntima ligação entre os dois princípios, geralmente aplicados concomitantemente pelos tribunais. Mesmo antes da sua consagração pelo ordenamento jurídico espanhol, a proteção da confiança dos particulares era efetivada pela jurisprudência por meio do princípio da boa-fé. Não há, segundo o autor, uma clara diferença entre os requisitos e os efeitos dos dois princípios.

O princípio da boa-fé tem sido considerado em duas acepções: a) objetiva: diz respeito à lealdade e à lisura da atuação dos particulares; e b) subjetiva: relaciona-se com o caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito.

Por esta razão, alguns autores[18] sustentam que a caracterização da confiança legítima depende necessariamente da boa-fé do particular, que acreditou nas expectativas geradas pela atuação estatal. Não seria lícito supor que determinado particular, por má-fé, sustente a confiança legítima para obstar a atuação estatal, sob pena de se beneficiar da própria torpeza. Ausente a boa-fé não há que se falar em confiança legítima, mas, sim, em "confiança ilegítima".

Não obstante a enorme dificuldade de diferenciação entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima, alguns autores procuram estabelecer diferenças pontuais. Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[19] entende que "o princípio da boa-fé deve estar presente do lado da Administração e do lado do administrado", uma vez que ambos devem atuar com lealdade e correção. Por outro lado, o princípio da confiança legítima protege a boa-fé do administrado.

4. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme assinalado anteriormente, o princípio da segurança jurídica, em virtude de sua amplitude, inclui na sua concepção a confiança legítima e a boa-fé.

Destarte, ainda que não exista norma constitucional que acolha expressamente o referido princípio, o seu fundamento constitucional implícito seria a própria cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB),[20] que pressupõe, necessariamente, a ideia de segurança jurídica.

Na legislação infraconstitucional, o princípio da segurança jurídica é mencionado no art. 2º da Lei n. 9.784/99,[21] que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

---

16 Nas palavras do autor: "*Ello marca una distinción importante con la seguridad jurídica. Ésta, por ser un valor, es genérica y abarca a todos los componentes de la vida comunitaria. Por lo tanto, nada impide que la invoque tanto el proprio Estado como el particular o administrado, sea la relación de derecho público como privado. La confianza legítima se sitúa, por el contrario, en la persona del particular – y no en el Estado – en su aspecto subjetivo y se orienta a protegerla frente al daño que le ocasiona la actuación estatal.*" COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 392.

17 Segundo o autor: "Antes de que se recibiera en nuestro Ordenamiento jurídico el principio de la confianza legítima, las situaciones jurídicas que éste trata de proteger habían quedado protegidas en general por la jurisprudencia aplicando el principio general de la buena fe. Y cuando acoge el principio da confianza legítima va a hacerlo – y sigue haciéndolo – invocando conjuntamente uno y otro." GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 64.

18 Pedro José Jorge Coviello leciona: "(…) la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular frente a la actuación de los poderes públicos, y que para su evaluación necesita la concurrencia de la buena fe de éste como componente insoslayable." COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 408.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. In: *Direito público atual*: estudos em homenagem ao professor Nelson Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 304.

20 Conforme lição de J. J. Gomes Canotilho: "*O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito*". CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

21 "Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência." (Grifo nosso)

É possível perceber o esforço da doutrina moderna em fundamentar a consagração e a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima a partir do princípio da segurança jurídica. A falta de menção expressa ao princípio da proteção da confiança nunca foi obstáculo para sua utilização.

Os esforços doutrinários foram recompensados recentemente com a consagração do princípio da confiança legítima na Lei n. 5.427, de 01 de abril de 2009,[22] que trata dos atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Todavia, como será demonstrado a seguir, o princípio da proteção da confiança ainda não foi consagrado definitivamente na jurisprudência pátria, que costuma invocar os princípios da segurança jurídica e da boa-fé para proteger as expectativas legítimas dos administrados.

Salienta-se, por oportuno, que a necessidade de proteção da confiança dos cidadãos se impõe a todos os atos estatais, provenientes do Executivo, Legislativo e Judiciário, independentemente da função exercida. O Estado, em sua totalidade, deve respeitar a segurança jurídica, o que implica o dever de zelar pela confiança gerada por seus atos aos particulares de boa-fé.

5. REQUISITOS, LIMITES E EFEITOS DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

A aplicação indiscriminada do princípio da proteção da confiança legítima acarreta, por certo, consequências indesejáveis ao Direito.

De fato, o princípio da irretroatividade das normas, consagrado no art. 5º, XXXVI, da CRFB, com a proteção de situações consolidadas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), bem como a proteção de expectativas legítimas satisfazem o ideal de estabilização jurídica.

No entanto, a ideia de irretroatividade não impede as inovações legislativas e a alteração de determinados regimes jurídicos. Não se pode pretender, como lembra Eduardo García de Enterría, a "petrificação ou congelamento do Direito".[23] Aliás, é da essência da atividade legislativa a inovação na ordem jurídica, assim como é natural que o Executivo implemente novas políticas públicas e altere a sistemática de determinados serviços para satisfazer as necessidades da coletividade (ex: concessão de gratuidades para determinados grupos sociais e aumento de tarifa em serviços públicos concedidos).

Desta forma, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima depende da ponderação com os demais princípios em colisão no caso concreto. Hartmut Maurer,[24] ao tratar da retratação de atos administrativos benéficos ilegais, demonstra que a hipótese revela um antagonismo entre o princípio em estudo e o princípio da legalidade que deve ser resolvido pelo método da ponderação.

A aplicação do princípio da proteção da confiança legítima, na linha defendida por Jesús González Pérez,[25] a partir da jurisprudência do contencioso administrativo do Tribunal Supremo Espanhol, depende da existência dos seguintes requisitos:

a) ato da Administração suficientemente conclusivo para gerar no administrado (afetado) confiança em um dos seguintes casos: a.1) confiança do afetado de que a Administração atua corretamente; a.2) confiança do afetado de que a sua conduta é lícita na relação jurídica que mantém com a Administração; ou a.3) confiança do afetado de que as suas expectativas são razoáveis;
b) presença de "signos externos", oriundos da atividade administrativa, que, independentemente do caráter vinculante, orientam o cidadão a adotar determinada conduta;
c) ato da Administração que reconhece ou constitui uma situação jurídica individualizada (ou que seja incorporado ao patrimônio jurídico de indivíduos determinados), cuja durabilidade seja confiável;
d) causa idônea para provocar a confiança do afetado (a confiança não pode ser gerada por mera negligência, ignorância ou tolerância da Administração);
e) cumprimento, pelo interessado, dos seus deveres e obrigações no caso.

Os requisitos conformadores do princípio apontam, no outro extremo, para situações em que a confiança legítima não estará presente e, por isso, não será protegi-

22 "Art. 2º. O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, *proteção da confiança legítima* e interesse público." (Grifo nosso).

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *RAP*, n. 159, p. 182, set./dez. 2002.

24 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*, 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 323-324.

25 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 69-74.

da. Em outras palavras, existem requisitos negativos ou, como é mais adequado, limites de aplicação do princípio, que podem ser enumerados da seguinte forma:

a) não se pode falar em confiança legítima nas hipóteses de má-fé do administrado. Para que a confiança seja legítima é essencial, como já assinalado, a boa-fé do administrado. Não se pode conceber a existência de expectativas legítimas em relação ao administrado que atua com má-fé, hipótese contrária ao direito. Vale, aqui, o princípio segundo o qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Ao tratar do princípio da proteção da confiança, Pedro José Jorge Coviello[26] assinala que "*la buena fe es su componente esencial y prácticamente liminar, puesto que sin ella no es procedente invocarla*". O administrado não pode atuar (ex: prestar informações falsas ou concorrer para prática de ilegalidade, com o intuito de beneficiar a si próprio ou terceiros) ou se omitir (ex: não prestar as informações relevantes e necessárias para correta decisão administrativa) com o propósito de enganar o Poder Público.
b) não pode existir mera expectativa de direito por parte do administrado. É verdade que o princípio da proteção da confiança não se resume às hipóteses em que exista direito adquirido do administrado, caso específico protegido expressamente pelo art. 5º, XXXVI, da CRFB. O princípio em tela tem uma elasticidade maior e alcança as situações ainda não consolidadas no patrimônio do particular. Isto não quer dizer que a simples expectativa do particular em relação à determinada atuação administrativa seja suficiente para invocação do princípio. É essencial que a expectativa seja "qualificada", o que depende da presença dos requisitos elencados anteriormente.

É muito amplo o campo de incidência do princípio da confiança legítima. No direito comparado e no direito brasileiro, o princípio tem sido aplicado com diversas finalidades, tais como:[27] limitação ao exercício da autotutela administrativa, garantia de tratamento igualitário entre os administrados, fixação de regras transitórias (ou outras medidas) para promoção de alterações normativas e ressarcimento por frustração das expectativas legítimas.

Os efeitos extraídos do princípio da proteção da confiança legítima podem ser divididos em dois grupos:

a) efeitos negativos ou de abstenção: o Poder Público deve se abster de adotar atos administrativos restritivos ou ablativos (ex: limitação do poder de autotutela administrativa; impossibilidade de fixação de sanção administrativa etc) e
b) positivos: o Poder Público tem o dever de editar atos administrativos benéficos que reconheçam ou ampliem os direitos dos administrados (ex: dever de nomeação em concurso público aos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital; dever de conceder autorização para exercício de determinadas atividades quando o beneficiário se encontra na mesma situação fático-jurídica dos demais autorizatários; responsabilidade civil decorrente dos atos editados por agente público de fato putativo;[28] dever de pagamento dos valores decorrentes de contratos administrativos verbais;[29] etc), bem como o dever de ressarcir os administrados que tiveram a confiança violada (ex: revogação de permissão de uso qualificada ou condicionada, antes do prazo estipulado, acarreta direito à indenização ao permissionário).

Nesse contexto, em ambos os efeitos (negativos e positivos), o princípio da confiança funciona como um mecanismo de redução da discricionariedade do administrador. Em algumas hipóteses, é possível conceber a redução total da discricionariedade ("redução da discricionariedade a zero")[30], quando as diversas possibi-

26 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 402.

27 Vide: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 74-81; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 277-278. jul./set. 2004.

28 Lembra-se que o agente público de fato putativo é aquele que não possui vínculo formal e legítimo com o Estado, mas que aparenta ser um agente de direito em relação aos administrados de boa-fé.

29 O art. 60, parágrafo único da Lei n. 8.666/93 afirma que, em regra, o contrato administrativo verbal é "nulo e de nenhum efeito". Todavia, a doutrina e a jurisprudência reconhecem o direito do contratado ao recebimento dos valores acordados com fundamento nos princípios da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa. Vide, por exemplo: STJ, REsp n. 317.463/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 03/05/04, p. 126.

30 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 169-170.

lidades de escolhas colocadas pela norma, em abstrato, são reduzidas, tendo em vista as condições jurídicas em jogo, de modo a se retirar, na hipótese concreta, a discricionariedade do administrador.

O STJ, em decisões reiteradas,[31] afirmou que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do concurso teriam direito à nomeação e posse. Isto porque a veiculação (promessa legítima), em edital, do número de vagas faz com que a nomeação e a posse, que, em princípio, seriam atos discricionários, transformem-se em atos vinculados, gerando, em consequência, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital.

Na hipótese acima, o STJ, apesar de não ter feito menção expressa, utilizou-se da confiança legítima para limitar a discricionariedade do administrador, transformando-a em atuação vinculada. Em consequência, a confiança legítima pode ser utilizada como importante fator de efetivação do princípio da igualdade nas hipóteses em que a atuação do Poder Público gerar confiança legítima aos administrados que se beneficiarão de determinados atos administrativos.

Imagine, por exemplo, a hipótese em que o Poder Público promete deduções fiscais e autorizações de funcionamento para empresas que atuam em determinado segmento empresarial com o objetivo de desenvolver a região. Confiante na promessa sólida do Poder Público, uma empresa faz investimentos importantes na região e requer os benefícios prometidos. Não poderia o Poder Público se negar a conceder tais benefícios, sob o argumento de que desistiu de desenvolver a região, pois esta conduta contraria a confiança legítima.

6. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Conforme mencionado anteriormente, o princípio da confiança legítima foi inicialmente utilizado no exercício da autotutela administrativa, tanto para os casos de anulação, quanto para as hipóteses de revogação.

Na anulação, o controlador realizará a ponderação de interesses para resolver o conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção da confiança. Já na revogação de atos legais, mas inconvenientes ou inoportunos, o citado conflito não ocorre e o princípio da proteção da confiança se apoia no princípio da legalidade.[32]

O exercício da prerrogativa da autotutela administrativa deve ser limitado no tempo por razões de segurança jurídica, bem como pela confiança legítima dos administrados gerada pela presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos.[33]

Por esta razão, o art. 54 da Lei n. 9.784/99,[34] que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública anule os seus atos administrativos que gerem efeitos favoráveis ao administrado. Quanto aos atos restritivos ou ablativos, o prazo decadencial não tem incidência.

Ressalta-se que as normas sobre processo administrativo são elaboradas autonomamente por cada Ente federado, ausente a competência da União para elaboração de normas gerais nessa matéria. Nesse sentido, a Lei n. 9.784/99 aplica-se exclusivamente em âmbito federal, não se estendendo aos demais Entes.[35]

---

31 STJ, MS n. 10381/DF, Rel. Min. Nilson Naves, Terceira Seção, DJe 24/04/09; RMS n. 19.478/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 25/08/08; RMS n. 15.420/PR, Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJe 19/05/2008; RMS n. 20.718/SP, Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJe 03/03/2008. O STF adotou o mesmo entendimento recentemente (Informativo de Jurisprudência do STF n. 520).

32 Essa é a lição de Hartmut Maurer: "o princípio da proteção à confiança entra na revogação de atos administrativos beneficentes ainda mais fortemente no primeiro plano do que na retratação de atos administrativos beneficentes. Ele agora não mais se põe em antagonismo com o princípio da legalidade, mas une-se com ele e é por ele apoiado." MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 342. Lembra-se que retratação citada pelo autor equivale à anulação no Direito Administrativo brasileiro.

33 No Direito francês, por exemplo, a autotutela administrativa foi inicialmente delimitada pelo Conselho de Estado quando do julgamento do caso *Dame Cachet* em 03/11/1922, quando se fixou o prazo de dois meses para a Administração anular os seus atos administrativos irregulares que criavam direitos (tratava-se do mesmo prazo para interposição de recurso à justiça administrativa). É importante notar, todavia, que a jurisprudência foi alterada no julgamento do caso *Ternon*, de 26/10/01, quando se afirmou que o prazo para anulação (*retrait*) de atos administrativos individuais e benéficos seria de quatro meses. LONG, M. et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 854-865.

34 "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."

35 Nesse sentido: SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 311, jul./set. 2004.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de

É importante notar que o STJ firmou o entendimento de que, em relação aos atos praticados antes da Lei n. 9.784/99, o termo inicial do prazo decadencial seria a data da entrada em vigor da referida norma, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei.[36] O problema desta interpretação do STJ, caso levada ao extremo, é considerar ilimitado (no tempo) o poder de anulação de atos administrativos quando ausente norma legal específica que estabeleça prazo decadencial de maneira expressa, o que contrariaria o princípio da segurança jurídica.

Desta forma, é preferível defender a tese de que a Administração Pública, mesmo sem norma legal específica, encontra-se limitada no seu poder de anulação de atos ilegais, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Para efetivação desses princípios, deve-se buscar analogicamente o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos.

Em virtude da autonomia do Direito Administrativo, a analogia deve ser feita com a legislação que trata das normas jurídicas administrativas, envolvendo a relação entre a Administração e o administrado, não sendo adequada, portanto, a utilização do Código Civil como parâmetro.[37] A legislação administrativa fixa, normalmente, os prazos de prescrição e de decadência em 5 anos (ex: art. 1º da Lei n. 9.873/99; arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei n. 4.117/65; art. 23, I, da Lei n. 8.429/92; art. 28 da Lei n. 8.884/94; Dec. n. 29.910/32, etc.). Em consequência, na ausência de norma legal específica, deve ser considerado o prazo decadencial de 5 anos para anulação de atos administrativos.[38]

Não exercida a prerrogativa da autotutela no prazo legal, opera-se a decadência administrativa.[39] Isto quer dizer que a Administração Pública perde o direito de anular os atos favoráveis ao particular, ainda que ilegais.

A exceção se dá em relação aos atos ilegais quando configurada a má-fé do administrado, na forma da ressalva contida no art. 54 da Lei n. 9.784/99. Conforme mencionado anteriormente, o pressuposto da decadência administrativa é a boa-fé do administrado.[40] É evidente que o administrado, que age com o propósito de enganar a Administração para obter vantagem indevida, não pode invocar a "confiança legítima" para pretender a permanência do ato administrativo.

Há controvérsia doutrinária no tocante à caracterização da mencionada má-fé. É razoável supor que a intenção do legislador, apesar da ausência de clareza da norma, é impedir a decadência quando houver má-fé do administrado, e não do administrador. Isto porque a ilegalidade do ato, que pode compreender a atuação imoral do administrador, não pode prejudicar o particular de boa-fé. Trata-se de uma norma protetiva da confiança legítima do particular.[41]

Existem hipóteses de extrema complexidade para caracterização da boa-fé, notadamente quando o administrado, sem contribuir para edição do ato administrativo, conhece a ilegalidade ou não tem conhecimento por grave negligência.

Após afirmar que no direito alemão essas hipóteses excluem a proteção da confiança, Almiro do Couto e Silva[42] sustenta que elas não são suficientes para o

Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 934. No entanto, o STJ admite a aplicação, por analogia, da Lei n. 9.784/99 aos demais Entes federados que não possuem legislação específica (RMS 21.070-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 14/12/09. *Vide*: Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 416).

36 Nesse sentido: MS n.s 9.112/DF, Rel. Min. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14/11/05, p. 174.

37 O art. 205 do Código Civil prevê: "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor."

38 Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.590; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 684; BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n. 9.873/99. In: *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I, p. 506-510.

39 Não se trata, pois, de perda da pretensão (prescrição administrativa), mas, sim, do próprio direito de anulação do ato ilegal.

40 Nesse sentido: FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As Leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 304, jul./set. 2004. Em sentido contrário, Weida Zancaner defende a observância do prazo de 10 anos, previsto no art. 205 do CC, quando verificada a má-fé do destinatário. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 79.

41 Nesse sentido: SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 304-305, jul./set. 2004. Em sentido diverso, Juarez Freitas sustenta que a má-fé em geral (seja do administrado, seja do administrador) afastaria o prazo decadencial de cinco anos. FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As Leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100.

42 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 305-306, jul./set. 2004.

afastamento do princípio da proteção da confiança, mormente quando analisada a jurisprudência dos nossos tribunais (ex: manutenção de atos ilegais nos casos de constatação de equívocos curriculares de alunos de estabelecimento de ensino superior, após anos de estudos e da expedição de diploma).

Todavia, ainda que a questão dependa da análise das circunstâncias específicas de cada caso concreto, parece mais adequada a caracterização da má-fé quando o administrado conhece a ilegalidade ou deveria conhecê-la. Aplica-se, no caso, a denominada teoria da evidência que afirma a impossibilidade de convalidação de vícios manifestos (evidentes) e graves, assim considerados aqueles que não suscitam discordância quando da edição do ato e dispensam conhecimento técnico de profissionais do Direito para sua caracterização.[43]

Essa foi a solução adotada pelo art. 53, §2º, da Lei n. 5.427/09 (Lei do Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro), que dispõe: "Sem prejuízo da ponderação de outros fatores, considera-se de má-fé o indivíduo que, analisadas as circunstâncias do caso, tinha ou devia ter consciência da ilegalidade do ato praticado."

Além da má-fé, existe outro limite para a convalidação dos atos administrativos viciados ou irregulares, sendo necessário, para sua compreensão, relembrar a distinção que prevalece no Direito Administrativo pátrio entre atos nulos e anuláveis. Os atos nulos são aqueles que apresentam vícios graves (insanáveis) e os atos anuláveis possuem vícios sanáveis.[44]

Os vícios sanáveis, na opinião de José dos Santos Carvalho Filho,[45] são os relacionados à competência, à forma (inclusive vícios no procedimento administrativo) e ao objeto, quando este último for plúrimo (quando o ato possuir mais de um objeto). Por outro lado, os vícios insanáveis dizem respeito ao motivo, ao objeto (quando único), à finalidade e à falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato.

Além dos vícios sanáveis, a convalidação pressupõe a inexistência de lesão ao interesse público, bem como a ausência de prejuízos a terceiros, conforme dispõe o art. 55 da Lei n. 9.784/99 ("Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração").[46]

Em resumo, não será possível a convalidação por vontade da Administração nas seguintes hipóteses: a) má-fé do administrado; b) vícios insanáveis; c) lesão ao interesse público; d) prejuízos a terceiros.

Cabe ao administrador, diante das situações específicas, ponderar os interesses em conflito, com auxílio do princípio da proporcionalidade, para concluir pela convalidação ou necessidade de anulação do ato administrativo ilegal.

É oportuno registrar a possibilidade de declaração de nulidade parcial ou, em outros termos, de convalidação parcial quando esta medida for necessária à efetiva proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa-fé do administrado. No processo decisório, o administrador, após o processo de ponderação, pode concluir pela declaração de nulidade do ato ilegal, mas com a necessidade de modulação dos efeitos temporais desta declaração.

Assim, ao invés de se aplicar a regra geral e declarar nulo o ato desde a sua origem (*ex tunc*), o administrador pode aplicar efeitos não retroativos (*ex nunc*) ou, ainda, determinar que a nulidade só produzirá efeitos em momento futuro.

---

43 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 242.

44 Veja, por exemplo: FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As leis do processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100-104. Weida Zancaner distingue os atos administrativos em convalidáveis e inconvalidáveis. ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85- .

45 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 158-160. O autor elenca três formas de convalidação: a) ratificação: corrige vícios de competência e de forma; b) reforma: o novo ato suprime a parte inválida do ato anterior e mantém a sua parte válida; e c) conversão: é a reforma com o acréscimo de conteúdo ao ato anterior (nesse caso, o administrador mantém a parte válida do ato anterior e substitui a parte inválida por outra nova). Essas espécies (e nomenclaturas) de convalidação foram acolhidas pelo art. 52, parágrafo único, da Lei n. 5.427/09 do Estado do Rio de Janeiro que dispõe: "Admite-se convalidação voluntária, em especial, nas seguintes hipóteses: I. vícios de competência, mediante ratificação da autoridade competente; II. vício de objeto, quando plúrimo, mediante conversão ou reforma; III. quando, independentemente do vício apurado, se constatar que a invalidação do ato trará mais prejuízos ao interesse público do que a sua manutenção, conforme decisão plenamente motivada".

46 No mesmo sentido dispõe o art. 52 da Lei estadual n. 5.427/09 (Lei do Processo administrativo do Estado do Rio de Janeiro): "Art. 52. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração."

A modulação dos efeitos na decisão proferida em sede de controle de legalidade (*rectius*: juridicidade) do ato administrativo é uma possibilidade que decorre da própria necessidade de ponderação dos interesses em jogo. Ademais, a sua efetivação, hoje, pode ser justificada a partir da aplicação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99,[47] que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

No Estado do Rio de Janeiro, o art. 53, §3º, da Lei n. 5.427/09, ao tratar do processo administrativo estadual, estabelece, de forma categórica, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão proferida na autotutela administrativa.[48]

Na norma que consagra a decadência administrativa, o legislador já procedeu à ponderação de interesses (ponderação em abstrato) para fixar o prazo máximo dentro do qual a Administração deverá anular os atos administrativos ilegais. Neste caso, o legislador optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da legalidade. Trata-se da denominada convalidação involuntária do ato administrativo, uma vez que o vício foi superado pelo decurso do tempo, e não necessariamente pela vontade (ao menos expressa) do administrador.

Todavia, o exercício da autotutela administrativa dentro do prazo quinquenal não afasta a necessidade de realização da ponderação de interesses por parte da Administração. No conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica (e o da confiança legítima), a solução dependerá das circunstâncias de cada caso ("ponderação em concreto"). Caso a Administração decida pela permanência do ato ilegal no mundo jurídico e/ou respeite os efeitos por ele produzidos, teremos a convalidação voluntária do ato administrativo que deverá ser necessariamente motivada.

47 "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

48 "Art. 53. (...) §3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado."

A jurisprudência dos nossos tribunais utiliza-se frequentemente do princípio da segurança jurídica e, mais recentemente (com alguma timidez), do princípio da confiança legítima, para limitar a autotutela administrativa e resguardar os efeitos dos atos ilegais que beneficiam particulares.

O STJ,[49] por exemplo, com fundamento na segurança jurídica, convalidou atos de nomeação de agentes públicos que não foram precedidos de concurso público, conforme ementa abaixo colacionada:

> "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.
>
> (...)
>
> 6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembleia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II, da Constituição Federal, é induvidosamente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.
>
> 7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.
>
> 8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias."

O Supremo Tribunal Federal,[50] com fundamento nos princípios da proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa-fé, acolheu mandado de segurança para se manter a validade das contratações, sem concurso público, de empregados da INFRAERO, na forma da ementa a seguir transcrita:

49 STJ, RMS n. 25.652/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 13/10/08 (Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 368). No mesmo sentido: RMS n. 24.339/TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 17/11/08 (Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 374).

50 STF, MS n. 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ 05/11/04, p. 6 (Informativo de Jurisprudência do STF, n. 349).

"Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido".

7. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*) NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A proteção da confiança do administrado por meio da exigência de atuação leal e coerente do Estado ocorre, ainda, a partir da teoria dos atos próprios que é aplicável, modernamente, ao Direito Administrativo.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que alguns autores, como Luis Mª Díez-Picazo,[51] procuram estabelecer diferenças pontuais entre a teoria dos atos próprios e a teoria dos precedentes administrativos, não obstante a coincidência dos fundamentos jurídicos (princípio da igualdade, da boa-fé, da segurança jurídica e da confiança legítima). Enquanto a teoria dos atos próprios constitui uma técnica que opera dentro de uma mesma relação jurídica, a teoria dos precedentes administrativos é aplicada em relações jurídicas distintas. O administrado que invoca o precedente não é o mesmo administrado em relação ao qual o precedente foi produzido.

Entretanto, na pertinente ponderação de Alexandre Santos de Aragão,[52] as diferenças entre a teoria dos atos próprios e a teoria dos precedentes administrativos não podem ser consideradas de forma absoluta, notadamente pelo fato de que os fundamentos principiológicos e os efeitos dessas teorias são identicos. Em razão disso, o autor prefere utilizar a nomenclatura mais abrangente "teoria das autolimitações administrativas", que engloba as duas teorias em comento.

No presente trabalho a opção pela utilização da expressão "teoria dos atos próprios" justifica-se pelo fato de ser uma teoria consagrada na doutrina, sem desconhecer, contudo, a importância crescente da teoria dos precedentes administrativos.

A Teoria dos atos próprios possui três requisitos:[53]

a) identidade subjetiva e objetiva: o ato anterior e o ato posterior emanam da mesma Administração Pública[54] e são produzidos no âmbito da mesma relação jurídica;
b) a conduta anterior é válida e unívoca, capaz de gerar a confiança (expectativa legítima) na outra parte da relação jurídica; e
c) atuação contraditória: incompatibilidade do ato posterior com o ato anterior.

51 DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*, n. 98, p. 9, 16, mayo/ago. 1982. Após afirmar que a doutrina dos atos próprios incide dentro de uma mesma relação jurídica, conclui o autor: "*Por el contrario, cuando hablamos del precedente administrativo, aludimos por definición a relaciones jurídicas distintas. Es evidente que nos referimos a lo que sucedió en un caso anterior, en una relación jurídica precedente. Además, a diferencia de lo que sucede en materia de actos propios, quien alega el precedente no suele ser la misma persona con respecto a la cual dicho precedente se produjo; es más, como se ha visto, si es la misma persona, se plantea un problema de aplicación del principio de igualdad.*" Da mesma forma, José Ortiz Díaz, em artigo datado de 1957, afirma que a teoria dos atos próprios pressupõe uma "íntima relação de causa e efeito" entre o ato anterior e o posterior. Na teoria dos precedentes não existe necessariamente essa relação entre os dois atos. ORTIZ DÍAZ, José. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública* n. 24, p. 92, set./dez. 1957.

52 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 234, out./dez., 2006.

53 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 412; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 226-244; Héctor Mairal aponta, ainda, um quarto requisito: a inexistência de norma que autorize a atuação contraditória. MAIRAL, Hector A. *La doctrina de los proprios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 6-7.

54 Não pode haver contradição entre as atuações de órgãos distintos, integrantes da mesma entidade administrativa. Todavia, a aplicação da teoria em relação aos atos de entidades administrativas distintas, com personalidade jurídica própria, seria, em princípio, vedada, tendo em vista a ausência de relação hierárquica. Sobre as inúmeras questões envolvendo o requisito da identidade subjetiva, *vide*: LÓPEZ RODÓ, Laureano. Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohibe ir contra los Propios actos. *Revista de Administración Pública*, n. 9, p. 11-53, set./dez. 1952.

Em princípio, alerta Jesús González Pérez,[55] não há requisito temporal para aplicação da teoria dos atos próprios, bastando a permanência das circunstâncias que ensejaram a conduta anterior vinculante. Nada obsta, todavia, que a conduta anterior esteja relacionada, expressa ou implicitamente, a determinado prazo que, uma vez transcorrido, afastaria a teoria dos atos próprios.

O principal efeito da teoria dos atos próprios é impedir toda e qualquer atuação contrária à conduta administrativa anterior e vinculante.[56] A partir dos requisitos arrolados anteriormente, verifica-se que a teoria dos atos próprios encontra fundamento no princípio da confiança legítima, mas com ela não se confunde, como será analisado a seguir.

Em primeiro lugar, assinala Jesús González Pérez[57] que a teoria dos atos próprios pressupõe a legalidade do ato anterior vinculante.

Não é possível, portanto, a invocação da teoria dos atos próprios para se limitar o exercício da autotutela administrativa quando a Administração Pública, por exemplo, pretende anular determinado ato ilegal.[58]

Ao revés, o princípio da proteção da confiança legítima tem aplicação na hipótese de atos inválidos. Aliás, relembra-se que o princípio limita e condiciona o exercício do dever de anulação dos atos administrativos ilegais.

A presente diferenciação entre a teoria dos atos próprios e o princípio da confiança legítima é demonstrada, com clareza, por Pedro José Jorge Coviello:[59] "*Un elemento fundamental para habilitar la aplicación de la doctrina de los propios actos es que la conducta o acto iniciales sean válidos. En la confianza legítima, el acto o conducta pueden ser inválidos, pero la protección igual puede tener eficacia*".

Em segundo lugar, a teoria dos atos próprios tem aplicação no âmbito da mesma relação jurídica.[60] A contradição é verificada em uma relação jurídica concreta (entre partes determinadas), e não no âmbito de uma relação jurídica genérica entre o administrado e o Estado. Desse modo, no caso de um contrato administrativo, a discussão quanto à atuação de uma das partes contratantes que gerou confiança na outra parte será resolvida, eventualmente, por meio da teoria dos atos próprios. Por outro lado, o princípio da confiança legítima será observado se o citado contrato for anulado e se a parte contratante afetada estiver de boa-fé.[61]

O STJ,[62] com fundamento na teoria dos atos próprios (*nemo potest venire contra factum proprium*), limitou o poder de anulação (autotutela) de contratos de promessas de compra e venda de lotes de imóvel municipal, celebrados por determinado Município. A pretensão de anulação dos contratos por parte do Poder Público municipal fundava-se na impossibilidade de regularização dos lotes. A decisão judicial concluiu pela necessidade de manutenção dos contratos e regularização dos lotes, pois a anulação geraria prejuízos aos particulares (adquirentes) que confiaram na regularidade do procedimento. Transcreve-se a ementa do julgado:

> "LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS. – TENDO O MUNICÍPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTA PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79. – A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PRÓPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO".

55 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 226-244.

56 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 226-244.

57 O autor afirma que a doutrina dos atos próprios "*presupone asimismo la eficacia jurídica de la conducta vinculante, una conducta formada por actos que sean jurídicamente eficaces y válidos – y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos*". GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 220.

58 Essa é a lição de Eduardo Garcia de Enterría: "Tras de todo lo cual creo que puede establecerse firmemente que el principio de los actos propios no puede ser invocado, ni como fundameno, ni siquiera como motivo lejano, que justifique de alguna manera la insitución del recurso de lesividad, el régimen de revocación de los actos administrativos que lleva parejo, o cualquiera de sus particularidades dogmáicas o positivas." GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad. *Revista de Administración Pública*. n. 20, p. 77, mayo/ago. 1956.

59 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 414.

60 Nesse sentido: DÍEZ-PICAZO, Luis María. La doctrina del precedente administrativo. *Revista de Administración Pública,* n. 98, p. 16, mayo/ago. 1982. COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 415.

61 COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 416.

62 REsp n. 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 22/06/98, p. 90.

É lícito afirmar que a teoria dos atos próprios pressupõe, necessariamente, a existência da confiança legítima, mas a recíproca não é verdadeira. O princípio da proteção da confiança legítima tem acepção abrangente que não se restringe à teoria dos atos próprios.

8. PODER NORMATIVO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

A estabilidade das relações jurídicas, frise-se mais uma vez, possui caráter relativo, pois o direito deve adaptar-se às alterações sociais, econômicas e políticas. Trata-se de uma ideia antiga, consagrada, por exemplo, no art. 28 da Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão (segunda versão de 1793), ao proclamar que "uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras", bem como no pensamento de Thomas Jeferson no sentido de se evitar o "governo dos mortos sobre os vivos".[63]

Os princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé não pretendem petrificar o direito, mas, sim, obstar as alterações jurídicas (inclusive normativas) brutais e inesperadas que aniquilam a confiança dos administrados em relação às promessas estatais e às consequências de determinadas relações jurídicas. Nesse sentido, o princípio da confiança legítima funciona como um mecanismo limitador da retroatividade dos atos normativos, com destaque, no presente estudo, para as normas regulamentares editadas pela Administração.

A velocidade dos câmbios normativos e a própria descentralização normativa acarretam, por si só, certa instabilidade jurídica.[64] Eduardo García de Enterría sustenta que a inflação legislativa e regulamentar afeta um valor substancial da vida: a segurança jurídica. As alterações legislativas são tão delirantes que afetam a máxima consagrada em vários países, segundo a qual "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" (art. 3º da LICC). Tal máxima soa quase como um sarcasmo, pois, por mais qualificado que seja o jurista, é impossível exigir que as pessoas conheçam todas as leis que inundam o ordenamento jurídico.[65]

Percebe-se que a principal justificativa para a existência das leis – garantir estabilidade às relações sociais e, portanto, segurança jurídica – acabou sendo subvertida na prática. O legalismo exagerado gerou insegurança jurídica e aniquilou os ideais positivistas, razão pela qual, hoje, os princípios gerais de Direito, condensadores éticos de justiça e imunes à fugacidade da lei, são considerados fundamentais para a compreensão da ordem jurídica.[66]

No direito comunitário, a limitação à retroatividade normativa é aceita a partir do princípio da proteção da confiança legítima. Sob a influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a jurisprudência comunitária diferencia dois tipos de retroatividade: a) retroatividade autêntica (própria, real ou verdadeira) e b) retroatividade aparente (imprópria, falsa ou quase retroatividade).

Na retroatividade autêntica, a norma possui efeitos retroativos e alcança os fatos iniciados e finalizados no passado. Ao revés, na retroatividade aparente, a norma produz efeitos para o futuro, mas alcança, também, as relações jurídicas que se iniciaram no passado e que ainda estão em andamento.

Não se pode deixar de mencionar a existência de outras classificações em relação à retroatividade dos atos jurídicos em geral, com destaque para a classificação que aponta três tipos de retroatividade.[67] A retroatividade dos atos pode ser classificada em: a) grau máximo: a lei nova é aplicada às relações instituídas sob o manto do ordenamento anterior, incluídos os efeitos já produzidos; b) grau médio: a nova norma é aplicada aos fatos anteriores, com exceção dos efeitos já consumados (os efeitos pendentes se submeterão à nova norma); e c) grau mínimo: a lei se aplica aos efeitos futuros das relações jurídicas já constituídas. O STF,[68] em acórdãos da relatoria do ex-Ministro Moreira Alves, consagrou essa classificação em alguns julgados e admite, em princípio, apenas a retroatividade mínima.

---

63 *Vide*: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 66-68.

64 *Vide*: BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005.

65 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000. p. 49.

66 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000. p. 103-104.

67 GARÍN, Beatriz Belando. *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 2008. p. 28-29. Na visão da autora, a irretroatividade de disposições sancionatórias ou restritivas, consagrada no art. 9.3 da Constituição Espanhola, abrange a retroatividade máxima.

68 *Vide*, por exemplo: STF, AI 258337 AgR/MG, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 04/08/2000, p. 27; RE n. 140499/GO, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 09/09/94, p. 23444.

O direito comunitário tem rejeitado, em regra, a retroatividade autêntica e admitido a retroatividade aparente.[69]

Nada obstante, a retroatividade aparente também tem sido restringida em razão do princípio da confiança legítima. Isto porque, consoante já assinalado, o referido princípio é mais abrangente que o princípio da irretroatividade das normas, não se restringindo tão somente à proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, mas se aplicando também na proteção das expectativas legítimas dos administrados.

É preciso que as normas jurídicas, ainda que aplicadas para o futuro, não afetem, de maneira imprevisível, as situações jurídicas iniciadas no passado e ainda não terminadas, em especial aquelas que são duradouras e de trato sucessivo. Imagine-se, por exemplo, a transição de regime jurídico dos servidores públicos estatutários e as relações contratuais que são afetadas pela alteração da legislação.

Por essa razão, o Tribunal de Justiça europeu tem apontado uma série de medidas para assegurar a previsibilidade das normas com retroatividade aparente. Iñigo Sanz Rubiales[70] assinala que as medidas possuem caráter normativo (previsão de disposições transitórias ou de uma *vacatio legis* razoável para que os administrados tenham tempo suficiente de se prepararem para a nova normatização) e não normativo (utilização pelo Poder Público dos meios de informação – ex: imprensa – para comunicar aos administrados da intenção de alteração da legislação, dentre outras possibilidades).

Os tribunais brasileiros não se utilizam, em regra, do princípio da proteção da confiança legítima para decidirem questões relacionadas com a sucessão de normas no tempo. A jurisprudência nacional utiliza-se, normalmente, do princípio da irretroatividade da norma (art. 5º, XXXVI, da CRFB) para determinar que a lei nova só tem incidência para o futuro, não alcançando as relações em curso.

O STJ,[71] por exemplo, já afirmou que a lei nova relativa à correção monetária não incide sobre os contratos em curso. No mesmo sentido, decidiu o STF[72] pela impossibilidade de aplicação da lei nova aos contratos em curso, tendo em vista o ato jurídico perfeito.

Nas situações acima, os tribunais, com fundamento no tradicional princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da CRFB), protegeram a confiança legítima dos administrados, mas as decisões comentadas não fizeram qualquer menção ao princípio da confiança legítima.

Existem, todavia, hipóteses em que a confiança legítima dos administrados não é protegida adequadamente pela jurisprudência pátria. Cita-se, por exemplo, o entendimento consagrado pelo STF[73] no tocante ao regime de aposentadoria dos servidores públicos. A concessão da aposentadoria, segundo a Corte, depende do preenchimento dos requisitos vigentes à época do pedido, sendo aplicáveis as novas normas aos servidores que ainda não completaram o período aquisitivo da aposentadoria.

O entendimento jurisprudencial pode gerar insegurança e frustrar as expectativas dos servidores públicos. Imagine a hipótese em que falta um ano para o servidor completar o período aquisitivo da aposentadoria, mas é promulgada nova legislação ampliando o requisito temporal (de idade e de contribuição) para concessão de novas aposentadorias. Caso o legislador não estabeleça regras de transição, o servidor, na situação em comento, ficaria desprotegido. Daí a importância de se aplicar o princípio da confiança legítima nessa e em outras hipóteses.

É importante mencionar, no entanto, que a aplicação do princípio da confiança legítima à atividade normativa depende do preenchimento de alguns requisitos que podem ser assim elencados:[74]

69 *Vide*: SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 107-110, jan./jun. 2000. O autor demonstra que a jurisprudência comunitária admite, excepcionalmente, a retroatividade autêntica por razões de interesse público e para resguardar a confiança dos administrados, como, por exemplo, nos casos em que o caráter retroativo da norma é um mecanismo para preencher o "vazio legal" oriundo da declaração judicial de uma norma.

70 SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 115-117, jan./jun. 2000.

71 STJ, EREsp n. 173.465/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJ 28/10/2003 p. 179.

72 STF, ADI n. 493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 04/09/92, p. 14089. Em sentido contrário, *vide*: STF, RE n. 253.473 AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16/12/05, Segunda Turma, p. 106.

73 STF, ADI 3.104/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ 09/11/07, p. 29.

74 O elenco dos variados requisitos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência foram didaticamente sinteti-

a) demonstração de surpresa do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo. A previsibilidade não é a do administrado supostamente afetado pela nova legislação, devendo ser auferida pelo padrão de um administrado "prudente e avisado".[75] A confiança não será tutelada em face de normas transitórias, de normas confusas, de normas de duvidosa legalidade ou quando restar demonstrado que o particular tinha conhecimento de que haveria alteração legislativa (ex: administrado toma conhecimento de audiência pública com o objetivo de alterar a normatização vigente);
b) comprovação de prejuízo do administrado com a alteração da norma;
c) boa-fé do administrado, que não deve ter contribuído para edição das novas regras por meio de informações falsas ou incompletas, uma vez ser vedado que se beneficie da sua própria torpeza;
d) ponderação entre a confiança legítima do administrado e o interesse público que a nova norma pretende concretizar (ex: saúde, educação etc). Caso os inconvenientes aos administrados superem os benefícios advindos da norma, a confiança legítima deverá ser respeitada. Ainda que a nova norma seja aplicada, a proteção da confiança será efetivada, eventualmente, por meio de indenização ao administrado.

Da mesma forma, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima normativa exige a adoção de uma série de providências (normativas ou não) de modo a evitar a imprevisibilidade da alteração legislativa, tais como:

a) exigência de previsão de um regime de transição entre as normas jurídicas: conforme destacado anteriormente, a jurisprudência comunitária exige a previsão de disposições transitórias ou de uma *vacatio legis* apropriada para que os administrados não sejam surpreendidos com a alteração normativa;[76]
b) divulgação pelo Poder Público da intenção de promover mudanças normativas, com destaque para a utilização da imprensa, das audiências públicas ou outros meios disponíveis;[77]
c) obrigação de respeitar o prazo de vigência fixado na norma: o entendimento clássico majoritário é no sentido de que o poder de legislar e o poder de regulamentar as normas legais não ficam vinculados ao prazo de vigência fixado na norma anterior ou no ato administrativo. Ocorre que esse entendimento colocaria em risco a proteção da confiança dos administrados. Na lição de Patrícia Baptista, "mesmo que não se trate de um direito adquirido, a aplicação do princípio da proteção da confiança pode garantir ao particular a preservação do regime normativo revogado pelo prazo previsto inicialmente".[78] Nesse sentido, o STJ,[79] após afirmar a possibilidade de alteração administrativa das normas de comercialização de bebidas, exigiu que a Administração respeitasse o direito da empresa de comercializar a bebida, com base na norma anterior, até o final do prazo da autorização administrativa;
d) preservação da posição jurídica do administrado que confiou na norma anterior: o administrado, no caso, poderá ser excluído do alcance das novas normas. Isto não significa dizer que o administrado ficará eternamente excluído das novas normas, sendo razoável a estipulação de prazo;[80]
e) indenização: caso sejam ineficazes a previsão de medidas transitórias e a previsão de termo a ser respeitado, bem como na hipótese de prevalência do interesse público que justifique a mudança normativa, poderá haver dever de indenizar por parte da Administração;

---

zados pela professora Patrícia Baptista. *Vide*: BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 167-170, jul./set. 2006.

75 CALMES, Sylvia. *Du principe de la protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et francais*. París: Dalloz, 2001. p. 434-435.

76 SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo Comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 115, jan./jun. 2000.

77 Temos aqui as denominadas "medidas não normativas". SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo Comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 116, jan./jun. 2000.

78 BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 174, jul./set. 2006.

79 STJ, MS n. 10.673/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 24/10/05, p. 156.

80 BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 177-179, jul./set. 2006.

f) anulação do regulamento que contraria a confiança legítima de todos os seus destinatários: trata-se de medida complexa, pois a anulação de atos normativos pode gerar justamente insegurança jurídica. Na medida do possível (ponderação de interesses), o tribunal deve optar pela indenização dos particulares que sofreram danos comprovados, mantendo a norma no mundo jurídico. De qualquer modo, nada obsta a anulação de atos normativos que violem a confiança legítima de todos os seus destinatários. Essa consequência já foi admitida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) no caso *Töpfer*,[81] mas a atividade anulatória daquele tribunal tem se dirigido aos casos em que o número de afetados pela nova norma é reduzido.

A escolha da melhor solução será feita em cada caso após um juízo de ponderação e com respeito ao princípio da proporcionalidade, o que não impede o estabelecimento de parâmetros preferenciais doutrinários. É razoável afirmar, por exemplo, que a previsão de regras transitórias, a obrigação de respeitar a vigência da norma anterior e o pagamento de indenização preferem, nesta ordem, a preservação da posição jurídica alcançada com apoio na norma revogada.[82]

9. CONCLUSÕES

Considerado como princípio jurídico autônomo, o princípio da proteção da confiança representa a consagração dos valores éticos do Estado Democrático de Direito e se insere, com perfeita harmonia, no momento atual de constitucionalização do Direito (neoconstitucionalismo) e de pós-positivismo.

Tal princípio não tem o objetivo de impossibilitar as alterações jurídicas, mas, sim, evitar que estas sejam implementadas de maneira brusca e inesperada, frustrando a confiança legítima dos administrados, especialmente nas hipóteses em que a norma regulamentar produzir efeitos durante importante período de tempo.

A importância do princípio e o seu crescente estudo no direito pátrio decorrem, em certa medida, do processo de constitucionalização do direito, com a centralidade dos direitos fundamentais, pois não se pode conceber como válida a atuação estatal que frustra a confiança dos administrados.

Assim como ocorre com os demais princípios, a aplicação do princípio da confiança legítima dependerá do processo de ponderação levado a efeito pelo intérprete.

81 TJCE, as. 112/77 de 03/05/1978. *Vide*: SANZ RUBIALES, Iñigo. El principio de confianza legitima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 7, p. 118, jan./jun. 2000.

82 BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública – A proteção às expectativas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 171, jul./set. 2006.

Reflexões sobre a navegação na Internet e o sigilo do e-mail funcional do servidor público

FREDERICK B. BURROWES[I]

RESUMO: Hoje, no serviço público, a utilização da Internet se faz presente em várias situações. Neste contexto, o sigilo das comunicações de dados é tema importantíssimo. Tal forma de comunicação tende a assumir totalmente o lugar outrora reservado à comunicação escrita. Este artigo reflete sobre o poder de fiscalização da Administração Pública em situações que envolvam comunicação de dados e a intimidade de seus servidores. Neste mesmo contexto, também são avaliadas outras formas de fiscalização do uso dos computadores públicos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do uso de computadores por empregados e servidores públicos; 3. Considerações acerca de decisões das cortes trabalhistas que entendem possível a monitoração do e-mail corporativo; 4. O monitoramento dos computadores dos servidores públicos; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas

PALAVRAS-CHAVE: Comunicação de dados. Interceptação. Internet. Servidores Públicos. CLT. Intimidade. Sigilo. E-mail. Princípio da Legalidade. Poder Discricionário.

1. INTRODUÇÃO

O progresso e a difusão do uso da Internet levaram a administração pública brasileira a adotar tal tecnologia de forma bastante ampla.

Em paralelo às facilidades de acesso hoje disponíveis aos cidadãos, o uso de computadores com acesso à Internet por servidores públicos, em suas repartições, é fato corriqueiro.

Também é usual a disponibilização pela administração pública de contas de e-mails funcionais.

Dada a rapidez envolvida, tais avanços tecnológicos não vêm sendo adequadamente acompanhados pelo legislador.

Tema de relevo consiste em saber se é possível à administração pública fiscalizar, com base nos poderes hierárquico e disciplinar, o uso de tais facilidades tecnológicas por servidores e, em sendo possível, quais os limites.

1 Mestre em Ciências (COPPE/UFRJ), bacharel em Direito (UERJ) e Engenheiro Eletrônico (UFRJ), Procurador do Município do Rio de Janeiro e advogado. *burrowes@ig.com.br*

Há muito, o sigilo das correspondências é preocupação presente no Direito. No Direito Penal Romano, por exemplo, a violação da correspondência já era tipificada.

No Brasil, as Ordenações Filipinas (1603) previam penas para aberturas de cartas, que podiam chegar à morte se a correspondência fosse dirigida ao rei, rainha ou príncipe.

A Constituição de 1824 assegurava ao cidadão a inviolabilidade da correspondência. O Código Criminal do Império tipificava como crime diversos atos atentatórios ao sigilo das correspondências. Da mesma forma o fazia o Código Penal de 1890; e o Código Penal em vigor (1940) também não se afastou dessa linha.

No período republicano, as Constituições de 1891 (art. 72) e 1934 (art. 113) estabeleciam o sigilo das correspondências, sem exceções.

A Constituição de 1937, em seu art. 122, abria espaço para exceções advindas do legislador infraconstitucional, *verbis*: "6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;".

Já a Constituição de 1946, conforme o art. 141,§ 6º, retomou a tradição de inviolabilidade absoluta, isto é, não prevendo espaço para exceções contidas em lei. Esse é o teor da citada norma constitucional: "É inviolável o sigilo da correspondência."

Certamente em razão do avanço das tecnologias de comunicação, a Constituição de 1967, no § 9º do art. 150, juntamente com o sigilo das correspondências, protegia também o das comunicações telefônicas e telegráficas, de forma absoluta, *verbis*: "São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas".

O mesmo se deu na Constituição de 1969.

O constituinte de 1988 incluiu como protegido o sigilo dos "dados", relativizando o sigilo das comunicações telefônicas. Com efeito, o art. 5º, inc. XII, da Constituição da República dispõe que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

O dispositivo constitucional está longe de ser claro e de fácil interpretação, mormente quando confrontado com a atual realidade tecnológica (BURROWES, 2007).

Por outro lado, o constituinte de 1988 inovou, em boa hora, e inclui na Constituição a expressa proteção à intimidade (art. 5º , inciso XII).

Em 1996, o legislador infraconstitucional publicou a Lei n. 9.296, que veio a regulamentar o art. 5º, inciso XII, parte final, da Constituição da República. O referido diploma legal dispõe sobre o procedimento a ser adotado quando da interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução em processo penal. Inclui o legislador ordinário a possibilidade de "interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática".

No âmbito do direito trabalhista, proliferam as causas envolvendo a discussão do uso do e-mail corporativo e a navegação na Internet em computadores de trabalho, por parte dos empregados.

Em primeira decisão, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (2009) entendeu que, se o meio de comunicação é o institucional da pessoa jurídica, "não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela".

Neste trabalho, além de se proceder à análise de tal decisão, é verificada a aplicabilidade de transposição desse raciocínio do TST para as hipóteses que envolvam servidores públicos em sentido estrito, aqueles cuja contratação advém de estatuto.

2. DO USO DE COMPUTADORES POR EMPREGADOS E SERVIDORES PÚBLICOS

A questão do uso de computadores de uma organização por empregados ou servidores públicos pode ser dividida em pelo menos três grandes grupos:

a) O uso do e-mail funcional;
b) O uso do e-mail pessoal em equipamentos da administração pública e
c) O acesso a *sites*, incluídas as redes de relacionamento, via equipamentos da administração pública.

Há que se considerar, ainda, que, dado o caráter dinâmico e sempre renovador da Internet, certamente existem ou surgirão outras possibilidades. Uma delas seria o uso da telefonia, via Internet, cuja análise foi objeto de artigo anterior (BURROWES, 2007).

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE DECISÕES DAS CORTES TRABALHISTAS QUE ENTENDEM POSSÍVEL A MONITORAÇÃO DO E-MAIL CORPORATIVO

Em introdução referenciamos decisão do Superior Tribunal do Trabalho entendendo que, se o meio de comunicação eletrônico é o da pessoa jurídica, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. Vale a pena a transcrição do seguinte trecho de tal decisão:

In casu, pretende o Reclamante modificar a decisão vergastada, ao argumento de que a prova acostada aos autos é ilícita, porquanto consubstanciada no acesso à sua conta de e-mail pessoal, quando o Regional, ao enfrentar a questão, entendeu que a prova era lícita, porque se tratava de acesso, pela Reclamada, ao conteúdo do e-mail corporativo fornecido ao Reclamante para o exercício de suas atividades funcionais, do qual se utilizava de forma imprópria, recebendo fotos com conteúdo que estimulava e reforçava comportamentos preconceituosos. Além disso, os e-mails continham conversas fúteis que se traduziam em desperdício de tempo. 3. Com efeito, as alegações obreiras esbarram no óbice do referido verbete sumulado, porquanto pretendem o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. 4. Por outro lado, ainda que o presente recurso não ultrapasse a barreira do conhecimento, a controvérsia em torno da licitude ou não da prova acostada pela Reclamada, consubstanciada no acesso à caixa de e-mail corporativo utilizado pelo Reclamante, é matéria que merece algumas considerações. 5. O art. 5º, X e XII, da CF garante ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, bem como o sigilo de suas correspondências, dados e comunicações telegráficas e telefônicas. 6. A concessão, por parte do empregador, de caixa de e-mail a seus empregados em suas dependências tem por finalidade potencializar a agilização e eficiência de suas funções para o alcance do objeto social da empresa, o qual justifica a sua própria existência e deve estar no centro do interesse de todos aqueles que dela fazem parte, inclusive por meio do contrato de trabalho. 7. Dessa forma, como instrumento de alcance desses objetivos, a caixa do e-mail corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se, pois, de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Deve o empregado zelar pela sua manutenção, utilizando-a de forma segura e adequada e respeitando os fins para que se destinam. Mesmo porque, como assinante do provedor de acesso à Internet , a empresa é responsável pela sua utilização com observância da lei. 8. Assim, se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não representa violação de suas correspondências pessoais tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa. 9. Nessa esteira, entendo que não se configura o cerceamento de defesa a utilização de prova consubstanciada no acesso à caixa de e-mail fornecido pelo empregador aos seus empregados (2009).

Tal decisão, que sumariza o entendimento no sentido de que, em sendo o e-mail corporativo, não há sigilo a ser protegido, parece indicar que no caso de e-mail particular, mesmo acessado de máquina da empresa, a solução seria outra.

O decidido apenas se ateve na discussão acerca do uso do e-mail, sem adentrar em outras formas de monitoramento ou fiscalização.

Contendo uma reflexão um pouco mais ampla sobre a questão, encontramos, também, decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região vazada na seguinte forma:

EMENTA: E-MAIL – LIMITES – USO CORPORATIVO E PESSOAL – PODER EMPREGATÍCIO – DISCIPLINA – CONSEQUÊNCIAS INTRACONTRATUAIS – PUNIÇÃO – A sociedade informacional caracteriza-se por uma moderna e sofisticada rede de comunicações baseada em verdadeiras bolhas de fibra ótica, que favorecem, por assim dizer, a colocação do mundo, em tempo real, sob as mais variadas formas de conexão e intercomunicação, na tela do computador, permitindo ao usuário, em alguns casos, ser mero expectador, e, em outros, verdadeiro partícipe, *on line*, dos fatos mais importantes que acontecem em qualquer parte do globo terrestre, e até fora dele, desde que haja tecnologia disponível no local. A internet tornou o mundo virtual e sensorialmente menor e, por conseguinte, concretamente mais próximo, em termos de informação, de comunicação e de um comércio, há muito, denominado de comércio eletrônico, em determinadas áreas, como é o caso daquelas abrangidas pelas empresas virtuais amazon e submarino, com um volume de negócios superior ao comércio tradicional, isto é, o presencial. O e-mail – uma das inúmeras facetas deste admirável e inesgotável mundo novo das comunicações e das relações entre os homens – constitui a forma mais moderna, segura, rápida, econômica, eficiente e usual de intercâmbio entre as pessoas, de modo que é o reflexo de uma combinação de sistemas utilizados no acesso, no registro, no tratamento e na transmissão de dados e de outros tipos de informações e de mensagens, que exigem uma rede de garantias jurídicas mínimas para os seus usuários. Atualmente, já se fala de inclusão cultural digital, para se referir a uma nova geração de direitos fundamentais, no mesmo nível de importância da saúde, da educação, da moradia, da alimentação, da liberdade, e essa será uma questão que, em breve, estará na pauta dos governantes de qualquer país, sendo certo que, acaso desdenhada, conduzirá milhões de pessoas ao isolamento das grandes conquistas tecnológicas em todas as áreas do saber humano. Fraquejará o Estado, diminuir-se-á a cidadania, onde não houver inclusão digital. Com a internet, o mundo que sempre foi redondo ficou plano, embora a desigualdade ainda seja um desafio a ser vencido. O cidadão comum, o empregado, o dirigente, o empresário, não há quem não possua (ou não queira possuir) um correio eletrônico e dele não faça uso várias vezes ao dia, seja em sua residência, na empresa, no colégio, na faculdade ou em *lan-houses*. No ambiente empresarial, o computador destina-se à prestação de serviços, que, como qualquer outro instrumento de trabalho, por natural e costumeira concessão da empregadora, via de regra, também pode ser utilizado racionalmente para fins pessoais, sem prejuízo ao bom andamento dos serviços. Isso sempre aconteceu e ainda acontece, embora em menor escala devido a disseminação do aparelho celular, por exemplo, com o telefone fixo, e mais recentemente, com o automóvel, com o *palmtop*, com o *lap top*, com o *ticket* refeição etc. Todavia, nada impede que a empregadora vede essa prática, deixando de modo claro e expresso, verbalmente ou por escrito, para os empregados que é proibido o uso do computador da empresa, dentro ou fora do horário de expediente, para fins pessoais. Nessas condições, se o empregado desobedece e acessa a internet ou o seu e-mail pessoal em computador da empresa, independentemente do conteúdo da mensagem, estará praticando ato de insubordinação ou de indisciplina, dependendo da natureza do comando, se genérico ou pessoal. O importante é que o empregado esteja ciente dos limites do uso do computador: o que pode e o que não pode fazer a partir do equipamento empresarial. Neste contexto, torna-se desnecessária a prática de qualquer ato, que deve ser repudiado, cujo objetivo seja a violação do e-mail pessoal do empregado, exceto em casos extremos em que isso se torne indispensável para fins de prova em processo judicial, se for o caso mediante autorização judicial, uma vez que o simples uso indevido da ferramenta de trabalho já configura, por si só, a justa causa, como tal capitulada no art. 482, alínea h, da CLT. No tratamento de questões tão agudas e sensíveis a direitos fundamentais, é importante salientar que a lesão à intimidade está ligada ao poder do Estado, bem como ao poder de particulares, e ambos desafiam tratamento severo. Na esfera da relação entre o empregado e o empregador, portanto, no campo restrito do Direito do Trabalho, vigoram, como no Direito Penal, com óbvias reciprocidades e interesses tutelados e tonalidades di-

ferentes, as regras constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e, acrescentaria eu, eis que o rol não é taxativo, podendo ser ampliado a outros atributos da personalidade, das mensagens armazenadas em e-mails, tudo conforme previsto no art. 5º, incisos, X e XII, da Carta Magna. Grinover nota que o objeto da tutela relativa ao sigilo de correspondência, ao qual penso se deva associar o correio eletrônico, é dúplice: "de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade". (Ada Pellegrini Grinover. Liberdades Públicas e Processo Penal, p. 306). Ora bem, o rastreamento e a violação do conteúdo das mensagens enviadas e recebidas via e-mail do empregado, ainda que em computador de propriedade da empresa, implicam ato que poderia tentar cunhar, denominando-o de "desterritorialização do poder empregatício", do qual o empresário definitivamente não é detentor, uma vez que para exercer o seu direito de fiscalizar e eventualmente de punir determinado empregado, por desrespeito a regras de conduta vigentes no ambiente exclusivo de trabalho, quase sempre necessitará invadir a intimidade, a vida privada, a liberdade de pensamento, o sigilo de correspondência e de comunicações de dados, tanto do seu empregado quanto de outrem, isto é, de terceiro a quem foi enviada ou de quem foi recebida a mensagem, mas que não se encontra sob o manto da subordinação prevista no art. 3-o., da CLT, a não ser que, absurdamente, a mensagem tenha sido enviada para a própria pessoa ou circule apenas na rede da empresa entre os empregados. Em se tratando de ilícito trabalhista e não penal, o terceiro não pode ser alcançado pelos tentáculos organizacionais da empresa. É inegável que o avanço tecnológico tem sido mais veloz do que a evolução do Direito, com forte pressão sobre o ser humano, o que, em determinados casos, o tem levado a abdicar de valores que lhe são tão nobres, porque fruto de árdua e sofrida conquista de gerações passadas, e também porque integrantes da categoria dos direitos fundamentais. Nesse espaço de tensão entre os homens e o poder, entre os homens e as máquinas, é indispensável que se encontre um ponto de harmonia em que as garantias constitucionais não sejam desprezadas em nome da modernidade, da produtividade, da qualidade total e do lucro. Eis o papel que entendo caber aos operadores do Direito para uma efetiva tutela da intimidade, na qual se insere a inviolabilidade de correspondência, inclusive a eletrônica: preservação da privacidade do conteúdo dos e-mails, verdadeira extensão da vida e dos segredos mais íntimos das pessoas, exceto nas hipóteses em que tal invasão se torne realmente indispensável para a apuração da verdade dos fatos e mediante prévia autorização judicial, já que, por outro lado, a pré-constituição da prova, como salientou o juiz Caio Vieira de Mello, quando produzida por uma das partes direta e pessoalmente envolvida na mensagem, desafia certificação cartorial, por iniciativa do remetente ou do destinatário, únicas pessoas que, em princípio, podem ter acesso ao conteúdo de determinadas mensagens (2006).

Nessa segunda decisão, nota-se uma maior preocupação em relação ao tema da proteção à intimidade. Nela é apontada a impossibilidade de o empregador invadir a intimidade do empregado.

No entanto, dela se extrai a possibilidade de o empregador proibir o uso de computador da empresa para determinados fins, o que não implica monitoração de conteúdo. Neste caso, o empregador, sem dúvida, pode disciplinar o uso dos computadores da empresa, proibindo o acesso a *sites*, programas específicos ou o uso de e-mails particulares.

Agora, o que o empregador não pode fazer é adentrar na intimidade do empregado, via análise do conteúdo.

Como bem pontuado na decisão acima transcrita, deve ser respeitado o sigilo de correspondência e de comunicações de dados, tanto do seu empregado quanto de outrem, isto é, de terceiro a quem foi enviada ou de quem foi recebida a mensagem, mas que não se encontra sob a subordinação da CLT, a não ser que a mensagem tenha sido enviada para a própria pessoa ou circule apenas na rede da empresa entre os empregados. Em se tratando de ilícito trabalhista e não penal, o terceiro não pode ser alcançado pelos "tentáculos organizacionais da empresa".

É justamente o sigilo de outrem que não foi considerado na decisão do Superior Tribunal de Justiça anteriormente mencionada. Como poderia o empregador ler correspondência eletrônica enviada a empregado seu por terceiro sem ferir o sigilo de dados e a intimidade?

A Lei n. 9.296 somente admite a quebra de sigilo para prova em investigação criminal e em instrução processual penal. A leitura da referida lei revela que pouco importa a quem pertence o equipamento que originou a mensagem. Ou seja, não é a propriedade do equipamento que define quem é detentor do direito de sigilo da mensagem.

Conclusão em sentido contrário implicaria também a teratológica ilação de, se alguém escrevesse um livro em computador de propriedade de terceiro, o direito de autor pertenceria ao proprietário do computador, e não ao autor do livro.

Da mesma forma, soa absurdo o empregador monitorar os telefonemas do empregado, mesmo que oriundos de linhas telefônicas da empresa.

Igualmente parece absurdo o empregador instalar câmeras no interior de banheiros, mesmo em se tratando de próprio do empregador.

E, mais ainda, não poderia o empregado ser surpreendido pelo empregador pelo monitoramente sem prévio aviso, pois tal proceder iria de encontro ao princípio da boa-fé.

Francisco das C. Lima Filho (2010) entende sobre o tema que:

> Sem dúvida o monitoramento do e-mail do empregado de forma discriminada e apenas em nome no direito de propriedade impede o exercício de outros direitos fundamentais além do direito à privacidade, como o direito à liberdade de expressão, à crítica e até mesmo de reflexão sobre as condições de trabalho. Afinal, a autonomia organizativa e os poderes de direção empresarial não são, nem podem ser, ilimitados, pois têm exatamente no respeito aos direitos fundamentais e na observância ao princípio da boa-fé suas principais balizas.
> (...)
> Nessa perspectiva, se deve concluir pela inconstitucionalidade do monitoramento generalizado, de forma indiscriminada de

todas as comunicações dos empregados realizadas por meio de recursos computacionais da empresa, ainda que tal previsão exista em norma interna da empresa ou tenha sido inserida como cláusula do contrato de trabalho e até mesmo em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

O que o empregador pode fazer com relação ao e-mail corporativo é verificar o endereçamento, sem violação de conteúdo, tal qual seria possível em se tratando de correspondência escrita tradicional. Afinal, ler o endereçamento de envelope sem violação não constitui ilícito.

A questão, creio, admite o seguinte balizamento:

a) Com relação aos computadores de propriedade da empresa, o empregador pode disciplinar o acesso de seus empregados à Internet;
b) Desde que avisado o empregado, o empregador pode monitorar se os empregados estão acessando *sites* fora do escopo do trabalho[2];
c) O empregador não pode monitorar o conteúdo do acesso, pois esta atuação está reservada à esfera judicial;
d) Com relação ao e-mail corporativo, o empregador, desde que formalmente avisado o empregado, pode monitorar, apenas via endereçamento, se o mesmo está sendo utilizado para fins particulares. Contudo, não pode adentrar em seu conteúdo quando implicar acesso a e-mail enviado ou recebido de terceiros não empregados ou para fora da empresa.

4. O MONITORAMENTO DOS COMPUTADORES DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Administração Pública, considerada em sentido amplo, pode se submeter a regime de direito público ou a regime jurídico de direito privado (DI PIETRO, 2005).

Uma análise perfunctória poderia concluir pela possibilidade de que as mesmas conclusões adotadas na seara trabalhista, sobre o tema em apreço, poderiam ser aplicáveis às relações entre a administração pública direta e seus servidores, para fins deste trabalho considerada a administração pública sujeita ao regime de direito público.

Ocorre que, em se tratando da administração pública submetida a regime de direito público, o princípio da legalidade deve permear todas as suas atividades[3].

Talvez a principal diferença entre o regime estatutário e o trabalhista consista no fato de que este se instaura mediante contrato de trabalho, enquanto o vínculo estatutário é iniciado por meio de um ato administrativo unilateral do Estado.

O vínculo estatutário pressupõe estrita obediência ao princípio da legalidade.

Feitas essas considerações adicionais, parece certo que o administrador público, sujeito a normas de direito público, deve buscar na lei a autorização para o controle do acesso de seus servidores à Internet.

Não obstante deve ficar claro que a implementação de computadores no serviço público traz, implicitamente, algumas opções deixadas ao administrador público, dentro de seu poder discricionário; por exemplo:

a) Bloquear e monitorar o acesso a determinados *sites* ou criar normas de acesso à Internet;
b) Monitorar o uso dos programas usados pela administração pública na consecução de suas funções (folha de pagamento, lançamento de tributos etc.) e
c) Bloquear o envio ou recebimento de mensagens.

É lógico e razoável que as regras de utilização dos computadores da administração pública devem ser claramente estabelecidas por regulamentação, de forma que o servidor não venha a ser surpreendido.

Entretanto, da mesma forma que o empregador celetista, o administrador público não pode monitorar o conteúdo do acesso a *sites* externos, pois esta atuação está reservada à esfera judicial, já que esbarra na questão da intimidade.

Não é porque o administrador, por liberalidade, permitiu o acesso a tais *sites* que lhe é permitido monitorar o conteúdo acessado pelo servidor em determinado momento.

Ou seja, não pode o administrador público monitorar as contas de e-mail particulares acessadas via *webmail*, o que o administrado escreveu ou leu em determinado *site* etc.

É claro que sempre há certa margem de discricionariedade nas ações do administrador público. Assim como pode o administrador público, respeitados critérios de razoabilidade, escolher as cores de uma repartição pública, pode, na implementação de um sistema de informática, optar pelas medidas usuais que nortearão a utilização do mesmo.

Portanto, em sendo assim, não pode o administrador público implementar, em seus sistemas de informática, controles ou monitoramentos que extrapolem aqueles esperados em tal tipo de sistema.

Com relação ao e-mail funcional, creio que deva aí residir a principal diferença entre o tratamento dado às relações regidas por normas de direito privado.

---

2 Através do chamado endereço IP – uma sequência de números composta de 32 bits – pode se determinar qual *site* foi acessado.

3 Isso não significa dizer que a administração pública, quando sujeita a regime de direito privado, possa ignorar o princípio da legalidade. No entanto, seria impossível de se estabelecer, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a administração pública, *lato sensu*, sujeita a regime de direito privado, deva atentar para o princípio da legalidade.

A clara cientificação dos servidores também se faz necessária, sob pena de vulneração da boa-fé. Mas não basta ao administrador avisar formalmente aos servidores que fiscaliza, via endereçamento, se o e-mail está sendo utilizado fora do escopo da administração pública; é necessária lei específica do ente também, por conta do princípio da legalidade.

Em nenhuma hipótese é admitido se adentrar no conteúdo das mensagens. Por óbvio, com relação a mensagens eletrônicas de natureza oficial – memorandos, ofícios etc. – não são aplicáveis quaisquer restrições à fiscalização.

Pelas mesmas razões, não parece ser possível ao administrador público monitorar, sem prévia autorização legal, quais *sites* estão sendo acessados por seus servidores. Ademais, o administrador, em adotando tal prática, também deve claramente avisar seus servidores sobre tal proceder e abster-se de violar o conteúdo do acesso.

5. CONCLUSÕES

A Lei n. 9.296 somente admite a quebra de sigilo para obtenção de prova em investigação criminal e em instrução processual penal. A leitura da referida lei revela que pouco importa a quem pertence o equipamento que originou a mensagem. Não é a propriedade do equipamento que define quem é detentor do direito de sigilo da mensagem.

Especificamente quanto à questão do monitoramento ou fiscalização das atividades dos servidores públicos na utilização de computadores da Administração Pública, deve se observar o princípio da intimidade, o sigilo das comunicações de dados e o princípio da legalidade.

Em comparação aos entes privados, deflui da aplicação do princípio da legalidade a principal diferença que deve nortear o monitoramento de tal atividade por parte das pessoas jurídicas de direto público.

Em suma, alguns tipos de monitoramento dependeriam de lei específica do ente, ao contrário do que ocorre naquelas relações trabalhistas de direito privado, nas quais bastaria a prévia ciência do empregado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Maria Magdala Sette de. *Violabilidade das comunicações: interpretação do artigo 5º, XII, da Constituição da República*. Disponível em: http://www.direitoemdebate.net/art_vilabilidade.html. Acesso em: 22 nov. 2006.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma) RR – 9961/2004-015-09-00. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Decisão unânime. Belo Horizonte, 26.04.2006 DJMG de 13.05.06. Disponível a partir de: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=JR03&s1=email+e++corporativo+e++intimidade&u=http://www.tst.gov.br/brs/juni.html&p=1&r==G&l=0>. Acesso em: 17 .03. 2010

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região. 4. Turma) RO NUM: 00997. Relator: Ministro IVES GANDRA MARTINS FILHO. Decisão unânime. Brasília, 18.02.2009 DEJT de 20.02.09,. Disponível em: <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4640870.nia.&u=/Brs/ito1.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>. Acesso em: 17 .03. 2010

BURROWES, Frederick B. A proteção constitucional das comunicações de dados: internet, celulares e outras tecnologias. *Revista Jurídica,* Brasília, DF, v. 9, n. 87, p. 9-24, out./nov. 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_87/Artigos/PDF/FrederickBurrowes_rev87.pdf>. Acesso em 15.03.2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*: considerações sobre a Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das C. A. *Questão do monitoramento do e-mail do empregado pelo empregador*. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria= Trabalho > Acesso em: 17 de março de 2010

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9296/96 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n. 14, jun. 1997. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=197>. Acesso em: 6 jan. 2005.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. *Informática y derecho penal argentino*. Buenos Aires: ADHOC, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O monitoramento de e-mail no local de trabalho. *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, Buenos Aires, v. 1, 2006.

Função administrativa e orçamento: o espaço negligenciado de efetividade dos direitos fundamentais

VANICE LÍRIO DO VALLE[I]

1. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O final do século XX se revelou particularmente desafiador para o direito público em geral, em decorrência do inequívoco triunfo do constitucionalismo e das substantivas mudanças na compreensão do Estado, seu papel na conformação do convívio social e suas potencialidades na concretização de compromissos valorativos que as Cartas Fundamentais, já desde o período pós-45, passaram a expressar.

No cenário nacional, esses desafios têm sido enfrentados corajosamente nos temas vertebrais do reconhecimento da jusfundamentalidade de direitos, e da reconfiguração da função administrativa decorrente da opção por um Estado que se afirma democrático e de direito. Curiosamente, a evidente indissociação entre esses dois novos paradigmas compreensivos parece mais clara no debate doutrinário firmado no campo do Direito Administrativo[2] que no cenário do Direito Constitucional e da *judicial review*, que seguem enfrentando o desafio da efetividade da Carta de 1988 como se, em relação a ele, a função administrativa se apresentasse como elemento, se não irrelevante, quando menos distante.

A superação do binômio poder – sujeição, substituído no novo modelo constitucional pela associação função social – direito da pessoa, determina no Direito Administrativo a revisão da antes afirmada possível contraposição entre finalidade pública e direitos do cidadão; para agora se afirmar que a primeira consiste, verdadeiramente, na realização dos segundos[3]. Não bastasse essa viragem compreensiva, tem-se ainda a incorporação teórica da construção germânica

---

1 Pós-doutoranda em Administração pela EBAPE-FGV, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Estácio de Sá e Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

2 Registre-se, sempre, o pioneirismo de MOREIRA NETO no apontamento dos dois vetores como os eixos de rotação dos velhos paradigmas do direito público, donde o reconhecimento da presença de dois atores políticos protagônicos: "*...de um lado as pessoas, que compõem o conceito hoje complexo de sociedade e, de outro, os órgãos do poder político, que compõe o conceito, também hoje complexo, de Estado.*" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 42).

3 SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato.* Napoli: Editoriale Scientifica, 2003. p. 31.

afirmadora da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais[4] – do que seria de decorrer a clareza na percepção de que é no plano do exercício ordinário da função administrativa que realmente se promove efetividade de direitos fundamentais que, na sua concretização ideal, são delimitados pela função legislativa a partir dos parâmetros constitucionais, mas assegurados no dia a dia, pela primeira[5].

A acentuada curva de judicialização das demandas de cunho prestacional relacionadas à garantia de direitos fundamentais aprofunda a distorção, deslocando o esforço reflexivo para os limites e possibilidades da jurisdição no tema, sem ter em conta que seja qual for o espectro que se lhes reconheça, nem por isso se terá por afastada a importância do desenvolvimento da função administrativa, quando menos no plano do cumprimento do julgado. De outro lado, não parece ocioso sublinhar que no plano do ideal, se os compromissos finalísticos já se têm por expresso no texto constitucional, a efetividade desses mesmos direitos deveria encontrar, na atuação administrativa ordinária, a sua maior garantia, traduzindo certa inversão lógica a priorização da jurisdição como o *loccus* principal de asseguração desse mesmo desiderato constitucional.

A cogitação que aqui se vai desenvolver tem por premissa a indispensabilidade da inclusão, no desafio da efetividade da constituição no que toca aos direitos fundamentais, da função administrativa como etapa última do percurso do cumprimento pelo Estado dos deveres decorrentes de sua dimensão objetiva. Afinal, na lição de BELTRÁN VILLALVA[6], a Administração é o instrumento da política para levar a cabo a ação pública – e se constitui, portanto, o campo por excelência para a operacionalização desses mesmos direitos fundamentais que, como se viu, orientam finalisticamente o agir do poder.

O tema, todavia, que se deseja destacar, é o do papel do sistema orçamentário na instrumentalização em favor da Administração Pública, dos meios indispensáveis à referida atuação garantística. A ideia central é de que a teorização quanto aos deveres de agir do Estado se revelará ociosa sem o olhar voltado à associação dos meios necessários através dos diplomas legislativos, cuja deliberação e execução traduzem, no plano da realidade, as escolhas alocativas empreendidas pelo Poder Público.

O sistema orçamentário, durante muito tempo, se viu negligenciado, tratado como matéria menor, quase que estranha ao campo de cogitação do direito. Esse estado de negligência teórica começa a se inverter a partir da crise fiscal nas décadas de 80 e 90, figurando, como símbolo mais vivaz dessa nova tendência, a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal. De outro lado – e, agora, já associado aos direitos fundamentais, sua dimensão objetiva e a função administrativa de concretização – a matéria invadiu o direito, associada aos argumentos de escassez de recursos como cláusula de bloqueio a possíveis condenações judiciais a serem impostas ao Estado.

A oportunidade de lançar-se o foco no orçamento foi pioneiramente destacada – no cenário nacional – por VILLELA SOUTO[7]:

> O orçamento, outrora tratado como principal documento da intervenção do Estado na Economia e centro da política pública, passou a merecer absoluto descrédito. Antes era visto como "terra de ninguém", já que, em função da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, apenas "o Rei" tinha sobre ele o domínio.

A era do neoconstitucionalismo transformou-o num "espaço aberto", em que "todo mundo pede e faz o que quer".

Se a advertência já se revelava mais do que pertinente, o quadro só veio a agravar com o recrudescimento da tese de viabilidade do controle judicial de políticas públicas, nisso se incluindo a possibilidade de determinar o Judiciário o remanejamento de recursos orçamentários necessários ao cumprimento da prestação jurisdicional conferida.

É preciso reconhecer que a incorporação sistêmica do novo paradigma da centralidade da pessoa se dá através de sucessivas ondas de ampliação temática, integrando os diversos atores envolvidos nesse desafio. É no processo expansivo de reflexão que ganha lugar o estudo das impli-

---

4 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* Estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-119.

5 É de LÓPEZ o registro de que também no campo dos direitos fundamentais de desenvolvimento progressivo ganhará relevância a função administrativa, uma vez que a atuação legislativa necessariamente se vai valer de cláusulas abertas, o que deixa um espaço aberto à função administrativa para sua implementação, espaço esse onde se vão combinar eficácia jurídica com eficácia real (LÓPEZ, Maria Roberto Molena. *Transformación de la función administrativa.* Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, 2005. p. 113).

6 BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública en el régimen democrático.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 117.

7 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia,* Belo Horizonte, v. 17, p. 143-164, 2007.

cações entre função administrativa e orçamento, na efetividade dos direitos fundamentais. Nessa mesma trajetória é que se seguirá, a partir da advertência acima transcrita, recuperando a perspectiva dos instrumentos orçamentários, associando-os não a um mero registro de contas, mas à expressão financeira da função administrativa comprometida com a dignidade da pessoa.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORÇAMENTO – UM OLHAR AINDA NOS TRABALHOS CONSTITUINTES

Não obstante a passagem de já 20 anos da promulgação da Carta de Outubro, importante trazer do cenário político do momento de sua cunhagem dados que contribuem à compreensão do conteúdo de que ela se revestiu – especialmente de certa assincronia entre seus compromissos fundamentais e a estrutura orçamentária que dá suporte ao desenho e desenvolvimento da função administrativa.

O processo constituinte nacional, como se sabe, não se viu antecedido de um movimento revolucionário, ou de uma estratégia mais radical de tomada de poder; ao contrário, traduziu um momento de conciliação entre instituições despidas de legitimidade democrática (como o próprio Executivo na sua forma de provimento à época[8]), às quais se admitia o desenvolvimento de funções provisórias necessárias à transição para a futura democracia, e ainda instituições que, não obstante limitadas pelo autoritarismo ainda vigente, lograram legitimação pelo apoio e voto popular especialmente para assento no Congresso, e que se reputavam igualmente indispensáveis à consolidação democrática[9].

A redemocratização negociada, por sua vez, envolvia a convivência de forças de conservação e de renovação – e esse mesmo quadro se fez reproduzir nos trabalhos de elaboração da nova Carta Fundamental. Negociar, naquele momento, era a palavra de ordem, e esse processo de convencimento por vezes se via bloqueado pela natureza mesmo das forças então representadas no Parlamento. Nesse contexto, a estratégia dos constituintes alinhados com a transformação centrou foco na enunciação de direitos fundamentais[10] – do que decorreria um compromisso, ainda que revestido de baixa densidade, com uma agenda de mudanças que se acreditava então poderia ser desenvolvida posteriormente, no exercício da função legislativa ordinária.

Se essa tática se revelou eficiente para assegurar passos importantes numa agenda progressista,[11] não é menos verdade que ela permitia a opção pela enunciação de direitos muito longe de uma perfeita compreensão quanto a seu alcance, seus possíveis destinatários, mecanismos de concretização e, sobretudo, custo e critérios de distribuição[12]. Também esse exercício de detalhamento das escolhas alocativas associadas ao efetivo conteúdo de cada qual dos direitos revestidos de jusfundamentalidade se acreditava pudesse se dar ao longo do "viver constituição", e no foro próprio ao debate, qual seja, o poder legislativo, reforçado no que toca à sua legitimação, por um também expressivo conjunto de preceitos orientados à participação social[13].

8 É de se ter em conta que o Presidente da República em exercício por ocasião dos trabalhos constituintes – José Sarney – sucedia a Tancredo Neves, que faleceu antes mesmo da posse, depois de uma eleição fruto não do voto direto e universal, mas resultado de um então já moribundo colégio eleitoral remanescente do período de exceção.

9 LOPES, Julio Aurélio Vianna. *A carta da democracia*: O processo constituinte da ordem pública de 1988. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008. p. 26.

10 WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In OLIVEN, R. G. et al. (Orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec;Anpocs;Fundação Ford, 2008. É do mesmo autor a explicitação de que, se do lado da mudança, os direitos fundamentais se afiguravam como um mecanismo transformador, sob o prisma das forças de conservação, o que imperava era o descrédito nessa estratégia, que parecia se resumir na enunciação de um *wishful tought* não revestido de eficácia.

11 Vale mencionar, a título de ilustração, a inclusão de um elenco de direitos fundamentais sociais, a subordinação da propriedade à sua função social, a universalização do direito à saúde e à seguridade, dentre tantos outros.

12 Embora o discurso recorrente – especialmente no tema de efetividade dos direitos fundamentais sociais – seja o do custo dos direitos, fato é que a questão principal envolve não só o financiamento desses direitos, mas os critérios de distribuição desse mesmo custeio. É de BENTO a observação de que o verdadeiro impasse financeiro associado à crise do *welfare* envolve não propriamente limites econômicos para o volume das despesas públicas, mas o grau de socialização da riqueza que a sociedade está disposta a suportar (BENTO, Leonardo Valles. *Governança, governabilidade e reforma do Estado*: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003. p. 59).

13 A realidade, todavia, evidenciou uma certa inapetência de parte do Poder Legislativo no enfrentamento dessa densificação dos direitos fundamentais – especialmente quando eles envolvem escolhas alocativas de recursos mais expressivos. O resultado foi um redirecionamento das expectativas sociais, não ao Legislativo – originalmente identificado como a arena de solução desses conflitos – mas sim ao Judiciário no fenômeno da judicialização da vida e da política, com os inevitáveis reflexos, decorrentes do cumprimento de ordens judiciais, no sistema de planejamento e execução orçamentária.

Integrava ainda a arquitetura desse Estado em construção, o fortalecimento de outras estruturas de poder que se imaginava coadjuvassem na busca da efetividade dos compromissos constitucionais – têm-se então um notável robustecimento do Ministério Público, da Advocacia Pública e demais funções essenciais à Justiça, das Cortes de Contas, e, ainda, do Judiciário. Observe-se que, em todas essas estruturas formais de poder, tem-se a afirmação de sua importância institucional no jogo de forças não só através da definição das respectivas competências, mas também pela via da garantia da respectiva autonomia administrativa e orçamentária.

Finalmente, arrematando a obra em progresso, investiu a constituinte na participação popular, que, combinando democracia representativa com democracia direta, permitiria o acompanhamento da fidelidade de parte das estruturas formais de poder aos propósitos traçados na Carta Fundamental. Essa participação, que no desenho constitucional se espraia da iniciativa popular de leis (art. 61, *caput* e § 2º, da CF) à consagração de direitos de reclamação dos usuários de serviços públicos (art. 37, § 3º, da CF), ainda hoje enfrenta os impactos da ausência do exercício da cidadania participativa e da cultura de resistência das próprias estruturas formais de poder, que mantêm uma firme convicção, tanto na bondade intrínseca da visibilidade das práticas dos demais órgãos, quanto da maldade intrínseca da tentativa de lançar, no interior de suas próprias fronteiras, essa mesma transparência.

O modelo se construiu a partir da premissa de que, frustrada a expectativa de desenvolvimento dos direitos fundamentais pelo caminho legislativo, as demais estruturas de controle do poder se pudessem movimentar, de ofício ou por provocação da cidadania, assegurando esses mesmos direitos no âmbito das respectivas atribuições, restando ao Judiciário, sempre, a intervenção final na composição do litígio estabelecido.

Ocorre que a aposta constituinte no futuro, na revelação do amadurecimento das pautas de prioridade da própria sociedade pela via da atividade legislativa, deixou de ter seu devido reflexo na disciplina constitucional do instrumento clássico de viabilização do financiamento da função administrativa, qual seja, o orçamento público. O foco na criação de deveres de agir para o Estado, decorrentes da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não mereceu o devido reflexo na estrutura de planejamento e custeio das atividades estatais.

É certo que a Carta de 1988 avança em alguns aspectos, instituindo o plano plurianual como aplicável a toda a atividade financeira do Estado[14], criando ainda a chamada Lei de Diretrizes Orçamentárias como mecanismo que empreende a relação entre o instrumento de longo prazo e a Lei Orçamentária Anual, e explicitando detalhadamente quais condutas são vedadas – sob o prisma de gestão da atividade financeira – aos agentes públicos[15]. Todavia, no plano do reforço recíproco de compromissos, entre os deveres de agir assinalados ao Estado e o suporte financeiro para essas mesmas condutas, pouco se avançou.

Não houve no momento constituinte a preocupação com o estabelecimento de um sistema autorreferenciado, de deveres e meios postos à Administração; ao contrário, a ênfase se deu nos deveres, sem a correspondente sustentação nos meios de financiamento. Se esse descompasso já se podia antever na origem da Carta de Outubro, ele só se aprofunda com o desenvolvimento crescente da doutrina dos direitos fundamentais e com as exigências relacionadas à sua máxima efetividade, com a incorporação da já mencionada dimensão objetiva. Mais recentemente, também a atribuição ao Estado dos deveres de proteção passou a envolver novos espectros de atuação do Poder Público, e, consequentemente, inversão de recursos.

Várias são as explicações que se podem apontar para esse fenômeno. A primeira delas diz respeito às próprias dificuldades em incorporar, aos clássicos instrumentos de planejamento, os efeitos de um conjunto de deveres e compromissos associados ao Poder Público, cujo alcance ainda não se tem perfeitamente delineado. Como incorporar essa multiplicidade de deveres de agir do Estado classificados na vasta categoria de direitos fundamentais, ainda crivados de indeterminações conteudísticas, a instrumentos que, por natureza, buscam uma prospectiva revestida de precisão numérica, matemática?

A par disso, é de se ter em conta – sob a perspectiva histórica – a baixa cultura orçamentária do país na década de 80, visto que ainda restavam frescos na memória os efeitos negativos de uma economia alta-

14 O texto da Carta de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 1/69, aludia a orçamento plurianual tão somente no que toca às despesas relacionadas a investimentos (art. 62, § 3º, e 63).

15 O elenco de vedações hoje contido no art. 167 da CF é muito mais detalhado que as cláusulas restritivas enunciadas no art. 62 da Constituição de 1967.

mente inflacionária sobre um instrumento de planejamento que tinha, como única ferramenta, a formulação de uma estimativa de receita e autorização de despesa[16]. Se irreais se tornavam os números, diante da força corrosiva da inflação acelerada, quase fantasioso se apresentava também o planejamento em cenário de absoluta instabilidade econômica. Com isso o sistema orçamentário se punha mais como o cumprimento de um requisito burocrático do que como um real instrumento de aperfeiçoamento da gestão pública – pelo que não mereceu a sua disciplina constitucional maiores cogitações.

Tenha-se ainda em mente que já naquela época vivia o País os efeitos do chamado presidencialismo de coalisão, onde a pulverização das representações partidárias e as dificuldades na formação de uma maioria em favor do Executivo transformavam a pauta de votações numa grande convocação ao convencimento, individual ou dos múltiplos partidos, dos méritos da proposta[17]. Essa persuasão muitas vezes envolverá, como argumento, a alocação de recursos para a realização de gastos públicos que sejam particularmente relevantes para aquele Deputado ou Senador, transformando-se o orçamento em importante instrumento de negociação no jogo político. Nesse contexto, o orçamento se apresentava, já no momento constituinte, como um canal de veiculação das negociações entre Executivo e Legislativo, superador das dificuldades do mencionado presidencialismo de coalisão, donde um investimento normativo em visibilidade e vinculatividade[18] não parecia prioritário – para não dizer que se revelava indesejável.

Por uma razão ou por outra, naquele momento de construção da ordem jurídica nacional, não se mostraram os constituintes dispostos a priorizar o sistema orçamentário como tema, parecendo mais conveniente o véu da incerteza do que a clareza absoluta.

3. TRÍADE ORÇAMENTÁRIA E OS VETORES DE MUDANÇA NA CULTURA DE REALIZAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA

Incorporar a ideia matriz da centralidade da pessoa, e os compromissos que disso decorrem – como já se assinalou nesse trabalho – é projeto que exige especial atenção na sua dimensão operativa, onde essas afirmações teóricas encontram concretização.

É no plano da função administrativa, portanto, que a conciliação entre deveres de agir relacionados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a escassez de recursos haverá de se pôr, determinando a formulação de escolhas alocativas segundo a pauta de prioridade constitucional, escolhas essas que se traduzirão em programas de agir da Administração que se identificam como políticas públicas[19].

De outro lado, de vez que o desenvolvimento da função administrativa envolverá sempre e necessariamente a inversão de recursos, esse mesmo curso de ação haverá de encontrar tradução no sistema próprio de gestão de recursos públicos, a saber, a tríade orçamentária contida no art. 165, da CF.

Observa-se que é dúplice a função do sistema orçamentário: de um lado, ela dá o indispensável suporte aos programas de agir, aproximando-os do campo da eficácia real (como é de se desejar em matéria de direitos fundamentais). De outro lado, é a enunciação da

16 Um processo inflacionário acelerado, como o que se verificou no país ao longo da década de 80, transformava os instrumentos de programação orçamentária – construídos a partir de maio/junho de um ano, para viger no exercício subsequente – em verdadeiras peças de ficção, sem maior relação com o cenário econômico real que se poria no momento de sua execução propriamente dita.

17 A literatura especializada no tema aponta o escândalo dos "anões do orçamento" como um divisor de águas no que toca à neutralização da força individual de parlamentares ou da Relatoria da Comissão de Orçamento na alocação de recursos (consulte-se FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Política orçamentária e presidencialismo de coalisão*. Rio de Janeiro: FGV; Konrad Adenauer Stiftung, 2008. p. 51). As condutas patológicas à época identificadas resultaram na edição da Resolução n. 2/95 – CN, posteriormente substituída pela Resolução n. 1/2001, que disciplina o mecanismo de funcionamento da comissão mista permanente de Deputados e Senadores prevista no art. 166, § 1º, da CF, adotando estratégias de prevenção ao desvio como a garantia da representação partidária, relatorias setoriais e outros mecanismos.

18 Aqui não se usa a expressão "vinculatividade" no seu sentido estrito – do sistema orçamentário impositivo – mas sim aquele que, por expressar os já mencionados programas de ação, criam um compromisso verdadeiramente ético de concretização.

19 Desenvolvendo a afirmação da existência de um dever constitucional à orientação do agir estatal concretizador de seus deveres relacionados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais por intermédio de políticas públicas, consulte-se da autora: Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 82, p. 7-19, 2007; e, ainda, Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 48, p. 87-110, 2008.

face orçamentária desse planejamento que permitirá o controle em relação ao cumprimento efetivo desses mesmos projetos de ação.

Some-se a esse cenário a consagração da ideia da eficiência como vetor imponível à Administração, seja por força de expressa cláusula constitucional trazida à luz pela Emenda 19, seja pelo reconhecimento de que esse mesmo signo se revela em tempos de administração pós-moderna, indispensável à legitimidade do agir estatal. Do Estado se exige, agora, não mais a efetivação do gasto público especificamente autorizado – como se tinha na lógica do orçamento clássico, voltado exclusivamente ao controle dos elementos de despesa –, mas a concretização de planos de ação estatal orientados ao cumprimento de seus compromissos finalísticos, tudo pautado pelo signo da eficiência como elemento legitimador.

A autorização para dispêndio de recursos deixa de se apresentar como um fim em si mesmo, ou como uma cláusula de contenção de gasto sem a correspondente cobertura financeira; esse passa a ser elemento ancilar ao sistema orçamentário – e essa mudança de perspectiva não encontrou repercussão ainda na correspondente compreensão teórica ou mesmo na estrutura normativa infraconstitucional[20].

Completa esse quadro de inovações a consciência de que aquilo que se revela instrumento orientador de uma avaliação de eficiência, a saber, os instrumentos orçamentários de planejamento, há de ser necessariamente aberto à visibilidade, sem o que se perde o potencial em favor do controle (interno, externo ou social) dessa boa prática. Tenha-se em conta que a visibilidade de que aqui se cogita é aquela comprometida com um fluxo consistente de informações úteis, tempestivas e compreensíveis às diversas instâncias de controle que possam ter interesse no tema orçamentário e seus desdobramentos[21].

Essa reconfiguração dos instrumentos de planejamento orçamentário exige sobretudo uma reformulação da própria cultura orçamentária que, ainda hoje, se vê alvo fácil de relevantes fatores de constrição, seja quando se vê o processo sob o prisma da Administração, seja quando ele é percebido pela ótica da cidadania.

Urge resgatar a compreensão de que orçamento, como instrumento de planificação do agir estatal, há de guardar essa relação de dependência recíproca com as políticas públicas correspondentes – e, por essa razão (e não por outra), há de determinar uma auto-vinculação em relação à Administração Pública. Esse não será, todavia, um processo livre de dificuldades.

3.1. Fatores de bloqueio, sob o prisma do Estado, a uma cultura orçamentária democrática

Sob o ponto de vista do Estado, a existência de grupos de interesse organizados – que exercem, com mais ou menos clareza, sua intercessão sobre a construção orçamentária – se revela um importante elemento de constrição, na medida em que "*(...) leva à perpetuação das práticas do incrementalismo e da inércia na elaboração orçamentária (...)*"[22]. Uma abertura, de outro lado, à dimensão do resultado e da eficiência, é prática que entra em linha de contraste com esse mesmo incrementalismo e inércia, na medida em que expressa uma orientação no sentido da avaliação crítica permanente dos programas e ações em curso, ainda que disso decorra a recomendação de uma mudança radical nas políticas públicas até então em execução. Inércia e eficiência se constituem antítese em quase qualquer área do conhecimento, e a seara orçamentária, nesse particular, não se revela diferente.

Tenha-se ainda em conta que incidem, também sobre a cultura orçamentária na perspectiva do Estado, vários conflitos inerentes à pressão por gastos. O primeiro deles, a rigor, é inerente às próprias contradições da democracia, e tem identificação com precisão cirúrgica enunciada por SANTOS[23]:

> *O que cada cidadão deseja como soberano (o governo de que é elemento constitutivo) – a saber, impostos com que financiar a produção dos bens públicos, redistribuição de renda com o objetivo de minimizar desigualdades, etc., – esse mesmo cidadão repudia como súdito,*

---

20 A própria Lei Complementar 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, sempre apontada (com justiça) como uma conquista no campo da gestão fiscal, transparece ainda uma lógica predominantemente economicista, de equilíbrio de gastos, sem o estabelecimento da necessária correlação entre os gastos cogitados nos instrumentos orçamentários e os instrumentos de planejamento do agir estatal identificados como políticas públicas.

21 No tema, consulte-se da autora texto anterior: Transparência e governança: novas vertentes legitimadoras do agir do poder. *Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ano 25, n. 38, p. 25-27, maio/2008.

22 LUQUE, Carlos A. et al. O processo orçamentário e a apuração de custos de produtos e serviços no setor público no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 59, n.3, p. 309-331, jul./set. 2008.

23 SANTOS, Walderley Guilherme. *O paradoxo de Rousseau*: uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007. p. 73..

pois, nesta capacidade, deseja pagar o mínimo de impostos, desaprova egoisticamente ver sua renda diminuída em benefícios de quem quer que seja, etc.. E o que aspira como súdito – subsídios especiais, isenções tributárias, etc. – é para ele inaceitável, em sua capacidade de soberano, como programa de um governo universalista.

Já no equilíbrio entre fontes e gastos, o conflito democrático se instala e exige um balanceamento persuasivo nem sempre fácil, e que no mais das vezes passa longe da percepção da cidadania como um todo, que vê sempre na carga tributária uma indevida apropriação de riqueza empreendida por um Estado despido de maior sensibilidade para com as necessidades que são específicas desse mesmo cidadão.

Adentrando ao campo mais específico do dispêndio, tem-se uma segunda zona de conflito associada à permanente pressão para gastos além da capacidade de sustentação oferecida por sua base de arrecadação – o "*problema do uso de recursos comuns*"[24]. Observe-se que essa pressão se verifica, seja ao longo do processo legislativo de deliberação orçamentária, com a atuação dos diversos interessados; seja no momento de sua execução, quando a disputa envolverá, por vezes, interesses conflitantes no seio do próprio governo na disputa pelos recursos sempre escassos.

O problema cresce em dimensão quando se têm em conta as próprias limitações inerentes à orçamentação, que tem o volume total de gastos e ingressos hoje fortemente determinado por considerações macroeconômicas, que fixam verdadeiramente um teto global a demandas concorrentes[25]. A dificuldade residirá na promoção do equilíbrio entre os diversos competidores e uma mesma fatia de gastos e ainda os imperativos de solução dessa competição, a partir de uma ótica de gestão fiscal responsável[26].

Finalmente, milita em desfavor de uma cultura orçamentária mais transparente, ainda numa perspectiva do próprio Estado, a conveniência em se preservarem na execução orçamentária – momento da vida financeira do Estado reservado exclusivamente ao juízo decisório do Executivo – instrumentos de flexibilização dos parâmetros legislativos anteriormente estabelecidos. É por intermédio dos conhecidos créditos suplementares que as deliberações havidas no Parlamento são reconfiguradas segundo as prioridades de um só dos agentes constitucionalmente indicados à formulação da estratégia de alocação de recursos – e, mais uma vez, o caráter democrático em sentido amplo do processo orçamentário se tem por descaracterizado, com forte concentração de poder em favor do Executivo.

Não é ociosa para a compreensão das patologias no campo da ação orçamentária – e de seus prejuízos para o atendimento à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e, mais ainda, para o desenvolvimento da função administrativa – a nota relacionada também ao empobrecimento da participação do Congresso Nacional dos últimos anos. Isso porque, não obstante os critérios formais de reserva de competência em favor do Legislativo na formação de vontade em tema de gastos públicos, outras estratégias têm sido desenvolvidas pelo Executivo no sentido de dessubstancializar a participação do Parlamento nessa especial deliberação, sendo útil a síntese de SANCHES[27] das principais manifestações dessa mudança na correlação de forças:

> a) o grande número de modificações nas leis de diretrizes orçamentárias por intermédio de medidas provisórias[28]; b) a crescente prevalência do Poder Executivo na definição das programações a implementar; c) a ampliação dos programas financiados por operações de crédito e o crescimento das respectivas contrapartidas; d) as limitações ao âmbito e valor das emendas dos

24 LUQUE, Carlos A. et al. *O processo orçamentário* ... p. 311.

25 BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública en el régimen democrático*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 144-145.

26 Evidência mais palpável do triunfo de uma mentalidade de gestão fiscal responsável é a ausência de modificações, até a data em que se escreve o presente artigo, no texto da Lei Complementar 101/00, que, depois de fortes críticas por ocasião de sua promulgação, culminou por se afirmar como parâmetro legislativo relevante ao equilíbrio de contas das entidades federadas – condição *sine qua non* para o desenvolvimento, por parte desses mesmos atores, de seus misteres constitucionais.

27 SANCHES, Osvaldo Maldonado. A atuação do Poder Legislativo no orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 5-23, abr./jun. 1998.

28 Tenha-se em conta que o texto transcrito data de 1998 – anterior, portanto, à Emenda Constitucional n. 32, que, acrescentando o § 1º e seus incisos ao art. 62 da CF, passou a vedar a utilização de medidas provisórias para fins de alteração de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º. A observação segue, todavia, pertinente, seja porque dá conta de uma prática desenvolvida ao longo de 10 anos e que veio a exigir emenda constitucional para sua retificação; seja porque, ainda com os termos estabelecidos pela Emenda Constitucional n. 32, o uso de medidas provisórias em matéria orçamentária seguiu ocorrendo, fundado na ressalva do art. 167 § 3º, da CF, até a recente censura de parte do STF havida nos autos das Medidas Cautelares em ADIs 4048, Rel. o Min. Gilmar Mendes, e 4049, Rel. o Min. Carlos Britto, em relação aos abusos na classificação, como especiais, de créditos orçamentários abertos por intermédio de medida provisória destinados ao enfrentamento, em verdade, de despesas absolutamente ordinárias.

parlamentares; e) a ênfase na obtenção de maiores alocações em favor das unidades federativas ao invés de nos empreendimentos estratégicos para todo o País; f) a criação de rotinas com ênfase na melhoria dos processos ao invés de na qualidade das decisões; g) as limitadas preocupações com o acompanhamento e avaliação dos resultados.

Urge portanto integrar à pauta de mudanças culturais uma recuperação do caráter democrático do processo no sentido mais substantivo da expressão, em que o signo decorra não da participação formal da instância organizacional composta a partir do critério censitário, mas sim da efetiva deliberação informada nas escolhas alocativas manifestas no orçamento público.

3.2. Fatores de bloqueio, sob o prisma da cidadania, à democratização da deliberação e execução orçamentária

Na visão da cidadania, de outro lado, o sentimento é de "impotência coletiva";[29] de que há temas em relação aos quais a nossa capacidade de interferência efetiva é extremamente reduzida – e dentre eles despontam os obscuros caminhos da deliberação orçamentária.[30]

A par disso, não resta consolidada dentre a cidadania a associação inequívoca entre orçamento e ação pública. Dessa forma, não é incomum que a mobilização social em torno de uma determinada iniciativa não se veja acompanhada do respectivo suprimento orçamentário, a partir de uma equívoca impressão de desimportância daquela matéria. O resultado é a inviabilização da iniciativa por ausência de fonte de financiamento, e um crescente sentimento de frustração em relação às potencialidades reais de uma participação social mais efetiva nas escolhas públicas.

Se o tema se transporta para a provocação principal desse texto – as implicações entre função administrativa e efetividade de direitos fundamentais – o alijamento da sociedade importa em esvaziar as possibilidades de debate em relação àquilo que o texto constituinte, estrategicamente, delegou à atuação legislativa ordinária, a saber, a configuração precisa do conteúdo dos direitos. Ora, é no campo do orçamento, como reflexo financeiro dos planos de ação estatal, que se terá a tradução das escolhas relacionadas ao atendimento a direitos fundamentais, escolhas essas que se veem, por sua vez, marcadas pelo traço da mutabilidade[31]. Abdicar da participação como mecanismo legitimador dessas mesmas escolhas, seja na sua formulação originária, seja na sua reconfiguração decorrente da abertura à mudança que lhes é inerente, implica empobrecimento do processo de escolha pública, dificultado pela escassez de recursos e pelos interesses múltiplos representados nas sociedades pós-modernas.

Fato é que, dessa conjugação entre pretensão ao monopólio da atividade de orçamentação de parte daqueles que lutam no processo legislativo ou na execução da Lei de Meios, pela destinação em seu favor desses mesmos recursos, e cidadania ausente ou desencantada, resulta um sistema orçamentário pouco afeito à abertura democrática e, portanto, com alto risco de distanciamento entre decisão financeira e interesse público.

Tenha-se ainda em conta que os tempos são de valorização da governança como forma de direção social, apresentando-se o governo (idealmente) como o elemento nuclear de uma rede de interações, interdependências e cooperações que hão de ter lugar entre atores governamentais, mas também entre aqueles originários das organizações privadas e sociais. Nesse contexto, a confiabilidade dos instrumentos orçamentários de planejamento do agir estatal assume importância capital no sentido de gerar atratividade à participação na governança, desses mesmos atores não governamentais, cuja colaboração se repute útil à direção dos rumos da sociedade[32]. Afinal, se o convite originário do Estado

29 A expressão é de BAUMAN, apontando justamente um paradoxo entre o sentimento de que não existem mais grandes liberdades a serem conquistadas, mas que, de outro lado, predomina hoje uma grande impotência no que toca à intervenção efetiva no enfrentamento das questões coletivas (BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política.* Rio de Janeiro: J. Zahar Ed., 2000. p. 10).

30 É certo que nessa matéria sobressai, como insistente contradita a esse sentimento de descrédito, a experiência do orçamento participativo que, em que pese ao debate quanto a seu efetivo êxito, sem sombra de dúvida envolve algum nível de participação em tema que normalmente é restrito à tecnocracia ou aos (poucos) políticos mais versados na matéria. No tema, empreendendo a análise da experiência sobre perspectivas distintas – respectivamente, de sua capacidade de adesão à tributação, e de sua circularidade como experiência institucional – consulte-se BAQUERO, Marcello e SCHNEIDER, Aaron. Bases de um novo contrato social? Impostos e orçamento participativo em Porto Alegre. *Opinião Pública,* Campinas, v. 11, n. 1, p. 94-127, mar. 2005. e WAMPLER, Brian. A difusão do orçamento participativo brasileiro: "boas práticas" devem ser promovidas? *In Opinião Pública,* Campinas, v. 14, n. 1, p. 65-95, jun. 2008.

31 CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. *Tragic choices*: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton, [s.d.] p. 19.

32 AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *Gobernanza y gestión pública.* México: FCE, 2006.

se volta à construção de relações de articulação de esforços, é preciso que o parceiro tenha por claro e controlável aquilo que o Poder Público se propõe executar nessa associação de forças.

Mudança de cultura orçamentária se constitui esforço assinalado ao Estado, que há de se iniciar pela abertura à realidade, à experiência concreta, "(...) *actitudes básicas del talante ético desde el que deben construirse las nuevas políticas públicas*" [33]. É a análise da prática orçamentária comprometida com essa mesma realidade – seja no seu braço de concepção, seja no de execução – que permitirá a formulação de novas propostas que possibilitam corrigir e retificar aquelas características do sistema orçamentário que se revelem ainda hoje a serviço de outros propósitos, que não os de viabilização do adequado cumprimento pelo Estado dos deveres que para ele decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

4. ORÇAMENTO PÚBLICO, TENSÃO INERENTE ENTRE RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE

Localizada a estrutura constitucional do orçamento público na sua dimensão histórica e de funcionamento como prática política – tudo isso como vetores a favorecer a compreensão de sua moldura jurídica de atuação – urge superar um outro questionamento atinente à tensão permanente na matéria, entre rigidez e flexibilidade.

Em tempos de crise de representação, a resposta instintiva que se apresenta às deficiências de estrutura e funcionamento do sistema orçamentário parece ser uma crescente parametrização normativa dessa mesma disciplina[34]. Tal diagnose do problema soa inteiramente identificada com a tradição da chamada hiperjuridicidade[35]; a saber, um hiperdimensionamento do legalismo na cultura da ação pública, que passa a se fechar em considerações atinentes à correção jurídica de sua atuação, sem maior abertura às demais variáveis que presidirão uma avaliação quanto à própria eficiência dessa atuação.

A trajetória do incremento da rigidez orçamentária – como suposta garantia, por sua vez, da concretização das políticas públicas, servientes que são dos direitos fundamentais – deixa de ter em conta a própria dinâmica desses mesmos direitos, cuja configuração envolve, necessariamente, uma maior interatividade na relação com os cidadãos, seus destinatários últimos, que, como tal, hão de ver reconhecido em seu favor um papel relevante na sua configuração.

Percebidos os vícios políticos no viver do orçamento, fica ainda a impressão de que a melhor estratégia corretiva seja a rigidez, pelo que ela representa (supostamente) de favorecimento às ações de controle. Nessa linha de consideração se inserem as iniciativas já concretizadas de inclusão no texto constitucional de figuras de vinculação de gastos, como aqueles atinentes ao estabelecimento de patamares mínimos de dispêndio em educação e saúde, e, ainda, outras propostas de mesmo matiz, que recorrentemente se apresentam no cenário político[36].

Essa aproximação do problema, todavia, se revela apressada e, a rigor, distanciada da compreensão substantiva de controle – e portanto, a pretexto de servi-lo, apequena as suas potencialidades.

A modernização do conceito em si de controle público evidencia o equívoco, como leciona DROMI[37]:

> La razón de ser del control público de las rentas y cuentas del Estado reconoce en el nuevo milenio su finalidad primaria de acreditar la legalidad, como exigencia democrática y republicana, pero también abarca otros valores como la conveniencia, la eficacia, la transparencia, la etica y la calidad de la gestión publica.

Não se teria adequadamente servido o mister de controlabilidade da ação pública – notadamente, aquele que *ex vi constituitionis,* é de ser presidida pela eficiência, funcionalmente orientada à garantia da centralidade da pessoa – pela concepção do orçamento público

33 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*: adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006. p. 27.

34 Registre-se que o estabelecimento de distintos graus de vinculatividade aos instrumentos orçamentários é proposta que já se viu apresentada no Poder Legislativo várias vezes, valendo citar a PEC n. 22/2000 originária do Senado, de autoria do Senador Antonio Carlos Magalhães, e mais recentemente, na Câmara dos Deputados, dentre outras, as PECs 385/2005 e 281/2008.

35 BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública en el régimen democrático.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 30.

36 A prática administrativa, de outro lado, evidencia a fragilidade dos mecanismos de vinculação de despesas, na medida em que a classificação dos programas de ação estatal numa ou n'outra macrofunção nem sempre se revela clara – e com isso, a rigor, dá-se uma abertura para distorções em relação ao objetivo pretendido que é a garantia de um mínimo de inversão naquele segmento de atuação estatal.

37 DROMI, Roberto. *Modernización del control público*. Madrid-Mexico: Hispania Libros, 2005. p. 81.

fundado exclusivamente em padrões de rigidez cuja lógica, a rigor, é do estabelecimento de uma espécie de presunção de adequação dos programas de ação estatal como originalmente concebidos, presunção essa que, por vezes, ou não se justifica na sua origem (pelas distorções na formulação dessas mesmas políticas públicas), ou ainda vem a se descaracterizar pela dinâmica que é própria aos fenômenos políticos, econômicos e sociais que se manifestam em relações de intervenção recíproca, com a função administrativa.

Um exemplo pode iluminar a compreensão do argumento. Tenha-se em conta um evento da história recente em nosso próprio país: a crise energética e o esforço de prevenção de "apagão" havida em 2001. Na ocasião, extremado o risco de desabastecimento nacional de energia elétrica, o governo federal deflagrou medidas sistemáticas – educativas e de cunho tributário – direcionadas à redução do consumo de energia elétrica, obtendo os resultados desejados de economia. O reflexo todavia foi forte nos orçamentos públicos dos Estados, pelo decréscimo absolutamente inesperado de suas correspondentes receitas de ICMS. O exemplo é típico das indeterminações que podem pairar sobre a matéria orçamentária – na medida em que, no plano das receitas, o que se tem é simples prognóstico de ingressos – e já permite afirmar que o excesso de rigidez no campo orçamentário pode comprometer a necessária flexibilidade que é de se reconhecer ao Poder Público, seja com vistas a asseguração da continuidade das ações administrativas, seja para empreender às reconfigurações que venham a ser reclamadas pelo interesse público.

Mas não é só por força das contingências, a que está sujeita a execução orçamentária, que é de se afastar a opção pelo enrijecimento excessivo como alternativa de solução na disciplina orçamentária. Também sob o aspecto da própria função administrativa em países ainda em desenvolvimento, é de se ter em conta a necessidade de se superar a velha ótica confortadora do controle formal. Clássica a lição de GUERREIRO RAMOS[38]:

> A prática e os princípios administrativos do ocidente derivam de uma preocupação com controle, e por isso têm pouco valor para a administração do desenvolvimento em países subdesenvolvidos, onde há necessidade de uma administração adaptativa, capaz de incorporar constantes mudanças. A pesquisa e teorias das ciências do comportamento permitem deduzir princípios para uma administração adaptativa, os quais devem tornar-se os objetivos dos administradores do desenvolvimento. Como exemplos de tais princípios, vale mencionar: um clima de inovação, operacionalização e compartilhamento de objetivos; combinação de planejamento (pensar) e ação (fazer); minimização de provincialismo; difusão de influência; maior tolerância para com a independência, evitar a buropatologia.

Mais ainda, se a Administração Pública do século XXI se caracteriza também pela valorização da governança na gestão, isso estará a exigir uma adaptabilidade às efetivas contribuições dos atores não governamentais, inclusive na assunção integral ou compartilhada da execução de tarefas de interesse público, mas não estatais. Tais relações de articulação revelam-se, por definição, dinâmicas, e hão de deitar reflexos no campo dos gastos públicos, o que também está a evidenciar a inadequação do caminho da rigidez.

Nesses termos, nem os supostos benefícios ao controle, nem tampouco os novos desafios postos à Administração Pública justificam a aplicação de uma lógica excessivamente rígida ao sistema orçamentário. Mas como conciliar uma nova cultura, que já se afirmou recomendável em matéria de concepção e execução do orçamento, com a necessária abertura à resiliência que a própria complexidade das relações, sobre as quais incide a função administrativa, está a recomendar?

5. Função administrativa, orçamento e participação: uma primeira aproximação normativa

Iniciou-se o presente texto com a afirmação de que o reconhecimento da jusfundamentalidade de direitos e a reconfiguração da função administrativa, decorrente da uma opção por um Estado que se afirma democrático e de direito, constituem a síntese dos desafios postos ao direito público no início do século XXI. A inequívoca aproximação das duas ideias se tem na feliz construção de ALLI ARANGUREN[39], que afirma que o interesse público, no Estado social e democrático, se fundamenta no respeito, na potenciação e na garantia dos direitos fundamentais, disso decorrendo que o direito administrativo passa a ser entendido como um ordenamento voltado à regulação e à garantia daquilo que seja cometido ao Estado pelo Texto Constitucional.

38 GUERREIRO RAMOS, Alberto. A nova ignorância e o futuro da administração pública na América Latinas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 17, n.1, p. 32-65, jan./mar. 1983.

39 ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 185-186.

Se essa atuação garantista – seja porque se traduz em prestações propriamente ditas, seja porque exige a estruturação de um aparato estatal apto a assegurar livremente o exercício de direitos – envolve, por sua vez, a inversão de recursos, tem-se como decorrência imediata o papel central do sistema orçamentário como mecanismo constitucionalmente traçado para a distribuição desses mesmos meios de financiamento do agir estatal. É nesse contexto que se afirma a indissociação entre direitos fundamentais, garantidos que são pela função administrativa, e orçamento, como projeção financeira do desenvolvimento dessa mesma atividade.

Promovida a aludida aproximação, o que se segue como pauta reflexiva é o caminho possível de incorporar ao processo de deliberação e execução orçamentária a participação – essência mesmo da democracia.

Nem se diga que essa característica já se possa ter por prestigiada pela intervenção do órgão de representação legislativa. Afinal, já no subtítulo 3.1 se destacaram os elementos a influírem – nem sempre de maneira favorável – no processo de construção e execução orçamentária, restando evidente que a arquitetura institucional tradicional não será capaz de, por si só, oferecer resposta aos desafios de legitimação e transparência envolvidos na tradução orçamentária dos programas de ação estatal.

Se abertura à realidade e à incorporação de mudanças se apresenta como traço marcante da gestão pública no século XXI, como decorrência do próprio dinamismo que pauta as relações sociais pretendidas disciplinar pela atuação estatal; resta evidente que os mecanismos atinentes ao planejamento e orientação desse mesmo agir hão de guardar essa mesma flexibilidade, como já afirmado no subtítulo 4. A contrapartida democrática dessa abertura, todavia, haverá de ser o favorecimento à participação – não como objetivo político, mas como método político[40], compreendendo, portanto, não só uma finalidade em abstrato pretendida alcançar ao final da ação política, mas sim um modo de atuação do poder.

Importante consignar que essa orientação veio de ser normatizada pela recentíssima aprovação da Lei Complementar 131 de 27 de maio de 2009, que, empreendendo a alteração na Lei de Responsabilidade Fiscal, reforçou a importância da participação em alguns segmentos da ação orçamentária, a saber: 1) no processo de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos mediante audiências públicas (art. 48, Parágrafo Único, I, da Lei Complementar 101/00); 2) no plano da execução orçamentária, pela via da liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público (art. 48, Parágrafo Único, II, da Lei Complementar 101/00). Nem por isso se pode sustentar que a trajetória no sentido da concretização da participação que é efetivamente requerida por um estágio de finanças públicas democráticas se tenha efetivamente alcançado.

Embora os preceitos enunciados pela mencionada Lei Complementar 131 reforcem o comando no sentido da visibilidade dos gastos públicos,[41] fato é que as regras em comento insistem em tratar o orçamento e as providências atinentes à sua execução como matéria dissociada das ações estatais que a tríade orçamentária viabiliza. Perdeu-se a oportunidade de reforçar o necessário vínculo de legitimação entre a providência orçamentária e as políticas públicas correspondentes – com o que reincide o sistema normativo na fragmentação de elementos que, a rigor, guardam relação de verdadeira simbiose.

Não é ocioso registrar que a própria LRF, em sua redação inicial, inovou no trato do tema orçamentário, com a incorporação ao instrumento legislativo previsto no art. 165, II, da CF de elementos que transcendem à mera especificação de dispêndios. A referência se faz aos Anexos de Metas e de Riscos Fiscais, que compreendem uma explicitação de intenções e possíveis contingências que estão a orientar o planejamento, e cuja

40 RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*. Caracas: Ed. Sherwood, 2005. p. 39.

41 O prestígio à visibilidade dos gastos públicos como mecanismo apto a facilitar o exercício do controle social se tem verificado em vários campos do agir administrativo, sendo ilustrativa a referência aos termos da Suspensão de Segurança n. 3902, decisão do Presidente, o Min. Gilmar Mendes, decisão em 8/07/2009, em que se empreendeu, a requerimento do Município de São Paulo, a suspensão de liminares deferidas no âmbito do Tribunal de Justiça daquele Estado, que haviam determinado a não divulgação no sítio eletrônico da Prefeitura de São Paulo de lista nominal de todos os servidores públicos municipais, qualificados por: cargos base, cargos em comissão, remunerações brutas e unidades de lotação. Prevaleceu, na análise da Presidência, o interesse público subjacente à divulgação dos gastos públicos, e correspondente monitoramento dos limites constitucionais incidentes na matéria.

concretização haverá de determinar reflexos sobre essa mesma prospectiva. É certo que os mencionados anexos servem a uma lógica fiscal *stricto sensu*, diretamente relacionados ao comportamento possível de receita e despesa – mas não parece totalmente estranho a essa mesma lógica de prospectiva e prevenção que se tivesse um Anexo de Metas Sociais, com o robustecimento da correlação entre receitas e gastos cogitados, e os respectivos programas de ação que orientam a cogitada inversão de recursos públicos[42].

Outro velho vício no qual reincide a recente iniciativa legislativa (Lei Complementar 131/09) é o uso do conhecido mecanismo da audiência pública como suposto instrumento de visibilidade e garantia à participação. não obstante a disseminação das audiências públicas como instrumento por excelência de ampliação do universo de participantes da escolha pública[43], fato é que a sua efetividade como caminho à participação social ainda permanece uma incógnita, seja pela abertura semântica da própria expressão, seja pela ausência de cominação à sua inobservância[44], seja pela não vinculatividade da Administração àquilo que ali se venha a suscitar como objeção.

O instituto, apequenado na sua extensão pela mantença de uma prática fechada às contribuições que esse mecanismo dialógico possa proporcionar, pode se apresentar mais como um recurso simbólico – que supostamente legitima a decisão que é por ele precedida – do que como um real mecanismo apto a ensejar a participação como ferramenta de aperfeiçoamento do agir administrativo. Tem-se aqui, uma vez mais, uma projeção da abertura à realidade como um traço indispensável de uma administração que almeje se qualificar como boa, na lição de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ [45].

Com erros ou com acertos, têm-se hoje preceituado o vetor da participação como garantidor da transparência na gestão fiscal – e, mais ainda, a explicitação da legitimidade em favor da cidadania para promover a representação perante os Tribunais de Contas ou Ministério Público pelo descumprimento das normas constante da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A mensagem implícita a esse tipo de preceituação é a importância da disciplina orçamentária – como até aqui se veio demonstrando – na viabilização do adequado desenvolvimento da função administrativa, donde a atração e potencialização do vetor da visibilidade a essa mesma seara. A estratégia, todavia, suscita um problema clássico no campo do investir em controle social, a saber, o da dissociação entre os mecanismos institucionais de seu exercício e a prática social[46].

A dúvida, todavia, reside no seguinte: é possível sustentar, com um mínimo de realidade, que a participação no tema do orçamento público possa efetivamente instrumentalizar esse compartilhamento decisório legitimador das escolhas relacionadas ao espectro, dimensão e intensidade de condutas a serem desenvolvidas pela função administrativa?

---

42 Em verdade, a proposta de explicitação de indicadores de metas sociais, exigibilidade de relatórios de gestão social e outros mecanismos de aferição do cumprimento dos deveres de agir relacionados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais é matéria que vem sendo cogitada já em diversas iniciativas legislativas, que vão desde emendas constitucionais (consulte-se a PEC n. 29/2003, aprovada em primeiro turno no Senado Federal) passando ainda por projetos de lei complementar (por todos, consulte-se o PLP 264/2007).

43 Do texto constitucional, sugerindo o uso das audiências públicas, se extraem as seguintes preceituações: 1) art. 29, XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal; 2) art. 194, parágrafo único, VII – participação da comunidade nas decisões sobre a seguridade social; 3) art. 198, III – participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; 4) art. 204, II – a participação da população através de organizações representativas na formulação de políticas de assistência social; 5) art. 225, *caput* – implicitamente impõe à sociedade o dever de atuar para defender e preservar o meio ambiente; 6) art. 58, parágrafo 2º, II – adoção nominal pelas comissões do Congresso Nacional, nas matérias de sua competência, de audiências públicas com entidades da sociedade civil.

44 Consigne-se a proposta de FONSECA no sentido de que caiba aos Tribunais de Contas, no desenvolvimento de seu mister constitucional, "(...) *exigir a comprovação de que a sociedade teve oportunidade de ser ouvida, que há no município um real incentivo à participação popular, como exige o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e que as audiências públicas presvistas nessa lei e no Estatuto da Cidade foram efetivamente realizadas, como condição para a emissão de certidão negativa e aprovação das contas.*(FONSECA, Gilberto Nardi. A participação popular na administração pública. Audiências públicas na elaboração dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 40, n. 160, p. 291-305, out./dez. 2003.

45 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*: adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril. Navarra, Ed. Aranzadi, 2006.

46 BUGARIN, Maurício Soares, VIEIRA, Laércio Mendes e GARCIA, Leice Maria. *Controle dos gastos públicos no Brasil*: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003. p. 175.

6. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA, ORÇAMENTO E PARTICIPAÇÃO: UM ESBOÇO DE AGENDA PARA REFLEXÃO

O argumento mais comum de crítica às potencialidades da participação social como mecanismo de compartilhamento de decisão numa perspectiva de governança – ou mesmo de controle – do desenvolvimento da função administrativa voltada ao atendimento a direitos fundamentais envolve o desinteresse da cidadania pelos temas públicos, tópico já mencionado nesse mesmo trabalho. Esse desinteresse pode determinar ou a falta de motivação para o desenvolvimento de uma prática democrática deliberativa, ou ainda o desvirtuamento da representação social, que reivindica por vezes uma vocalização dos interesses da sociedade como um todo, em tempos que não comportam mais essa pretensão unificadora[47].

Todavia, é de se ter em conta que, lado a lado com esse dado verdadeiramente cultural, caminha a grande dificuldade que também se apresenta ao cidadão na compreensão e processamento das informações que lhe sejam disponibilizadas[48]. Fragmentação das informações, tecnicismos excessivos, ausência de uniformidade na sua apresentação, dissociação entre os dados orçamentários e as políticas públicas por eles servidas; todos esses são elementos constritivos de uma participação social efetiva. Sobre todos – e mais grave – tem-se os problemas atinentes à assimetria das informações entre representantes e representados, e, ainda, entre gestores públicos e população.

O resultado – sob o prisma do problema proposto analisar – é a incompreensão do equacionamento traduzido nos instrumentos orçamentários das relações entre escassez de recursos e aumento progressivo de demandas; e ainda o comprometimento das ações de controle que possam incidir sobre um instrumento que prima pela ausência de clareza.

Tem-se então reforçada uma ruptura – na verdade, irreal – entre prioridades do agir estatal, traduzidas, em políticas públicas, e os correspondentes meios de financiação, estado de coisas que favorece o argumento retórico de que determinadas demandas sociais estão efetivamente contempladas (quando não encontram o suporte orçamentário-financeiro correspondente); ou ainda de que uma demanda nova não possa ser incluída no espectro de ações públicas pela ausência de recursos (que, em verdade, estão destinados a programas de ação que não guardem relação direta com o atendimento aos deveres de agir decorrentes de tutela a direitos fundamentais).

Nesse contexto, hão de se acirrar as tensões entre demandas sociais não respondidas e decisões governamentais de priorização e alocação de recursos não reconhecidas pela sociedade como legítimas. Agrava-se a crise de representação, e a solução apontada como possível no momento – controle judicial – não parece oferecer resposta a essa questão, pela sua incapacidade de avaliar a matriz de atuação da função administrativa em sua plenitude e complexidade.

A proposta, todavia, em tempos de gestão pública presidida pelo signo da governança, é de que a participação social venha a se converter em verdadeira fonte do direito administrativo, seja com a tradução das demandas identificadas pela sociedade e dirigidas diretamente ao Estado, seja pela proposta de soluções cuja arquitetura não tenha ainda sido concretamente enfrentada pela referida ciência. O afastamento do signo de verticalidade nas relações entre Poder Público e cidadania é de ser internalizado nas organizações públicas com o reconhecimento inclusive da aptidão de aprendizado, de parte do governo, a partir da sociedade[49].

47 *Apesar do fim da ditadura, algumas das organizações da sociedade civil continuaram com um discurso em que se autorrepresentaram como a voz do conjunto da sociedade. Porém, em tempos de democracia, a permanência deste discurso produz efeitos inversos, de despolitização da sociedade e de deslegitimação do Estado democrático. Por quê? Porque cria a ilusão de que a sociedade civil pode representar a sociedade "no seu conjunto". Ora, o fundamento da vida democrática é a tensão constante entre os diferentes grupos sociais e a diversidade de instituições que procuram representá-los.* (SORJ, Bernardo. Sociedade civil e política no Brasil. *In:* SORJ, Bernardo; OLIVEIRA, Miguel Darcy. *Sociedade civil e democracia na América Latina*. Crise e reinvenção da política. São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso ; Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2007. p. 63-64)

48 TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 43.

49 É de AGUILAR VILLANUEVA a explicitação de que o grosso dos políticos latino-americanos e intelectuais, incluindo-se aqueles que se dedicam ao tema das políticas públicas, não tenha podido ou querido propor o estudo do problema da governança – em que pese às incapacidades e restrições diretivas dos governos – porque o enfoque governamentalista de direção da sociedade nos é como uma segunda natureza, e permaneceu intocado, não obstante nossos neoliberalismos e transições democráticas. As transições democráticas significaram um referendo à concepção governamentalista de governação, e não à sua problematização. (AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *Gobernanza y gestión pública*. México: FCE, 2006. p. 106)

Para tanto, é preciso que as atenções se desloquem para uma nova dimensão do vetusto princípio da publicidade, renomeado de visibilidade ou transparência. Só se apresenta como efetivamente instrumental à participação social e ao controle, inclusive de legitimidade, uma concepção de publicidade que compreenda a inteligibilidade dos dados que se publiciza – e essa é de ser o próximo tema na agenda de democratização da função administrativa e suas implicações com o orçamento.

Publicidade em matéria orçamentária é a garantia do acesso compreensível às decisões ali traduzidas – e, para tanto, é preciso investir não só na inteligibilidade das informações que os vários sistemas de transparência hoje veiculam, mas também desenvolver esforços no campo da pedagogia das decisões administrativas e sua respectiva orçamentação.

Só o aprofundamento dessa função educativa – de explicitação à sociedade das constrições legais e fáticas do orçamento, e de sua dinâmica de execução – permitirá o deslocamento da participação para a gênese da própria despesa pública, com o que se poderá inclusive reorientar de forma eficaz um programa de ação estatal mal concebido.

Mas a quem é de se reconhecerem os deveres relacionados ao desenvolvimento dessa mesma função pedagógica? Parece razoável sustentar incumba à própria Administração essa iniciativa – sem prejuízo dos órgãos de controle externo. Isso porque, em última análise, a facilitação da participação e respectivo controle social reforçam o signo de legitimidade da ação estatal – e esse esforço, de legitimação, em tempos de superação do velho paradigma da legalidade estrita, é tarefa posta inequivocamente à própria função administrativa[50].

A visibilidade sem pedagogia mantém a participação social refém do fato consumado, e minimiza as potencialidades do controle, circunscrevendo-o ao campo sempre mais difícil da repressão, afastando-o do terreno mais eficaz da prevenção. Expandir as possibilidades de participação é permitir à sociedade que, na sua pluralidade de interesses ali presentes, entenda o que se passa e, assim, possa efetivamente contribuir para uma deliberação consciente e para o aprimoramento da gestão pública.

A textura aberta dos direitos fundamentais – já se disse – cede ao legislador, e, na sequência, ao administrador, o espaço de decisão em relação às providências de sua concretização. Essa escolha, em tempos de Estado Democrático de Direito, há de ser legitimada pelo seu potencial de oferecer resposta aos desafios de concretização de direitos fundamentais; mas o juiz último dessa adequação há de ser a própria sociedade. Se tais direitos são compreendidos como conquista histórica do gênero humano, desde aqueles de liberdade até as novas dimensões de direitos fundamentais da democracia, afastar a sociedade da identificação de seu conteúdo, ou do controle do conteúdo que a eles foi conferido pela tecnocracia, é uma contradição em seus próprios termos.

Se o conceito da nova governança é um conceito descentralizado da direção social, é preciso que a sociedade, mais do que convidada a assistir à concretização de decisões do poder, seja chamada efetivamente a compartilhá-las, expressando, a partir de uma perspectiva de real conhecimento, o seu juízo de aprovação ou desaprovação – esse, sim, o elemento legitimador que a tudo justificará.

50 Vale destacar a iniciativa já desenvolvida pela Controladoria-Geral da União, voltada à pedagogia do controle social, através do programa "Olho vivo no dinheiro público" , que contempla cinco ações, todas complementares entre si: 1) educação presencial, que pode ser oferecida em encontros/ eventos básicos e complementares; 2) educação a distância; 3) elaboração e distribuição de material didático; 4) incentivo à formação de acervos técnicos; e 5) parcerias e cooperação institucional. (Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/olhovivo/OPrograma/index.asp>. Acesso em: 22 jul. 2009).

A proteção dos "direitos e garantias individuais" em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF

RODRIGO BRANDÃO[1]

"Creio que na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional, que proíbe a deliberação sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o intérprete não pode fugir de uma certa carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos e garantias nela inseridos" (Sepúlveda Pertence).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As principais divergências doutrinárias em torno da positivação dos "direitos e garantias individuais" como cláusulas pétreas (art. 60, p. 4, IV, da CF/88); 3. A proteção dos "direitos e garantias individuais" em face de Emendas Constitucionais na jurisprudência do STF; 3.1 À guisa de introdução: a possibilidade de o STF declarar inconstitucional Emenda Constitucional; 3.2. O "*leading case*": A garantia da anterioridade tributária e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-DF (não aplicação da anterioridade ao IPMF, EC n. 03/93); 3.3. A garantia da anualidade eleitoral e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8 ("verticalização" e anterioridade eleitoral, EC n. 52/2006); 3.4. A proteção superconstitucional conferida aos direitos sociais. ADIn n. 1946/DF: licença à gestante e o art. 60, p. 4, IV, da CF/88; 3.5. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. O caso da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos e a inexistência de direito adquirido a não ser tributado; 3.6. Direitos adquiridos e emendas constitucionais: o MS n. 24875 e o teto remuneratório, à luz da EC n. 41/2003; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Como se vê do seu art. 60, parágrafo 4, IV, a Constituição de 1988 inseriu os "direitos e garantias individuais" no elenco dos limites materiais ao poder de reforma, ao lado da forma federativa de Estado, do voto direto, universal e periódico e da separação dos Poderes. Salienta-se, contudo, que a atribuição explícita de "superconstitucionalidade"[2] aos direitos e

1 Mestre e Doutorando em Direito Público pela UERJ. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da Pós-Graduação da FGV-Rio e da UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

2 A expressão é de VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

garantias individuais consistiu em novidade de relevo do constituinte de 1988, pois era da tradição do direito positivo brasileiro considerar cláusulas pétreas apenas a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado.[3]

Diante do reduzido rol de "cláusulas intangíveis" contidas nas nossas Constituições pretéritas, parecia natural o surgimento de indagações a respeito da existência, ou não, de limites materiais implícitos ao poder de reforma constitucional. Especificamente quanto aos direitos fundamentais, Nelson de Souza Sampaio, em obra clássica, reconhecia a sua supraestatalidade, inserindo-os no âmbito das decisões políticas fundamentais do constituinte que, na forma da lição de Schmitt, consubstanciam a identidade da Constituição, sendo insuscetíveis de alteração por revisão constitucional, mas apenas por nova manifestação do constituinte originário.[4] O emérito constitucionalista baiano ressaltava, com acerto, que, embora tal posição fosse dominante na doutrina, "*a imprecisão no caracterizar esses direitos e fixar-lhes o número*" fazia com que, na prática, as emendas constitucionais não estivessem, efetivamente, jungidas aos direitos fundamentais.[5]

Assim, a Constituição de 1988, ao conceder expressamente o *status* de cláusula pétrea aos "direitos e garantias individuais" (em seu art. 60, § 4, IV), desempenhou a importante função de colocar uma pá de cal na discussão acima, tornando inequívoca a inviabilidade de emendas constitucionais os suprimirem, ao menos de forma constitucionalmente legítima. Nada obstante, a definição concreta de quais direitos assumem, de fato, o *status* de limites ao poder de reforma subsiste como questão profundamente controvertida na doutrina pátria. As seguintes linhas destinam-se a expor, de forma simplificada e sistematizada, as principais correntes que se digladiam na doutrina, além da defesa da posição que nos parece mais adequada. No próximo item, procederemos a uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da exegese do art. 60, § 4, IV, da CF/88, sobretudo com vistas a identificar pontos de contato com os mencionados debates doutrinários.

2. AS PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS EM TORNO DA POSITIVAÇÃO DOS "DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS" COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

A partir de uma interpretação literal do citado dispositivo pode-se afirmar que todos os direitos arrolados nos incisos do art. 5º, e nenhum outro, seriam considerados cláusulas pétreas, tendo em vista veicularem, na forma do Capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, o rol de direitos e garantias individuais eleito pelo constituinte, não cabendo aos poderes constituídos, a pretexto de interpretarem o precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania. Nada obstante a sua aparente pertinência lógica, milita contra essa interpretação de caráter literal uma série de argumentos.

Inicialmente, cumpre salientar que a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica,[6] revelando-se, na hipótese vertente, especialmente despropositada, à vista (i) da fluidez semântica e da densidade moral dos "direitos e garantias individuais", (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver aberto o elenco de direitos expressos na Constituição (art. 5º, § 2º), e (iii) da notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo.[7] De parte isto, a exegese em exame redunda na exclusão do elenco de cláusulas intangíveis dos direitos sociais, dos direitos políticos e dos direitos à nacionalidade, e na inclusão de normas de baixa densi-

3 Ver, por exemplo, o art. 90, § 4, da Constituição de 1891, que incluía também a representação dos Estados no Senado, seguindo a fórmula norte-americana; o art. 178, p. 5, da Constituição de 1934; o art. 217, § 6, da Constituição de 1946; o art. 51 da Constituição de 1967; e os arts. 47 e 48 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

4 SAMPAIO, Nelson de Souza. O poder de reforma constitucional. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. p. 95.

5 Ibid., p. 97. De qualquer sorte, a vigência de um regime de exceção parecia veicular obstáculo decisivo à implementação de uma efetiva observância dos direitos fundamentais pelos órgãos do Estado, mormente em face de emendas constitucionais.

6 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

7 Quanto ao último aspecto, convém repisar que a Constituição emprega, por exemplo, as seguintes expressões: "direitos e garantias fundamentais" (Título II), "direitos e deveres individuais e coletivos" (Capítulo I do Título II), direitos sociais (Capítulo II do Título II), "direitos políticos" (Capítulo IV do Título II), "normas definidoras de direitos e garantias fundamentais" (art. 5º, § 1), "direitos e liberdades constitucionais" (art. 5º, LXXI), "direitos e garantias individuais" (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF), "direito público subjetivo" (especificamente em relação à educação fundamental – art. 208, § 1), e "direitos humanos" (art. 4º, III, art. 5º, § 3 e 109, § 5, os dois últimos introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

dade axiológica, como as relativas ao reconhecimento da instituição do júri (XXVIII), forma de cumprimento de penas privativas de liberdade (XLVIII), espécies de penas criminais (XLVI), etc., as quais melhor se amoldariam a normas infraconstitucionais.[8]

Uma segunda perspectiva considera que, ao aludir especificamente aos "direitos e garantias individuais", o constituinte o fez com o intuito de restringir a condição de "cláusula de eternidade" aos "direitos e garantias individuais propriamente ditos",[9] na esteira da Lei Fundamental de Bonn e da Constituição Portuguesa (arts. 79, III, e 290, respectivamente).[10] Assim, somente gozariam do *status* de cláusula pétrea as ditas "liberdades fundamentais", porquanto, ao imporem ao Estado o cumprimento de prestações negativas, estariam vinculadas ao núcleo essencial do Estado de Direito (limitação jurídica do poder estatal), além de possuírem coerência e uniformidade obtidas pelo evoluir da história constitucional de diversos países.[11] Ainda que se pudesse, à luz das premissas antes delineadas, incluir no âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/1988 direitos equiparáveis aos direitos da liberdade (direitos de defesa, v.g., as liberdades sociais, como o direito de greve e à livre associação sindical, e os direitos políticos e à nacionalidade), restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e os direitos difusos e coletivos.

Todavia, *parece-nos que o constituinte de 1988 considerou cláusulas pétreas os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira "geração", sejam eles direitos de defesa ou prestacionais.* Isto porque, como salienta Ingo Sarlet, o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), bem como na sua proteção reforçada quanto à ação erosiva do constituinte-reformador (art. 60, § 4º, IV), caracteriza-se pela unicidade.[12] Com efeito, de uma leitura sistêmica da Constituição de 1988 não se verifica hierarquia ou destaque conferido aos direitos de defesa em detrimento dos direitos prestacionais, ou de direitos de uma "geração" em prejuízo das demais. Ao contrário, percebe-se uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e a interdependência das "gerações" de direitos fundamentais, a qual vem gozando de primazia no direito internacional dos direitos humanos.[13]

Ademais, a colocação apenas das liberdades civis no rol de cláusulas pétreas parte de uma associação absoluta entre, por um lado, direitos da liberdade e direitos de defesa, e, por outro, direitos sociais e direitos prestacionais. Embora os direitos da liberdade apresentem, preponderantemente, uma dimensão negativa, por imporem ao Estado um dever de abstenção, tais direitos dão azo, subsidiariamente, ao dever de o Estado implementar prestações positivas com o fito de evitar que terceiros[14] ou fenômenos naturais[15] prejudiquem a sua efetiva fruição. A bem da verdade, a denominação "direitos fundamentais sociais" encontra a sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, garantir a igualdade e a liberdade material (real). Neste sentido, os direitos fundamentais sociais são direitos à libertação da opressão social e da necessidade.[16]

8 Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 21, p. 69/91, out./dez. 1997.

9 MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 85/86.

10 MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 86.

11 MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 86; COSTA e SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 121. cabendo destacar que Costa e Silva considera os direitos sociais limites implícitos ao poder de reforma.

12 SARLET, Ingo. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 58.

13 Neste sentido a posição oficial da ONU. Confira-se o art. 5, da Declaração de Viena de 1993, aceita unanimemente por 171 Estados, *verbis:* "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase."

14 A respeito da Teoria dos Deveres de Proteção, ver HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 278-287.

15 Cf. SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: Norton. 2000.

16 Esta é a formulação de Ingo Sarlet, na esteira do magistério de Jorge Miranda. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: PASQUALINI, Alexandre et al. *O direito público em tempos de crise*: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 149.

A Constituição de 1988, por sua vez, é de meridiana clareza ao impingir ao Estado o dever de contribuir para a alvitrada "libertação da opressão social e da necessidade". Efetivamente, já no preâmbulo da CF/1988 se evidencia a sua dimensão social, ao estatuir que o Estado se destina a "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)". A conjugação dos valores da liberdade e da igualdade prossegue ao longo do seu texto, como pode se inferir de um sem-número de dispositivos constitucionais.[17] Assim, integram o DNA da nossa Carta tanto a preocupação em proteger o indivíduo do exercício arbitrário do poder – propósito dos direitos de defesa – , quanto o dever de o Estado propiciar condições materiais que sejam necessárias para a preservação da dignidade humana – finalidade dos direitos prestacionais.

Deste modo, a *leitura sistemática da CF/1988 conduz a considerar cláusulas pétreas não apenas os direitos de primeira "geração" ou os direitos de defesa, mas igualmente os direitos de segunda e terceira "geração", sejam eles direitos a prestações estatais negativas ou positivas,* ainda que se admita que os direitos prestacionais apresentem dificuldades adicionais no plano da eficácia.[18] Devem ser incluídos, portanto, no rol de cláusulas intangíveis, por exemplo, as liberdades fundamentais, os direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos à nacionalidade e políticos,[19] e os direitos difusos e coletivos.

No âmbito da corrente doutrinária que considera cláusulas pétreas os direitos fundamentais de distintas "gerações", verifica-se relevante controvérsia. Uma primeira tese afirma que, tendo em vista o constituinte ter atribuído às normas insertas no Título II da Constituição (arts. 5º a 17) a condição de direitos formalmente fundamentais, todas as normas ali contidas hão de ser consideradas cláusulas intangíveis – inclusive normas organizatórias (art. 14, § 3º, incisos I a VI, e § 4º a 8º) e de caráter penal (art. 5º, XLII e XLIII) –[20], sob pena de autorizar-se que os poderes constituídos se substituam ao constituinte na determinação do rol de direitos fundamentais. Além disto, os direitos materialmente fundamentais não incluídos no Título II da Constituição também teriam o *status* de cláusula intangível, mercê da cláusula materialmente aberta contida no art. 5º, § 2º.[21]

Parece-nos, contudo, que apenas os direitos materialmente fundamentais são cláusulas pétreas, ainda que a inserção no catálogo constitucional de direitos fundamentais gere uma presunção (relativa) de jusfundamentalidade.[22] Esta linha de interpretação se guia pela preocupação com um excessivo inflacionamento dos direitos fundamentais erigidos ao rol de cláusulas pétreas, que, para além de banalizá-los, é capaz de impedir que as gerações pós-88 vivam de acordo com as normas de sua eleição, instituin-

17 Com efeito, a conjugação dos valores da liberdade e da igualdade se verifica, v.g., no art. 1º, que, em seus incisos III e IV, arrola a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, e no art. 3º (incisos I, II, III e IV), o qual insere entre os seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre as finalidades e os princípios gerais da ordem econômica, por sua vez, encontram-se a valorização do trabalho humano, a busca da existência digna e da justiça social, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos II, III, V, VI, VII e VIII). Para além disto, a positivação de um amplo rol de direitos sociais no art. 6º – educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados – , os quais foram desenvolvidos, detalhadamente, nos arts. 193 a 214, associada à sua inclusão em capítulo inserto no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, e não mais no alusivo à ordem econômica e social, como era da tradição do nosso constitucionalismo, consiste em relevante indício da vontade do constituinte em atribuir-lhes a nota de jusfundamentalidade.

18 Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

19 Sobre os direitos à nacionalidade e políticos, conferir o magistério de Celso Lafer, que, na esteira de Hannah Arendt, salienta que os direitos à nacionalidade e à cidadania consistem em verdadeiros direitos a ter direitos, na medida em que estabelecem o vínculo jurídico entre indivíduo e Estado, sujeitando o primeiro ao ordenamento jurídico respectivo, e, especialmente, conferindo-lhe os direitos e garantias fundamentais ali previstos. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 148.

20 SARLET. Op. cit., p. 73/74 e 367.

21 SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 73-74, 367.

22 BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Neste sentido, ver também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 203/1; VELLOSO, Carlos Mario. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In: MELLO, Celso Antônio Banderia de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.* São Paulo: Malheiros, 1997; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e a sua reserva de justiça.* Op. cit...

do odioso governo dos mortos sobre os vivos. Explica-se: embora em nosso contexto o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais seja absolutamente essencial para a proteção dos direitos fundamentais, considerar "cláusulas intangíveis" todos os direitos formalmente fundamentais (arts. 5º a 17 da Constituição), além dos direitos materialmente fundamentais previstos ao longo do texto, em tratados internacionais e decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, consiste em exegese excessivamente ampliativa do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. De fato, haverá na hipótese fundado risco de implantar verdadeiro "governo dos mortos sobre os vivos", vez que sujeitaria a geração atual a um amplíssimo rol de normas estatuídas pela geração constituinte, muitas delas de caráter substantivo e despidas de uma especial dignidade normativa.

Veja-se um exemplo: se uma emenda constitucional se destinasse a desconstitucionalizar o estatuto constitucional das inelegibilidades previsto no art. 14 da CF/88, sem que estabelecesse qualquer nova restrição às capacidades eleitoral ativa e passiva, seria inconstitucional pelo simples fato de transferir a sua disciplina do plano constitucional para o legal? A adotar-se a concepção em exame, a resposta seria positiva, à vista de as normas organizatórias contidas no estatuto das inelegibilidades se consubstanciarem em direitos formalmente fundamentais. Todavia, para evitar o alvitrado inflacionamento das cláusulas pétreas, parece-nos mais adequado inserir nesse rol apenas as normas que ostentem a condição de direitos materialmente fundamentais.

Tendo em vista que os direitos materialmente fundamentais – como as liberdades civis, os direitos políticos e à nacionalidade, os direitos sociais ligados ao mínimo existencial –, tendem a ser considerados condições essenciais a uma concepção substantiva de democracia,[23] a limitação que eles impõem à deliberação supermajoritária do Parlamento contida nas Emendas Constitucionais, antes de prejudicar, fortalece a democracia. Ademais, partindo do pressuposto de que as mencionadas condições da democracia são objeto de consenso sobreposto entre as diversas doutrinas econômicas, políticas, religiosas e filosóficas presentes numa sociedade pluralista, a sua tutela por instância contramajoritária não se revela antidemocrática, já que o Judiciário restringe a sua atuação a uma área de neutralidade política, guiando-se por uma razão pública.[24]

Após o esclarecimento das principais controvérsias doutrinárias a propósito do sentido e do alcance do art. 60, § 4, IV, da CF/88, cumpre-nos analisar como o Órgão de Cúpula do Judiciário brasileiro sobre elas se posicionou.

3. A PROTEÇÃO DOS "DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS" EM FACE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

3.1. À guisa de introdução: a possibilidade de o STF declarar inconstitucional Emenda Constitucional

Apesar do silêncio da Constituição de 1988,[25] o Supremo Tribunal Federal se reputa, há muito, competente para controlar a constitucionalidade de emendas. Com efeito, o STF, desde 1926 (HC n. 18.178,)[26] vem afirmando, em tese, a sua competência para tal providência, embora somente na ADI n. 939-DF[27] (1993) haja efetivamente declarado a inconstitucionalidade de dispositivos insertos em emenda constitucional (*in casu* a EC n. 03/1993, que excluíra o IPMF da incidência do princípio da anterioridade tributária).

23 Mesmo um "procedimentalista convicto" como Jürgen Habermas insere direitos materialmente fundamentais em sua concepção de democracia, como se vê do sistema de direitos que engendra: "(1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direto a maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (...) (2)* direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (...) (4) direitos fundamentais à participação, em igualdades de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo; (...) (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)." (grifos do original) HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 159-160.

24 Ver no direito brasileiro a contribuição pioneira de VIEIRA, Oscar Vilhena, *A Constituição e a sua reserva de justiça*; no mesmo sentido, BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Sobre a noção de razão pública, cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

25 O art. 60, § 4º, da Constituição em vigor se limita a estatuir que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir" as matérias arroladas nos seus quatro incisos.

26 Revista Forense, 47, p. 748/827.

27 RTJ – 151, p. 755-841.

Cumpre notar que o STF se aproximou da orientação fixada pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bunderverfassungsgericht)* que, desde o julgamento do caso da "privacidade de comunicação"[28] (1970), vem afirmando, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais, apesar de nunca haver, efetivamente, julgado inconstitucionais dispositivos insertos em emendas à constituição.[29] Por outro lado, o STF se afastou da postura severamente autorrestritiva adotada pela Suprema Corte dos EUA, que, para além de nunca haver proclamado a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas, emitiu o entendimento de que, em regra, uma tal aferição escapa às atribuições do Poder Judiciário, por se cuidar de questão política.[30]

No que toca aos limites do alvitrado controle, convém destacar que o STF não adota a concepção minimalista afirmada pelo *Bunderverfassungsgericht* no caso da "privacidade da comunicação", no sentido de que os limites materiais ao poder de reforma representam apenas uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions-und Verfassungsbeseitigungsverbot*). Entende o STF, ao revés, que os limites materiais ao poder de reforma encerram proibições de ruptura dos princípios nelas contidos, de maneira que, caso as emendas suprimam o núcleo essencial das cláusulas pétreas isoladamente consideradas, elas devem ser declaradas inconstitucionais, ainda que não haja risco de erosão da Constituição como um todo.[31]

Feitos estes esclarecimentos, nos próximos itens será efetuada a análise das hipóteses mais relevantes em que o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade de emendas constitucionais à luz do art. 60, § 4, IV, da CF/88,[32]

28 BverfGE, Sentença 30, 1, de 15 de dezembro de 1970.

29 No caso da "privacidade de comunicação", o Tribunal Constitucional julgou constitucional emenda que modificara o art. 10 da Lei Fundamental de Bonn, a qual, com o escopo de proteger a soberania nacional e combater inimigos estrangeiros e domésticos, conferia ao Parlamento poderes para editar lei que permitisse ao Executivo fiscalizar comunicação de pessoa sem a sua ciência, afastando, ademais, o controle judicial dos atos administrativos destinados a efetivar a referida fiscalização. Suscitou-se a sua inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, sob o argumento de que restariam violados os arts. 1 e 20 da Lei Fundamental, notadamente os princípios da dignidade humana e do Estado de Direito, erigidos à condição de cláusulas pétreas pelo art. 79, III, da Lei Fundamental.
A Corte, após afirmar a possibilidade de controlar a constitucionalidade de emenda constitucional, considerou a emenda em tela constitucional, sob o argumento principal de que "não é permitido aos inimigos da Constituição colocar em risco, prejudicar, ou destruir a existência do Estado sob o pálio da proteção de direitos conferida pela Lei Fundamental". Adotou-se, portanto, uma concepção minimalista a respeito da interpretação dos limites materiais ao poder de reforma, na medida em que estes se destinariam apenas a evitar que "a ordem constitucional seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário". Ver, respectivamente, BverfGE, 30:1 (24) *apud* KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. London: Duke University, 1997. p. 228; BverfGE, 30:1 (24) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 252.

30 Julgado paradigmático foi proferido em *Coleman v. Miller* (307 US 433 (1939), no qual a Suprema Corte dos EUA apreciou as seguintes questões: (i) poderia o governador de Kansas ter proferido voto de minerva no âmbito da legislatura do respectivo Estado, no que toca à ratificação de projeto de emenda que dispunha sobre trabalho infantil (a qual nunca chegou a ser ratificada por dois terços dos Estados)?; (ii) pode um Estado ratificar emenda que antes havia rejeitado?; (iii) pode um Estado ratificar uma proposta de emenda a qualquer tempo? (no caso tinham se passado treze anos da sua propositura). O Tribunal dividiu-se a respeito de o primeiro tópico encerrar, ou não, questão política, acabando por manter, sem expressar uma visão a respeito da sindicabilidade judicial da questão respectiva, a decisão da Corte Suprema do Kansas que se negara a invalidar a participação do governador. Quanto aos demais, por uma maioria de sete a dois, o Tribunal considerou-os questões políticas, e, por conseguinte, judicialmente insindicáveis. Vale destacar que quatro juízes (Black, Roberts, Felix Frankfurter e William Douglas) davam à decisão uma maior extensão, para reconhecer uma completa discricionariedade do Congresso no exercício da competência que lhe foi deferida pelo art. V, não possuindo nenhum juiz ou Tribunal autoridade constitucional para controlar, em qualquer medida ou aspecto, a constitucionalidade de emendas constitucionais. Tal orientação genérica, contudo, não foi acolhida pela maioria do Tribunal. Ver TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: New York Foundation, 2000. v. I, p. 104; HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University, 1999. p. 60-61.

31 MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 21, p. 78, out./dez. 1997.

32 Convém destacar que se adotou o critério da relevância para os propósitos deste trabalho, ante os seus limites. Assim, não serão analisadas algumas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade em que a arguição de violação ao art. 60, § 4º, IV, da CF/88 não foi julgada ou foi rejeitada pelo STF. Convém mencionar, por exemplo, a ADI 829/DF ajuizada contra a EC n. 02/1992 (antecipação da data do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, previsto no art. 2, do ADCT); ADI 1501/SP proposta em face da EC n. 12/96 (instituição da CPMF); ADI 1749-5 aforada contra a EC n. 14/96 (criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério); ADI 1805/DF proposta em face da EC n. 16/97 (introdução da possibilidade de os Chefes do Poder Executivo se candidatarem à reeleição); ADI 2047/DF proposta em face da EC 19/98 (Reforma Administrativa); ADI 2024/DF proposta contra a redação conferida pela EC n. 20 ao art. 40, p. 13, da CF (vinculação de servidor ocupante de cargo em comissão ao regime geral de previdência social); ADI 3653-0, proposta em face da Emenda Constitucional 28/2000 (substituição da imprescritibilidade dos

demitindo-nos, ante o objeto específico deste trabalho, do exame dos casos em que o STF apreciou a juridicidade do exercício do poder de reforma à luz de cláusula pétrea diversa dos "direitos e garantias individuais".

3.2. O "*leading case*": A garantia da anterioridade tributária e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-DF (não aplicação da anterioridade ao IPMF, EC n. 03/93)

Conforme já se salientou, a importância da decisão proferida na ADIn n. 939-DF para o presente estudo é notória, pois foi a primeira oportunidade em que o STF, efetivamente, declarou inconstitucional dispositivo inserto em emenda constitucional. Com efeito, nesta histórica decisão, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "art. 150, III, b e VI" contida no parágrafo 2º, do art. 2º da Emenda Constitucional n. 03, que excluíra a aplicação da regra da anterioridade tributária (art. 150, III, a) e das imunidades arroladas no art. 150, VI, da Constituição da República, ao imposto provisório sobre a movimentação financeira (IPMF).[33] [34]

Reconheceu o Supremo, a princípio, que o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição imuniza do poder de emenda não apenas os direitos e garantias individuais, entendidos como direitos da liberdade arrolados no art. 5º, mas os direitos fundamentais em geral, inclusive aqueles que, apesar de não positivados no respectivo rol constitucional, tenham a essência de direito fundamental (fundamentalidade material), mercê da cláusula materialmente aberta contida no parágrafo 2º do artigo 5º.[35]

Daí já se pode perceber que o STF não acolheu a tese doutrinária que restringe as cláusulas pétreas aos incisos do art. 5, antes admitindo que direitos previstos ao longo do texto, desde que materialmente fundamentais, também possuam tal natureza. Note-se, portanto, que a interpretação preconizada no presente trabalho a respeito do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 se encontra em fina sintonia com o posicionamento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 939-DF. Tal orientação, aliás, foi singularmente ilustrada pelo seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso:

> "Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5, parágrafo 2, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.
>
> É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração.[36]

Prosseguindo o julgamento, considerou o Tribunal, em sua maioria, que a garantia do contribuinte à anterioridade tributária "*representa um dos direitos fundamen-*

---

créditos dos trabalhadores rurais em face dos seus empregadores pelo lapso prescricional de cinco anos); ADI 2666/DF, na qual o STF entendeu que a prorrogação da CPMF, autorizada pelo art. 3, da EC n. 37/2002, não deveria observar a anterioridade nonagesimal (art. 195, p. 6, da CF/88).

Cita-se, por fim, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 01/93 e a ADI 2031/DF. Na primeira se buscava confirmar a constitucionalidade da instituição da COFINS pela Lei Complementar n. 70/91. Curiosamente nesta ação discutiu-se, incidentalmente, a alegação de inconstitucionalidade da própria criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC n. 03/93, formulada, originariamente, na ADIn 913-3, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil. O STF, por sua vez, não vislumbrou as alvitradas violações aos diversos direitos fundamentais apontados, v.g.: acesso à justiça, devido processo legal, ampla defesa e contraditório – inscritos nos incisos XXXV, LIV e LV, da CF/88.

Na segunda, o STF declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 75, do ADCT, introduzido pela EC n. 21/99 (autorização para a União emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos seriam destinados ao custeio da saúde e da seguridade social, em montante correspondente ao produto da arrecadação da CPMF). Todavia, tendo em vista cuidar-se de inconstitucionalidade formal – não devolução à Câmara dos Deputados de trecho modificado pelo Senado Federal – a vertente decisão não se afigura particularmente relevante para os propósitos do presente trabalho.

33 Com acuidade, anotou o Min. Paulo Brossard que: "Pela primeira vez, a constitucionalidade de uma emenda constitucional ou de aspectos de uma emenda constitucional chega até o Supremo Tribunal e é por ele enfrentada e decidida". ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151, p. 837.

34 "*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
(...)
III – cobrar tributos:
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído.
(...)
IV – instituir impostos sobre:
a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
b) templos de qualquer culto;
c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
d) *livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão*".

35 Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit.

36 Voto do Min. Carlos Mário Velloso: ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151.

tais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes" notadamente por "*constituir limitação ao poder impositivo do Estado*",[37] de maneira que, destinando-se à contenção do arbítrio estatal, tal qual os direitos de primeira geração, resulta intangível à mão do constituinte derivado, tendo em vista o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição.[38]

Pelo que se expôs, merece aplausos esta histórica decisão, no que toca à afirmação da possibilidade jurídica do controle de constitucionalidade de emendas constitucionais e à inclusão das distintas gerações de direitos fundamentais no âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. No mérito, porém, parece-nos excessiva a atribuição do *status* de cláusula pétrea à anterioridade tributária (art. 150, III, b, da CF/88); senão vejamos.

Não há dúvidas de que a anterioridade tributária, ao proscrever a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, consiste em instrumento de garantia, sob a forma de regra, do princípio da segurança jurídica. Isto porque se destina a garantir certeza jurídica em matéria tributária, permitindo que o contribuinte conheça o teor da lei impositiva no exercício financeiro anterior ao da cobrança, e, por conseguinte, possa fazer o planejamento tributário da sua atividade econômica. Assim, "*a anterioridade, além de prevenir a surpresa da imposição (aspecto mais comumente destacado na garantia), tutela ainda uma vez a certeza do direito do contribuinte ao assegurar um mínimo de estabilidade (o período de um ano fiscal) à vigência da lei tributária.*"[39] É estreme de dúvidas, também, que o princípio da segurança jurídica consiste em direito formal e materialmente fundamental, se consubstanciando, ao lado da justiça, em verdadeiro alicerce do Estado de Direito, sendo, portanto, insuscetível de supressão pelo poder constituinte derivado. Resta indagar, contudo, se a garantia da anterioridade tributária ostenta igual dignidade normativa.

Note-se, preliminarmente, que a anterioridade tributária se encontra positivada fora do Título II da Constituição (afeto aos direitos e garantias fundamentais), de maneira que o seu *status* de cláusula pétrea depende de vermos nela um direito materialmente fundamental. A propósito, cumpre destacar que a anterioridade tributária consiste em garantia, e não em direito fundamental, dada a sua natureza de instrumento de proteção da segurança jurídica, esta sim direito materialmente fundamental.

O corolário natural do exposto é que a anterioridade tributária somente pode ser considerada cláusula pétrea se houver demonstração satisfatória de que se cuida de garantia inserta no núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica, de maneira que, despida desta garantia, a segurança jurídica do contribuinte perderia todo o seu sentido útil. Impõe-se, portanto, indagar a respeito da intensidade com que a anterioridade promove a segurança jurídica, visto que as posições jurídicas incluídas no núcleo essencial de um princípio consistem no seu grau mais forte de realização, confundindo-se com a sua própria identidade.

A propósito, há de sentir-se seguro o contribuinte com a "garantia" de que um tributo instituído em 31 de dezembro será cobrado no exercício financeiro seguinte? Tal regra possibilitará o conhecimento do teor da lei impositiva da exação, com a antecedência necessária a evitar-se a surpresa do contribuinte, permitindo o necessário planejamento tributário? Parece evidente que não. A bem da verdade, a segurança jurídica do contribuinte parecia muito mais ampla e eficazmente garantida pelo finado princípio da anualidade tributária, "*segundo o qual nenhum tributo (com as conhecidas ressalvas) poderia ser cobrado em cada exercício sem prévia autorização na lei orçamentária anual*",[40] já que a anterioridade exige apenas que a lei tributária seja anterior ao exercício, não havendo qualquer óbice a que seja posterior à aprovação do orçamento. Soa absolutamente paradoxal, por sua vez, que o princípio da anterioridade haja sido concebido, segundo opinião doutrinária dominante, por construção jurisprudencial ab-rogatória do princípio matriz da anualidade (art. 141, § 34, da CF/1946), entre os anos de 1962 e 1963.[41] Prossegue o ilustre Professor Flavio Bauer Novelli, na esteira de Baleeiro:

> *"Em suma, a controvertida inserção do princípio no direito positivo deu-se, consoante a enérgica expressão de* ALIOMAR BALEEIRO, *por via de uma distensão máxima da interpretação jurisprudencial, inspirada por motivos patrióticos, a qual, além de constituir, diz ainda* BALEEIRO, *erro grosseiro e violação fron-*

37 Voto do Min. Celso de Mello, in ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151, p. 830.

38 Voto do Min. Carlos Mário Velloso, in ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151, p. 829.

39 NOVELLI, Flavio Bauer. Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2, p. 2, da EC n. 3/93. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 330, p. 67, 1995.

40 Ibid., p. 68.

41 Ibid.

tal ao art. 141, p. 34, da Constituição (de 1946) (são nossos os grifos), só se excogitou no intento mais que óbvio, não de garantir, mediante nova salvaguarda, o direito do contribuinte, mas, ao revés, de abrir, em desfavor desse, uma exceção permanente, uma fissura irreparável no corpo da garantia mais ampla, a da anualidade tributária."[42]

O irretocável excerto do Professor de Direito Financeiro da UERJ evidencia o caráter contraditório de atribuir-se o *status* de superconstitucionalidade a uma regra que, por um lado, garante, em nível bastante atenuado, a segurança jurídica – despindo-se, portanto, de fundamentalidade material – e que, por outro, foi introduzida no ordenamento jurídico com o escopo de cristalizar uma linha jurisprudencial que, inspirada pelas mais claras "razões de Estado", e em frontal oposição à letra do art. 141, p. 34, da CF/1946,[43] mutilara o "princípio" da anualidade, este sim garantia efetiva da certeza jurídica em matéria tributária. Não se pode afirmar, tendo em vista o princípio democrático, a legitimidade do Judiciário para "interpretar" a anualidade como se anterioridade fosse, e, ao mesmo tempo, reconhecer a sua "superconstitucionalidade" para declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional que excepcionara a anterioridade no caso específico de um tributo.

O bom direito parece constar dos acuidosos votos vencidos. A propósito, confira-se trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que bem elucida o núcleo da objeção dos Ministros Rezek, Octavio Gallotti, além do próprio Pertence, *verbis:*

> Creio que na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional, que proíbe a deliberação sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o intérprete não pode fugir de uma certa carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos e garantias nela inseridos. E não consigo, por mais que me esforce, ver na regra da anterioridade, recortada de exceções no próprio texto de 1988, a grandeza de cláusula perene, que se lhe quer atribuir, de modo a impedir ao órgão de reforma **constitucional a instituição de um imposto provisório que a ela não se submeta.**[44]

3.3. A garantia da anualidade eleitoral e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3685-8 ("verticalização" e anterioridade eleitoral, EC n. 52/2006)

Em julgamento relativamente recente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo inserto em emenda constitucional com base também em regra constitucional destinada a garantir a segurança jurídica. A propósito, no julgamento da ADIn n. 3685-8,[45] o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da EC n. 52/2006. A referida emenda, em seu art. 1º, alterara a redação do art. 17, § 1º, da CF/88, com o escopo de afastar a obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal, pondo fim à chamada "verticalização". Este dispositivo, contudo, não foi alvejado pela ADIn n. 3685-8, que se limitou a arguir a inconstitucionalidade do art. 2º, da EC n. 52/2006, assim vazado: "Esta Emenda entra em vigor na data da sua promulgação, aplicando-se às eleições de 2002".

A alusão à eleição ocorrida há quase quatro anos da aprovação da emenda se deve à circunstância de o respectivo projeto haver sido ofertado antes de outubro de 2002, não produzindo, obviamente, quaisquer efeitos retroativos. A inconstitucionalidade alvitrada pelo STF consistia na circunstância de o mencionado dispositivo dar azo à aplicação do art. 1º da EC n. 52/2006 já nas eleições de outubro de 2006, na medida em que a referida emenda, ao ser aprovada em 08.03.2006, não respeitara a regra da anualidade eleitoral inscrita no art. 16 da Constituição de 1988, *verbis: "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência."*

Dentre os argumentos coligidos pela tese vencedora no STF, destaca-se o alusivo à alteração do processo eleitoral há menos de um ano do pleito supostamente atentar contra a segurança jurídica, princípio que consiste no suporte axiológico da regra inscrita no art. 16 da Constituição. Tal argumento, à luz das peculiaridades da hipótese submetida ao crivo do Excelso Pretório, não merece acolhida. A propósito, vê-se no voto condutor da Min. Ellen Gracie, relatora

---

42 Ibid.

43 Art. 141 (omissis), p. 34: "Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; *nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária,* ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra". A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, em seu artigo, 153, p. 29, promoveu a convolação da anualidade para a anterioridade no âmbito do direito constitucional positivo.

44 ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151. Votaram vencidos na análise do pedido de liminar os Ministros Sepúlveda Pertence, Octávio Gallotii e Francisco Rezek, e, no mérito, apenas os dois primeiros.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3685-8. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 23 de março de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006.

do processo, uma explícita associação entre a anterioridade tributária e a anualidade eleitoral, já que ambas seriam destinadas a manter as regras do jogo e a evitar sobressaltos e insegurança ao cidadão-contribuinte e ao cidadão-eleitor, respectivamente.

Assim, valendo-se do que restara decidido no bojo da ADIn 939, entendeu-se que se afigurava corolário inafastável da segurança jurídica atribuir ao cidadão e aos atores políticos o direito fundamental ao conhecimento das normas sobre o processo eleitoral com a antecedência mínima de um ano. Mais especificamente, a anualidade eleitoral (art. 16, da CF/88) se consubstanciaria em configuração do próprio constituinte ao conteúdo da segurança jurídica aplicada ao processo eleitoral, ou, nas palavras da eminente Ministra Relatora, *"(em) segurança jurídica qualificada pela própria Constituição."* Cuidando-se, a segurança jurídica, de direito individual insuscetível de abolição pelo constituinte reformador, houve-se por bem declarar o mencionado dispositivo inconstitucional.

Em tese, revela-se inequívoco que a regra da anualidade eleitoral consiste em garantia tendencialmente apta a promover o princípio da segurança jurídica, ostentando, a princípio, o *status* de fundamentalidade material. Neste ponto, deve ser destacado o acerto do STF em não conferir à regra da anterioridade eleitoral proteção superconstitucional pelo simples fato da sua inclusão no título II da Constituição (fundamentalidade formal). Ao contrário, a condição de cláusula pétrea derivou do seu papel de promover direitos materialmente fundamentais, sobretudo os princípios da democracia e da segurança jurídica, consoante a tese por nós defendida na seção anterior. Na hipótese, tal aferição de conteúdo se revelava necessária não apenas em virtude da imprescindibilidade de restringir a esfera de proteção superconstitucional aos direitos materialmente fundamentais, mas também pela circunstância de a anualidade eleitoral, assim como a anterioridade tributária, consubstanciar-se em garantia fundamental, avultando a sua função de instrumento destinado à promoção da segurança jurídica.

Nada obstante, no mérito da solução da questão de constitucionalidade submetida ao STF, parece-nos que, mais uma vez, a melhor exegese foi conferida pelos votos vencidos, lavrados nesta ocasião pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Preliminarmente, convém proceder a breve histórico da "verticalização". A propósito, em 10.08.01 foi formulada consulta, tombada sob o n. 715, ao Tribunal Superior Eleitoral, a respeito da interpretação que deveria ser emprestada ao art. 6º, da Lei n. 9.504, de 30.09.97, assim vazado: "*É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.*"

O TSE, por intermédio da Resolução n 21.002, de 26.02.02, e sob o fundamento principal de a circunscrição maior abranger a menor, haja vista o caráter nacional dos partidos políticos, exarou a seguinte decisão: "*Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal, e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente, ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial."* Embora os partidos que tenham candidatura ou que integrem coligação com candidato próprio a Presidente da República não possam se coligar, no âmbito dos Estados, com partidos que tenham outros candidatos no plano nacional (isoladamente ou em coligação com outros partidos), não há a obrigatoriedade de os partidos coligados nacionalmente reproduzirem tais alianças no âmbito dos Estados. Para além disto, os partidos "sem candidato" a Presidente da República podem se coligar, no âmbito dos Estados, com quaisquer partidos, inclusive com aqueles que tenham candidatura a Presidente.

Do exposto, parece nítido que esta "verticalização atenuada" foi formalmente instituída por Resolução do TSE, mercê de uma interpretação do art. 6º, da Lei n. 9.504 que se afasta da sua exegese mais evidente, tendo em vista que a exigência de coerência nas coligações se refere "(à) mesma circunscrição", conceito que, nos termos do art. 86 do Código Eleitoral, vincula-se ao âmbito territorial relativo à eleição. Exemplificando, as circunscrições das eleições para Presidente e Governador são, respectivamente, os territórios nacional e estadual. Assim, o entendimento que nega a "verticalização", ou seja, que aponta para o sentido de o legislador eleitoral aludir tão somente à obrigatoriedade de manutenção de compatibilidade nas coligações nos pleitos relativos ao mesmo âmbito territorial, parece defluir naturalmente do sentido e do alcance do dispositivo em exame. Esta interpretação – sublinhe-se, por relevante – foi esposada pelo constituinte reformador ao pôr fim à verticalização, mediante a aprovação da EC n. 52/06.

Por outro lado, também não se pode dizer absolutamente implausível a interpretação construtiva do TSE, no sentido de que, sobretudo em face do caráter nacional dos partidos (art. 17, I, da CF/88), a "*cláusula – dentro da mesma circunscrição – deve ser entendida como o espaço maior, aquele em que se dá a eleição nacional*",[46] o qual, precisamente por abranger a circunscrição menor, condiciona as respectivas coligações estaduais, ainda que crie obrigação que não deflui imediatamente do enunciado.

Cuida-se, portanto, de conflito entre interpretações "razoáveis" conferidas a norma infraconstitucional pela maioria dos membros do Tribunal Superior Eleitoral e pela supermaioria de dois terços do Congresso Nacional.[47] O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendido que o Congresso Nacional, desde que o faça através de emenda constitucional e não viole cláusula pétrea, pode promover "interpretação autêntica" da Constituição Federal, eventualmente superadora de jurisprudência constitucional do próprio STF.[48] Aplicando ao caso em exame a referida orientação, inspirada, notadamente, pelo princípio democrático, não parece legítima a prevalência da interpretação do TSE, porquanto, embora o STF haja fundamentado a invalidação do art. 2º, da EC n. 52/2006, na circunstância de a anualidade eleitoral consistir em garantia essencial à preservação do princípio da segurança jurídica, inequivocamente cláusula pétrea, no contexto da hipótese submetida ao Excelso Pretório, a anualidade ia de encontro à promoção do respectivo princípio, conforme buscaremos demonstrar nas seguintes linhas.[49]

Cumpre notar que nas eleições que se seguiram à aprovação da Lei n. 9.504, de 30.09.97, não foi aplicada a regra da verticalização, prevalecendo a interpretação de que o art. 6º do referido diploma normativo não impunha a coerência entre as coligações nacionais e estaduais. À míngua de alteração legislativa, os atores políticos esperavam, neste particular, que o pleito de 2002 fosse regido pelas mesmas regras aplicáveis às eleições de 1998. Conforme salienta, com precisão, Cláudio Pereira de Souza Neto, a partir desta perspectiva

> *se estruturaram as estratégias partidárias e foram tomadas importantes decisões políticas. A decisão do TSE surpreendeu a todos e agregou às eleições daquele ano uma forte dose de incerteza; representou, no mínimo, a substituição de uma interpretação (mais corrente e mais próxima do texto legal) por outra interpretação (mais construída e estranha ao texto), a menos de um ano da realização do certame eleitoral.*[50]

Do exposto, afigura-se nítido que a Resolução n. 21.002 do TSE, de 26 de fevereiro de 2002, a par de haver introduzido nova regra à disciplina legal das eleições de outubro de 2002, o fez há menos de um ano do pleito, da mesma forma que o art. 2º, da EC n. 52/2006, ainda que o constituinte reformador tenha seguido sentido inverso (supressão da verticalização). Mesmo que se abstraia a questão afeta à exegese mais acertada do art. 6º da Lei n. 9.504 (inclusive em razão de ambas serem comportadas pelo texto do respectivo enunciado normativo), o contexto que a antecedeu torna inequívoco que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral não trouxe estabilidade ao processo político eleitoral, se não produziu efeito diametralmente antagônico.[51]

Como era de se esperar, verificaram-se reações no meio político à verticalização instituída pelo TSE. Proposta ADIn em face da Resolução n. 21.002/2002 do TSE, o Supremo Tribunal Federal a ela negou conhecimento, sob o argumento de alvejar ato normativo infralegal, em relação ao qual só há de cogitar-se de

---

46 Trecho colhido do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie na apreciação da consulta n. 715, Rel. Min.Garcia Vieira.

47 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006.

48 O Tribunal, por ocasião do julgamento das ADIns n. 2979/DF e 2860/DF, ajuizadas Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB declarou, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002, que estendiam o foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargo público e à ação de improbidade administrativa. No referido acórdão, "entendeu-se que o § 1º do art. 84 do CPP, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário."

49 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn 3685-8. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006..

50 Ibid.

51 Ibid.

inconstitucionalidade reflexa.[52] Projeto de emenda constitucional destinado a suprimir a "verticalização", apresentado em 2002, só veio a ser aprovado em 2006, dando origem, precisamente, à Emenda Constitucional n. 52. Cláudio Pereira de Souza Neto delineia, com acuidade, o "clima" e as expectativas políticas que antecederam a respectiva deliberação do Congresso Nacional:

> Antes disso, porém, em 2003, o TSE decidiu que a regra da verticalização não se estendia aos municípios. Já em fevereiro de 2005, o TSE decidiu que a regra da verticalização se mantinha para as eleições estaduais e nacionais. No curso de todo o processo legislativo para a aprovação da Emenda, os partidos se digladiaram permanentemente. Alguns deles mudaram de posição ao longo do processo. O que houve, portanto, foi um longo período de insegurança. Ninguém sabia, de fato, qual regra valeria nas próximas eleições. Não se tinha como assentada, inclusive, a circunstância de o artigo 16 da Constituição Federal ser cláusula pétrea. Foi a decisão do STF que pôs fim a essas incertezas. A decisão da Corte foi percebida como aquela que definitivamente instituiu o marco jurídico. Vista sob o prisma contextual, não havia, portanto, segurança a ser preservada.[53]

Ora, se o conturbado contexto que se seguiu às eleições de 2002 não permitia prever, com um grau mínimo de certeza, qual seria a regra do processo eleitoral de 2006, não parece legítimo, à luz do princípio democrático, que o STF, com base, precisamente, no princípio da segurança jurídica, faça prevalecer a interpretação do TSE à lavrada pelo Congresso Nacional, já que tanto a decisão do primeiro quanto a do último foram tomadas há menos de um ano das eleições de 2002 e 2006, respectivamente. Com efeito, inexistindo segurança jurídica a proteger, já que não havia elementos para se concluir com segurança qual seria a disciplina normativa da questão, não há que se falar em violação à cláusula pétrea, de modo que, a nosso ver, a orientação fixada pela supermaioria dos membros do Congresso Nacional deveria ser reverenciada pelo Judiciário.[54] Cuida-se, a propósito, de corolário da tese desenvolvida no curso do trabalho, no sentido de interpretar-se o art. 60, § 4º, IV, da CF/88, com razoável dose de autorrestrição judicial, de maneira a preservar a intangibilidade dos ditos elementos constitucionais essenciais sem malferimento do princípio democrático.

3.4. A proteção superconstitucional conferida aos direitos sociais. ADIn n. 1946/DF: licença à gestante e o art. 60, § 4, IV, da CF/88.

Sobre a tormentosa questão relativa a saber se os direitos sociais são, ou não, cláusulas pétreas, releva destacar o acórdão proferido pelo STF no julgamento da ADIn n. 1946/DF, Relator Min. Sydney Sanches.[55] Cuidava-se de ação direta proposta em face do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98, assim vazado: "*O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.*"

O Tribunal, em decisão histórica, houve por bem julgar a ação procedente em parte, realizando uma "interpretação conforme a constituição" do dispositivo transcrito, de modo a afastar a exegese que incluía a licença à gestante no teto por ele instituído. Note-se que se afigurava formalmente possível a interpretação que sujeitava a licença à gestante ao limite máximo de R$ 1.200,00, porquanto, por um lado, o art. 14 da EC 20/98 não estabelecia distinções entre os benefícios previdenciários que deveriam ceder ao teto, e, por outro, o problema da proteção à gestante vem sendo tratado desde 1932, e, mais claramente, a partir de 1974, "*cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador), e cada vez mais como encargo de natureza previdenciária.*"[56] A

52 Veja-se elucidativo trecho da sua ementa: "Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. (...) Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida. Decisão por maioria". ADI 2628/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ Acórdão Min. Ellen Gracie, *DJ* 05.03.2004.

53 SOUZA NETO, Cláudio Pereira Op. cit.. O autor se refere às Resoluções TSE n. 21474, de 26.08.2003; n. 21986, de 15.02.2005.

54 Ibid.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social e Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Relator: Min. Sidney Sanches, 03 de abril de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006. RTJ 186: 472/479.

56 Excerto retirado da emenda do mencionado acórdão.

Constituição de 1988, por sua vez, manteve a natureza previdenciária do referido benefício, ao incluir a proteção à maternidade entre os direitos sociais arrolados no art. 6º, e entre os benefícios previdenciários arrolados no art. 201 da CF (inciso II).

Salienta-se que o Tribunal, ao rechaçar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, reiterou a possibilidade de controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais, nos termos em que afirmada no julgamento da ADIn n. 939-DF. No mérito, o Tribunal, à vista da acolhida do voto condutor do Min. Sydney Sanches, entendeu que não se deveria presumir que o constituinte reformador, ao estabelecer um teto genérico dos benefícios previdenciários, decidira, implicitamente, revogar o art. 7º, XVIII, que garantira às gestantes a percepção de valor idêntico ao salário a título de licença-gestante.

Ademais, interpretação diversa padeceria de inequívoca inconstitucionalidade, já que, caso se aplicasse o teto à licença-gestante, ter-se-ia como corolário imputar à previdência social o dever de arcar com apenas R$ 1.200,00, competindo ao empregador pagar o restante, na hipótese de o salário da mulher-trabalhadora superar o referido valor. A consequência inevitável dessa desastrosa interpretação seria "*conclamar o empregador a oferecer à mulher-trabalhadora, quaisquer que sejam as suas aptidões, salário nunca superior a R$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença.*" Tal interpretação, evidentemente, não apenas suprimiria o art. 7, XVIII, como propiciaria "*a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7, inc. XXX, da CF/88).*"[57]

A importância do acórdão em exame é evidente, já que, por seu intermédio, o STF invalidou interpretação de dispositivo de emenda constitucional supressivo de direito social prestacional, evidenciando que tais espécies de direitos fundamentais também são objeto de proteção superconstitucional. É verdade que o fundamento principal da decisão foi a preservação da igualdade de gênero no mercado de trabalho, típico direito a prestação estatal negativa. Contudo, não se pode perder de vista que o direito que seria imediatamente violado pela referida interpretação do art. 14 da Emenda 20 é um típico direito social prestacional, já que a licença à maternidade encerra o direito de a mulher exigir do poder público o dever de pagar o valor do seu salário no curso do período de inatividade. Assim, cuida-se de um precedente importante no sentido da afirmação da "superconstitucionalidade" dos direitos sociais, sobretudo aqueles vinculados ao mínimo existencial.

Tão importante quanto o que se acabou de expor foi a circunstância de o STF não haver embasado a invalidação da referida exegese na simples supressão de direito inserto no art. 7º, mas na imprescindibilidade da manutenção da licença-maternidade para a preservação da vedação à discriminação de trabalhadores em virtude do sexo, a qual, evidentemente, se consubstancia em condição necessária ao tratamento de homens e mulheres com igual consideração e respeito. *Resta nítido, portanto, que o STF não atribuiu a condição de cláusula pétrea pela sua formal positivação no Título II da Constituição (alusivo aos direitos e garantias fundamentais), mas pelo seu conteúdo, ou mais precisamente, pelas repercussões deletérias da sua revogação para a proteção de direito materialmente fundamental.*

3.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. O caso da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos e a inexistência de direito adquirido a não ser tributado

Decisão de destacado relevo foi prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIns n. 3128-7 e 3105-8,[58] ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), em face do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.03 (Reforma Previdenciária), que possui o seguinte teor:

> Art. 4 Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data da publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto em seu art. 3, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40, da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.
>
> Parágrafo único: A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

57 Trechos colhidos do voto condutor do Min. Sydney Sanches.

58 DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, p. 450 a 774, e DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-2, p. 123 a 416. As respectivas ações foram reunidas e mereceram idêntica decisão. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006.

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União."

Os autores alegaram, em abreviada síntese, que os servidores públicos inativos, ao preencherem os requisitos legais necessários para a aposentadoria no regime previdenciário instituído pela EC n. 20/98 (sob cuja égide não era possível a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos de inativos), incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito de não mais pagarem a referida contribuição. Assim, a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores que se aposentaram antes da EC n. 41/2003 violaria a cláusula constitucional da proteção do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), que, na forma da doutrina majoritária, é oponível não só ao legislador ordinário, mas também ao constituinte reformador, por se cuidar de direito individual, e, portanto, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Ademais, pela sua aplicação resultar na redução do valor nominal do valor efetivamente percebido por servidores públicos, a contribuição em tela feriria de morte a garantia da irredutibilidade de vencimentos e proventos.[59]

Reunidas as mencionadas ações diretas, exarou o Supremo Tribunal Federal acórdão assim ementado:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional n 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC Nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC n 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional Nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC Nº 41/2003, art. 4º, § únic, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões cinquenta por cento do e sessenta por cento do constante do art. 4º, § único, I e II, da EC n 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do e sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional n 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

O acórdão em referência resultou do voto do Ministro Cezar Peluso, ao qual aderiram os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Votaram pela declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Marco Aurélio Mello.

Não nos deteremos nos aspectos tributários do tema (traço de "contratualidade" das contribuições previdenciárias[60] *versus* concepção tradicional que a vê como tributo sujeito ao princípio da solidariedade;[61] presença, ou não,

59 Argumentos não relacionados ao objeto deste estudo – os direitos fundamentais enquanto cláusulas pétreas – não serão examinados.

60 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Britto, p. 501.

61 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 676 *et seq*.

de causa idônea para a sua instituição,[62] violação, ou não, da igualdade tributária, etc.); antes, dados os propósitos deste trabalho, abordaremos apenas a "tese do direito adquirido", a qual se cuidava, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, do "*carro-chefe da fundamentação da presente ADIn e dos notáveis pareceres que a respaldam*" (e também dos votos vencidos dos Ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, e Marco Aurélio). A questão foi colocada da seguinte maneira pelo Min. Carlos Britto:

> (Os) proventos da aposentadoria e eventuais pensões se constituem direito subjetivo do servidor público ou seu dependente, quando for o caso, desde que preenchidos os requisitos constitucionais. Noutros termos, a partir do momento em que o servidor passa a preencher as condições do gozo do benefício, já não poderá, por nenhum ato da ordem legislativa (art. 59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário: nem por determinação legal, nem por determinação constitucional.

Esclarece o Ministro que tal conclusão se deve à circunstância de que, após o preenchimento dos respectivos requisitos constitucionais, o servidor adquire, definitivamente, direito subjetivo à percepção do valor integral dos seus proventos, prerrogativa que, nos termos do art. 5, XXXVI c/c art. 60, § 4º, IV, da CF/88, assume a condição de cláusula pétrea.[63] Idênticas foram as perspectivas esposadas por Celso de Melo e Marco Aurélio.[64]

Todavia, os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Carlos Mário Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim asseveraram que *era precisamente a natureza tributária das contribuições previdenciárias que afastava a tese do direito adquirido, ante a inexistência de direito adquirido à não incidência de tributo nas hipóteses em que não houver norma constitucional específica que conceda imunidade tributária.* Os ínclitos Ministros atentaram, inicialmente, para a evolução da jurisprudência do STF. Em uma primeira fase, à vista de o art. 40, § 6º, da Constituição (com a redação dada pela EC n. 03/93) estabelecer que "*as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeados com recursos provenientes da União e* ***de contribuições dos servidores***", o STF considerava legítima a contribuição social para os servidores inativos e pensionistas. Neste sentido, a decisão proferida na ADI 1441-DF, Rel. Min. Otávio Gallotti, assim ementada:

> *Extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da previdência social. Insuficiente relevância, em juízo provisório para fins de suspensão liminar, de arguição de sua incompatibilidade com os arts. 67; 195, II; 40, 6, 194, IV, e 195, p. 5 e 6, todos da Constituição Federal. Medida cautelar indeferida, por maioria.* [65]

Salienta-se que a norma que concedera autorização constitucional para a cobrança da contribuição previdenciária fora introduzida por emenda constitucional, de maneira que, ao admitir a cobrança, o STF não vislumbrou a existência de direito adquirido a não incidência do referido tributo, pois, caso contrário, acabaria por reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da mencionada alteração constitucional, negando legitimidade à cobrança do tributo.[66] A orientação que afirmava a constitucionalidade da contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos restou confirmada pela ADIn 1430, Rel. Min. Moreira Alves.[67]

Todavia, conforme salienta Luís Roberto Barroso,

> a Emenda Constitucional n. 20/98 alterou vários dispositivos constitucionais relevantes sobre o tema. Em primeiro lugar, o § 6º do art. 40 recebeu redação inteiramente diversa da anterior, sem qualquer referência específica à possibilidade de cobrança de contribuição de servidores. O *caput* do art. 40 manteve o princípio contributivo do sistema previdenciário, mas fez referência apenas a "servidores titulares de cargos efetivos" (o que abrangeria apenas os servidores em atividade). Por fim, o § 12, do art. 40, passou a determinar a aplicação subsidiária do regime geral de previdência social aos servidores, sendo que o art. 195, II, da Constituição veda a incidência de contribuição previdenciária sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social.[68]

Foi exatamente a exegese combinada dos arts. 40, § 12, e 195, II, da CF/88, associada à circunstância de a proposta de inclusão da contribuição previdenciária sobre os proventos de inatividade ter sido rejeitada na Câmara dos Deputados, que levou o STF, na ADIn n. 2010-2/DF,[69] Rel. Min. Celso de Mello, a declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Federal n. 9783/99, que instituíra a alvitrada contribui-

---

62 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 754 et seq.

63 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Britto, p. 506/507.

64 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, p. 659, 707.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 1441. Requerente: Partido dos Trabalhadores e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Octavio Gallotti, 28 de junho de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006.DJ 18.10.96.

66 Neste sentido, BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 208-209.

67 DJ 13.12.96.

68 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 209.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 2010-2. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 15 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006.

ção. Entendeu o STF, portanto, que a EC n. 20/98 introduzira hipótese de imunidade constitucional sobre a contribuição previdenciária dos aposentados, do que decorre a inconstitucionalidade da lei ordinária que instituíra a respectiva exação.[70] Note-se que esta segunda fase da jurisprudência do STF era absolutamente coerente com a primeira, já que, na primeira, a juridicidade da contribuição previdenciária dos inativos se justificara pela existência de autorização constitucional para a previsão do respectivo tributo, enquanto na segunda fase a impossibilidade da citada exação decorria, precisamente, de vedação constitucional específica.

Ora, à vista de a EC n. 41/2003 ter introduzido, expressamente, autorização constitucional para a instituição da contribuição previdenciária sobre os servidores inativos, impende concluir que o STF manteve absoluta coerência ao confirmar a sua presumida constitucionalidade. Com efeito, os Ministros que julgaram improcedente a ADIn n. 3128-7 afirmaram, em uníssono, a inexistência de direito adquirido dos inativos a não serem tributados. A propósito, arguta é a observação do Ministro Peluso, no sentido de não se confundir o direito à aposentadoria, inequivocamente integrado ao patrimônio jurídico do seu titular com o preenchimento dos respectivos pressupostos, com o direito ao reconhecimento de imunidade tributária, que daquele não decorre, na medida em que pressupõe preceito constitucional específico.[71]

Assim, à míngua de imunidade tributária prevista por norma constitucional específica, e ante o respeito aos limites constitucionais ao poder de tributar, é patente a constitucionalidade da instituição da nova exação.[72] Quanto ao último aspecto, cumpre salientar a irrestrita observância dos princípios da irretroatividade e da anterioridade nonagesimal.[73]

Interessa sobremaneira inserir a tese do direito adquirido a não incidência de contribuição social sobre os proventos de inatividade no contexto de uma interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 que não descure da democracia. Para suscitar o debate, convém trazer à baila a seguinte passagem do voto do Min. Celso de Mello:

> é sempre oportuno relembrar, considerada a experiência política vivida pelo povo brasileiro, que somente aos regimes autoritários ou autocráticos causa repulsa o dever de respeitar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, e o direito adquirido, como atesta, de modo eloquente, a Carta Despótica de 1937, cuja declaração de direitos (art. 122) – mero catálogo de ficções jurídicas – deliberadamente omitiu essa importante conquista do cidadão, que, concebida para protegê-lo contra o absolutismo estatal, já se achava consagrada na Constituição democrática de 1934 (art. 113, n. 3), cuja vigência, no entanto, veio a ser interrompida pela outorga da Carta Política do Estado Novo.

Com todas as vênias que são devidas ao douto Ministro Celso de Mello, não podemos concordar com a assertiva acima transcrita. Consoante a sua percuciente lembrança, na história política brasileira, ao contrário da norte-americana, não se colocou em risco a democracia por constitucionalismo e judicialismo em excesso, mas, ao contrário, foi a crônica falta de força normativa das Constituições e a timidez do Judiciário na invalidação de atos estatais arbitrários que mais prejudicaram a observância do princípio democrático. Por esta razão, críticas ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis vindas de fora devem ser vistas *cum grano salis*. Nada obstante, parece-nos que a concessão de uma interpretação tão dilargada ao âmbito de proteção da garantia constitucional da intangibilidade dos direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI, da CF/88), como a empreendida pelos votos vencidos, não promove, propriamente, a democracia, mas, ao revés, afigura-se incompatível com o regime político solidário e democrático instituído pela Constituição de 1988, notadamente se aplicada à hipótese que fora submetida ao Tribunal.

Preliminarmente, cumpre agregar um pouco de pragmatismo à discussão. Sobre este aspecto, Luís Roberto Barroso desenvolveu, com a habitual proficiência, argumentos "pré-jurídicos", que vêm em seguida sintetizados: (i) em países desenvolvidos, como a França e a Alemanha, os proventos e as pensões são inferiores aos valores percebidos pelo servidor em atividade (no Brasil, as pensões e os proventos são fixados no valor da última remuneração, sendo que os valores médios das aposentadorias são os seguintes: Executivo – R$ 2.282, Ministério Público – R$ 12.571, Legislativo R$ 7.900, Judiciário R$ 8.027, e Militares R$ 4.275); (ii) do ponto de vista da lógica do sistema, a não cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos importaria em um aumento real correspondente à alíquota de contribuição (11%, atualmente) por ocasião da passagem para a inatividade, servindo como um incentivo para aposentadorias precoces; (iii) até a EC n. 3/93, o regime não era contributivo, de modo que boa parte dos aposentados não contribuiu para o regime próprio, ou contribuiu por menos de dez anos; (iv) boa parte dos aposentados sob o regime pró-

70 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 682.

71 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Peluso, p. 530/531.

72 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 685.

73 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Peluso, p. 533.

prio ingressou no sistema mediante a conversão dos seus empregos em cargos públicos, após haverem contribuído a maior parte do tempo para o regime geral, sobre base de cálculo muito inferior aos proventos percebidos; (v) as regras anteriores à EC n. 20/98 permitiam aposentadorias precoces; (vi) além de fatores conjunturais, como o aumento da expectativa de vida e a redução dos quadros no serviço público.[74]

Não é de causar surpresa, portanto, que o regime próprio de previdência, apesar de congregar "apenas" 3,2 milhões de inativos e pensionistas, tenha déficit anual de R$ 39 bilhões (em relação ao valor arrecadado com contribuições), enquanto o regime geral, com seus 19 milhões de beneficiários, tem déficit anual de "apenas" R$ 17 bilhões.[75]

Sendo o regime próprio de previdência custeado pelas contribuições e pelos orçamentos dos entes federativos, soa óbvio que o déficit causado pela insuficiência das primeiras fontes de custeio é suportado pelos orçamentos, de maneira que, na prática, dilui-se nos impostos que são pagos pela população em geral.[76] Visando a minorar o imenso rombo do regime próprio de previdência social, mais de dois terços do Parlamento, em que pese a todos os riscos eleitorais inerentes à adoção de medida tão impopular, deliberaram que os aposentados também deverão contribuir, instituindo novo tributo em consonância com as limitações constitucionais ao poder de tributar.

O juízo político empreendido pelos Poderes Executivo e Legislativo na solução deste problema prático não deve ser substituído pelo juízo do Judiciário. Com efeito, em um plano estritamente jurídico-constitucional, parece impertinente, à luz do princípio democrático, que o Judiciário anule a referida decisão política, pois, uma tal exegese ampliativa conferida à proteção superconstitucional ao direito adquirido, para além de não ter lastro na dogmática jurídica (ante a inexistência de direito adquirido à não incidência de tributo, afora as hipóteses de imunidade constitucional), representaria um ativismo judicial destinado a congelar o *status quo*. Isto porque tal interpretação construtiva e elástica do art. 5, XXXVI, da CF/88 impediria que os entes democraticamente legitimados corrigissem sistema que, por tudo o quanto antes se expôs, é marcado pela sua injustiça, por uma perversa solidariedade social às avessas, na qual os mais pobres financiam os mais abastados.[77] Houve-se bem, portanto, o STF em não transformar o julgamento da ADIn n. 3.128-7/DF no nosso *Lochner v. New York*,[78] que tanto constrangimento causou à Suprema Corte dos EUA.

A questão suscita indagações a respeito da melhor forma de interpretar o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, aspecto sobre o qual discorreram longamente vários Ministros do STF. Neste particular, verificou-se clara clivagem no seio do STF. Uma primeira linha de pensamento, na qual se inseriram, especialmente, os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto, defendia uma interpretação extensiva do citado dispositivo. Orientação diversa, que enfatizava a necessidade de adotar-se forte dose de autorrestrição judicial (*judicial self restraint)*, foi esposada, entre outros, pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Joaquim Barbosa. Singularmente ilustrativa da primeira "corrente" é a seguinte passagem de obra doutrinária do Min. Carlos de Britto, a qual bem revela a matriz teórica do seu voto, a saber:

> as normas constitucionais autorizativas de produção de emenda é que devem ser interpretadas restritivamente, porque emenda é sempre exceção ao princípio lógico ou tácito da estabilidade da Constituição. As cláusulas pétreas, ao contrário, caracterizam-se como afirmadoras daquele princípio de estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo, elas é que devem ser interpretadas extensivamente.[79]

Em posicionamento que bem ilustra a segunda linha de pensamento, o Ministro Gilmar Mendes assinala que uma aplicação ortodoxa das cláusulas pétreas, antes de garantir a alvitrada estabilidade da Constituição, pode fomentar a ruptura, "*permitindo que o desenvolvimento constitucional se dê fora de eventual camisa de força do regime da imutabilida-*

74 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 201/202.

75 Os dados referem-se a 2002 (utilizado como referência por se cuidar do ano anterior à aprovação da EC n. 41/2003), e foram colhidos do *site* do Ministério da Previdência Social por BARROSO. Op. cit., p. 174.

76 Ver, a propósito, a ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Carlos Velloso, p. 686.

77 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 168.

78 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905). Na ocasião a Suprema Corte dos EUA decidiu pela inconstitucionalidade de lei que fixara período máximo de trabalho de sessenta horas semanais e de dez horas diárias a padeiros do Estado de Nova York, por considerá-la uma ingerência arbitrária na liberdade de contratar dos empregadores e dos empregados. A maioria, vinculada ao postulado do *laissez faire,* típico do liberalismo econômico, não considerou que a regulação estatal do trabalho era uma finalidade legítima (assim como não considerava uma série de outras medidas, como, v.g., o controle de preços), embora, na hipótese, os Justices Holmes e Harlan tenham assentado, respectivamente, que (i) a décima quarta emenda nada tinha que ver com um certo conceito de economia para o país e que (ii) a medida em foco destinar-se-ia à proteção da saúde do trabalhador

79 BRITTO, Carlos Ayres. A constituição e os limites da sua reforma. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 225-246, jan./jun. 2003. p. 246.

de." Assim, o desafio do controle da constitucionalidade de emendas consiste em, por um lado, não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, e, por outro, evitar interpretações ortodoxas que fomentem a ruptura constitucional. Aplicando esta perspectiva, que se alinha à defendida ao longo deste trabalho, à vertente hipótese, tem-se que *exegese que reconheça direito adquirido a não incidência de tributo, intangível ao poder de reforma da Constituição, não promove o necessário equilíbrio entre as pretensões de estabilidade e flexibilidade do projeto constitucional, antes privilegiando, em demasia, a primeira em detrimento da segunda.* Conforme colocado de forma dura pelo Min. Joaquim Barbosa, a interpretação extensiva em exame se revela conservadora, pois, ao proclamar o caráter absoluto da proteção aos direitos adquiridos e à segurança jurídica (valor que os fundamenta), faz *tabula rasa* de valores inerentes ao caráter social de nosso pacto político (igualdade material e justiça social), perpetuando a desigualdade social, em congelamento da pretensão transformadora da Constituição de 1988.[80]

Uma advertência merece ser feita. Não se defende, propriamente, uma interpretação restritiva do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Ao contrário, em interpretação "extensiva" do referido dispositivo, ante o emprego dos elementos sistemático e teleológico, sustentou-se que a expressão "direitos e garantias individuais" deveria ser compreendida de modo a abranger os direitos fundamentais de distintas gerações, e não apenas os "direitos da liberdade" ou de defesa. A bem da verdade, preconiza-se que o Judiciário, no seu grave mister de controlar a constitucionalidade de emendas, adote uma postura cautelosa, no sentido de evitar que, por seu intermédio, grupos bem articulados logrem garantir a preservação do *status quo* e de privilégios vários – absolutamente distintos daquilo que o Min. Gilmar Mendes chamou de núcleo essencial da Constituição – contra a pretensão transformadora da Constituição de 1988, e, mais especificamente, contra a vontade de correção de um sistema concentrador de renda veiculada por mais de três quintos dos representantes do povo, mediante a aprovação da Emenda Constitucional n. 41.

3.5. DIREITOS ADQUIRIDOS E EMENDAS CONSTITUCIONAIS: O MS N. 24875 E O TETO REMUNERATÓRIO, À LUZ DA EC N. 41/2003.

Por fim, afigura-se conveniente trazer à tona premissa fundamental à solução da controvérsia exposta no item anterior, que, em virtude de o debate ter enfocado a questão da existência, ou não, de direito adquirido à não incidência da multicitada exação, só foi lateralmente abordada pela maioria dos votos. *Cuida-se da questão afeta à oponibilidade dos direitos adquiridos às emendas constitucionais.* O entendimento amplamente majoritário no âmbito da doutrina brasileira é de que a garantia constitucional do direito adquirido (art. 5º, XXXVI) constitui direito individual do cidadão contra o Estado, assumindo o *status* de cláusula pétrea, pela incidência do art. 60, § 4º, IV.[81] Assim, somente manifestação do poder constituinte originário poderia suprimir direito adquirido, desde que o faça de forma expressa, como o fez no art. 17, do ADCT, sendo vedado ao constituinte derivado fazê-lo.[82] O STF, por sua vez, já se pronunciou pela possibilidade de norma constitucional originária desconstituir direito adquirido,[83] ressalvando, contudo, que a cláusula extravagante do art. 17 do ADCT não alcança a coisa julgada.[84]

Em sentido diverso, encontra-se posicionamento minoritário no direito brasileiro no sentido de que a palavra "lei" empregada no art. 60, § 4º, IV, deve ser interpretada como lei em sentido estrito, de modo que a garantia da intangibilidade do direito adquirido seria oponível apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte reformador. Comunga desta perspectiva, p. ex., o Ministro Nelson Jobim, que, em resposta à alusão, feita pelo Min. Marco Aurélio, à defesa por ele promovida na Assembleia Nacional Constituinte da rejeição de proposta destinada a suprimir a expressão "direitos adquiridos" do art. 5º, XXXVI, da CF/88, argumentou que, nas discussões travadas pelos constituintes, referia-se à lei in-

80 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 492.

81 Veja-se, *exempli gratia,* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 62; SILVA, José Afonso da. Reforma constitucional e direito adquirido. In: ——. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 221-333; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. p. 191-204; HORTA, Raul Machado. Constituição e direito adquirido. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 112, p. 860, 1991; RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228-242; VELLOSO, Carlos Mário. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 457-474; BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Walmir. Direito adquirido contra emenda constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, n. 202, p. 75-90, 1995.

82 Art. 17 do ADCT: "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título".

83 RTJ 67:327, 1974, RE 895, Rel. Min. Djaci Falcão; RTJ 71:461, 1975, RE 75418, Rel. Min. Thompson Flores; RTJ 140:1008, 1992, AI 134.271, Rel. Min. Moreira Alves; RDA, 196:107, 1994, ADIn 248-1-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

84 STF, RTJ 167:656, 1999, RE 146.331-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

fraconstitucional, tendo-se presente que a impossibilidade de emenda desconstituir os direitos adquiridos conduziria à "*petrificação contra a Constituição, quando as necessidades sociais possam determinar situações adversas*", empurrando "*os governos para a ilegalidade e para o golpe, no sentido de derrubar a constituição para reformá-la.*"[85]

Neste ponto, convém trazer à colação advertência de Luís Roberto Barroso de que, na América Latina, à exceção do México, e na Europa, a regra da não retroatividade é de nível infraconstitucional, podendo ser revogada por lei superveniente, enquanto nos EUA a vedação constitucional à *ex post facto law* vem merecendo interpretação restritiva. No âmbito do direito brasileiro, a garantia constitucional inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF/88 foi tradicionalmente interpretada no sentido de não veicular vedação peremptória à retroatividade, mas, antes, permitindo-a, desde que a lei expressamente preveja a sua aplicação retroativa e que restem preservados os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. A exceção se dá nos domínios do direito penal e do direito tributário, nos quais, mercê de vedações constitucionais específicas (art. 5º, XL; art. 150, III, a), não se admite a retroatividade prejudicial ao indivíduo.[86]

Transcende os propósitos deste estudo discorrer sobre a celeuma afeta aos critérios destinados a solver os conflitos das normas jurídicas no tempo, cumprindo apenas deixar consignado que, no Brasil, adotou-se a teoria subjetivista do italiano Francesco Gabba, o qual, ao contrário de Paul Roubier, entendia que a vedação à retroatividade compreendia não apenas a incidência da lei nova a efeitos já produzidos, mas igualmente a efeitos futuros de atos anteriores à lei.[87] Gabba, a propósito, assim delineia a noção de direito adquirido: 1) ter sido consequência de fato idôneo para a sua produção; 2) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular. [88]

Salienta, com propriedade, Barroso, que a noção de direito adquirido é mais bem compreendida se extremada dos institutos da expectativa de direito e do direito consumado: tem-se expectativa de direito, se o fato aquisitivo teve início, porém não se completou; direito adquirido, quando o fato aquisitivo se completou, mas seus efeitos ainda não se produziram; direito consumado, quando o fato aquisitivo se completou, e os seus efeitos se produziram integralmente.[89] Enquanto o direito adquirido e o direito consumado não podem ser atingidos por norma jurídica superveniente, a expectativa de direito estaria ao desabrigo da garantia inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Ainda na esteira de Barroso, cumpre salientar que a associação da proteção constitucional com o *status* de cláusula pétrea conferida pela doutrina majoritária à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da CF/88, e – acrescentamos – com a encampação da teoria de Gabba, significa que, no Brasil, adota-se teoria bastante ampla acerca do conteúdo e do alcance do direito adquirido, circunstância que deve operar como um alerta ao intérprete para que atue com intensa dose de autorrestrição na sua aplicação (especialmente contra emendas), sob pena de levar ainda mais longe o seu âmbito de proteção, e, "*em nome da segurança jurídica, criar a instabilidade.*"[90] Este seria, indubitavelmente, o caso de reconhecer a existência de direito adquirido dos servidores inativos a não incidência de contribuição previdenciária, pois, como visto, tal tese olvida-se, entre outros fatores, da inexistência de direito adquirido a não ser tributado, exceto nas hipóteses de imunidade constitucional.

Com o escopo de questionar a amplitude da proteção conferida pela doutrina majoritária à garantia constitucional do direito adquirido, Daniel Sarmento desenvolve intrigante abordagem da questão, em tese que, em seus delineamentos gerais, assemelha-se à adotada pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto proferido na ADIN n. 3128-7. Sarmento sintetiza da seguinte forma os seus argumentos:

> Podemos assim conjugar (a) a percepção sobre a reverência devida ao constituinte derivado, como expressão do direito democrático à autodeterminação das gerações presentes – o que enseja uma interpretação não maximizadora das cláusulas pétreas – ; com (b) a visão de que o direito adquirido configura uma garantia constitucional importante, mas que não foi posto pelo constituinte num pedestal, acima dos demais direitos fun-

85 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Nelson Jobim, p. 769.

86 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência*: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. p. 53.

87 GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*, 1868; ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire* (conflit des lois dans le temps), 1960. v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito constitucional intertemporal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 304, p. 29, 1988. A respeito da adoção da teoria de Gabba, e, via de consequência, da vedação às retroatividades máxima, média e mínima, ver ADIn 493-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 143:744-5, 1993.

88 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência*: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. p. 195.

89 Ibid., p. 196.

90 Ibid., p. 192.

damentais e interesses constitucionais; e ainda com (c) a noção de que a Constituição de 1988 propõe-se, essencialmente, a modificar as estruturas sociais e não a conservá-las.[91]

À luz dessas premissas, Sarmento conclui que, "*embora o constituinte derivado não possa suprimir ou desnaturar a garantia do indivíduo contra a irretroatividade desfavorável da lei infraconstitucional, ele pode, sim, desconstituir direitos adquiridos no passado*." De tal assertiva não decorre a insuscetibilidade do controle de constitucionalidade de emenda constitucional supressiva de direito adquirido, na medida em que se afigura possível que se pondere o princípio da segurança jurídica – suporte axiológico da proteção aos direitos adquiridos – com outros princípios de estatura constitucional, de maneira que, caso a segurança jurídica apresente maior peso específico no processo ponderativo, a alvitrada emenda deverá ser declarada inconstitucional. Todavia, para que isso ocorra

> será necessário demonstrar não apenas que se trata de um atentado gravíssimo contra o núcleo essencial deste princípio, mas também que, numa argumentação aberta aos valores, esta restrição não tem como ser racionalmente justificada por uma necessidade impostergável de promoção ou proteção de algum interesse constitucional igualmente digno de tutela.[92]

De qualquer forma, ainda que se entenda que os direitos adquiridos são cláusulas pétreas, salienta Sarmento que o constituinte não vedou toda e qualquer restrição, mas somente aqueles que toquem em seu núcleo essencial. Similar foi a perspectiva adotada pelo Min. Joaquim Barbosa, para quem

> *a tese sustentada na ação direta omite o fato de que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição.*[93]

A tese de Sarmento agrega elementos importantes ao debate. Com efeito, evidencia que a intangibilidade do direito adquirido não deve ser considerada limite à reforma constitucional pela sua simples inclusão no art. 5º. Ao revés, aqueles que assim a concebem devem justificar a sua imprescindibilidade para a tutela da segurança jurídica, princípio que lhe dá suporte axiológico. Por outro lado, como se buscou fazer no presente trabalho, ressalta que uma interpretação constitucionalmente adequada das cláusulas pétreas deve adotar postura de sensível autorrestrição em relação às deliberações supermajoritárias do Parlamento, limitando-se o Judiciário a invalidar emendas que atentem, claramente, contra direitos materialmente fundamentais. Especificamente quanto aos direitos adquiridos, há o fundado risco de preservar-se o *status quo*, em contrariedade ao projeto constitucional de transformação social veiculado pela Constituição de 1988, circunstância que igualmente foi salientada no curso do presente capítulo.

Cumpre, todavia, conferir especial ênfase à incorporação da filosofia política e da argumentação moral ao debate, especialmente através das potencialidades hermenêuticas dos princípios constitucionais. Tal perspectiva, que, na seara específica dos limites materiais ao poder de emenda, fora pioneiramente adotada por Oscar Vilhena Vieira[94] e que se procurou adotar no presente artigo, tem o proveito não apenas de justificar materialmente as cláusulas pétreas em um regime democrático, mas também de promover mudanças de rumo em relação a interpretações atentatórias a uma leitura sistemática da Constituição a que estariam fadadas concepções formalistas. Explica-se: aplicando rigorosamente a teoria de Gabba, "oficialmente" incorporada ao direito brasileiro desde o julgamento pelo STF da ADIn 493,[95] tem-se que as expectativas de direito não seriam objeto de tutela jurídica, bem como que todo e qualquer direito adquirido estaria imune a normas supervenientes, bastando para a definitiva incorporação do direito ao patrimônio jurídico do seu titular o preenchimento formal dos respectivos requisitos legais.

Todavia, através da concessão de força normativa aos princípios da boa-fé e da confiança, vinculados, por sua vez, aos princípios da moralidade administrativa, da segurança jurídica e da igualdade, já se vislumbra o reconhecimento de um direito subjetivo a um regime de transição razoável, de forma a tratar-se, p. ex., desigualmente os servidores de acordo com o lapso de tempo que lhes resta completar para a aquisição do direito à aposentadoria. [96]

---

91 SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). *A reforma da Previdência Social* – temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2004. p. 42.

92 Ibid., p. 43.

93 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 495.

94 VEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça* – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 493. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 25 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006.

96 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência*: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. p. 196.

Por outro lado, há casos em que, não obstante o inequívoco preenchimento formal dos requisitos definidos em lei para a aquisição do direito, não se afigura legítimo, em uma ordem constitucional que veicule um projeto solidário de transformação social, que se considere o respectivo "direito adquirido" imune à supressão pelo constituinte reformador. Cogite-se da hipótese – que, infelizmente, não é mera abstração acadêmica – de Estatuto de Pessoal de determinado ente federativo que não limite o número de incorporações de gratificações juridicamente viáveis, de maneira a instalar-se entre os servidores uma promíscua prática de revezamento na ocupação de cargos de confiança, com vistas à obtenção de novas incorporações e, via de consequência, logrando a percepção de vencimentos astronômicos. Com abstração do problema do teto remuneratório e partindo da premissa de cuidar-se de Estatuto de Pessoal da União – para simplificar o exemplo – , não seria legítimo ao constituinte reformador, mercê do princípio da moralidade administrativa, desconstituir tais "direitos adquiridos"? Parece evidente que sim. O mesmo poderia ser dito em relação a governante que, em final de mandato, resolve fazer aquilo que se convencionou chamar de "testamento político", distribuindo benesses várias a cidadãos e administrados (concessão de vantagens remuneratórias descabidas, isenções de tributos temerárias, etc.).

Solução diametralmente antagônica deve ser empregada na hipótese de o Chefe do Poder Executivo municipal, empolgado com êxito eleitoral acachapante recentemente obtido, valer-se da sua legitimidade democrática para, no bojo de novas normas disciplinadoras da ocupação do solo urbano, expressamente suprimir licenças expedidas, de maneira a causar substanciais prejuízos financeiros a empresários de boa-fé que já haviam começado a erguer empreendimentos imobiliários de alto vulto. No caso de que se cogita não deduziu o governante motivos aptos a evidenciar a eventual ilegalidade das anteriores licenças, cingindo-se a afirmar que o seu antecessor havia concedido licenças desordenadamente, em contrariedade ao uso adequado do solo urbano. Parece evidente que tal providência ofende a segurança jurídica, devendo ser anulada judicialmente, ou, justificado o interesse público na sua manutenção, garantir-se ao titular do direito a integral indenização pelo dano sofrido.

O contraste entre os exemplos propositalmente extremados se destina a evidenciar que a melhor solução para o problema da extensão da garantia da intangibilidade dos direitos adquiridos não deve se submeter à lógica do tudo ou nada, típica das regras, mas, ao contrário, deve se abrir a ponderações de razões à luz das particularidades do caso concreto, submetendo-se, portanto, à lógica do "mais ou menos", própria dos princípios. A consequência do exposto é a rejeição da tese de que, preenchidos os requisitos formais previstos em lei como necessários à aquisição do direito, há de reconhecer-se, *com abstração da legitimidade dos referidos pressupostos,* que o respectivo direito não pode ser suprimido em hipótese alguma pelo constituinte reformador. Isto porque, caso se adote uma concepção formalista sobre o conceito de direito adquirido, ter-se-ia de reconhecer que, ao contrário do que se expôs, a primeira e a segunda linha de exemplos comportariam a mesma solução, pois em ambos os casos os pressupostos legais para a aquisição do direito restaram integralmente preenchidos, de forma que não se afiguraria legítima a supressão de direitos definitivamente incorporados ao patrimônio jurídico dos seus respectivos titulares.

Tais considerações, apesar de alinhadas às premissas de Sarmento, não conduzem, necessariamente, à conclusão de que a garantia inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988 se dirige, exclusivamente, ao legislador ordinário. Isto porque parece-nos que, à mingua de demonstração inequívoca de que os direitos adquiridos despem-se de fundamentalidade material, há de prestigiar-se a sua "presunção de fundamentalidade", já que o referido direito foi inserido no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º). A bem da verdade, a intangibilidade dos direitos adquiridos se consubstancia em instrumento que promove, em intensidade forte, a segurança jurídica, circunstância que a nutre de fundamentalidade material, para além da fundamentalidade formal que inequivocamente possui.

Por tais razões, parece-nos que a solução constitucionalmente adequada para a questão consiste em considerar que o constituinte reformador, embora jungido, a princípio, aos direitos adquiridos, pode, em hipóteses excepcionais e com eficácia *ex nunc*, suprimi-los, após juízo ponderativo no qual prevaleçam outros princípios de estatura constitucional. Há, portanto, uma prioridade *prima facie* da proteção do direito adquirido (ou, mais precisamente, da segurança jurídica, que é o valor que a fundamenta) sobre os princípios constitucionais com ele conflitantes, que somente pode ser afastada mediante demonstração exauriente de que a sua não aplicação, no caso concreto, reverencia o princípio da proporcionalidade.

Desta forma, na hipótese de emenda constitucional que suprima direitos adquiridos, não nos parece que a sua inconstitucionalidade dependerá, conforme afirma Sarmento, da demonstração de um "*atentado gravíssimo ao núcleo essencial da segurança jurídica*", e de que a medida

não se alicerça na "*necessidade impostergável*" de promoção de outros interesses constitucionais. Ao contrário, em virtude dos argumentos deduzidos nos parágrafos anteriores, *impende inverter-se o ônus argumentativo*. Assim, *a preservação de emenda constitucional supressiva de direitos adquiridos deve se dar em hipóteses-limite nas quais o intérprete se desincumba de demonstração inequívoca de que a preservação dos referidos direitos causaria lesão insanável ao núcleo essencial de outros princípios constitucionais, implicando, i.e., consolidação de situações de privilégio*.

Citam-se, a propósito, as hipóteses em que a lei instituidora do direito não resiste a uma análise cuidadosa de sua compatibilidade material com princípios constitucionais, justificando-se, portanto, a sua supressão pelo constituinte reformador. Linhas acima trouxemos à colação os exemplos das diversas incorporações de gratificações e dos testamentos políticos, destinados a ilustrar casos que demonstram a importância da aferição da legitimidade constitucional dos pressupostos à aquisição do direito e ao seu próprio conteúdo. Aliás, é exatamente neste flanco que seguem os detratores da tese da superconstitucionalidade do direito adquirido, ao recorrentemente lembrarem a possibilidade de os proprietários de escravos haverem oposto às leis de abolição da escravatura a garantia do direito adquirido.

A respeito da jurisprudência do STF, convém destacar o acórdão proferido no RE 94.414-SP, Rel. Ministro Moreira Alves,[97] no qual se assentou que "*não há direito adquirido contra o texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário ou do Poder Constituinte derivado*", razão pela qual negou o STF a existência de direito adquirido de magistrado a exercer mais de uma atividade de ensino superior, em atenção à vedação estatuída pela EC n. 07/67. Cuidava-se, segundo a pertinente observação do Ministro Pertence, de leitura ortodoxa da garantia da intangibilidade do direito adquirido, visto que a restringe às intervenções do legislador ordinário, a qual fora capitaneada pelo Ministro Moreira Alves e se traduzira em diversas decisões do STF.[98]

Após o advento da Constituição de 1988, a questão da vinculação do constituinte derivado ao direito adquirido não havia sido diretamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de, consoante salientado alhures, sólida maioria dos constitucionalistas brasileiros haver reconhecido a aplicação da vedação também ao constituinte reformador. A questão só mereceu análise um pouco mais detida do Excelso Pretório em 11 de maio do corrente ano, por ocasião do julgamento do MS 24875.[99] Tratava-se de mandado de segurança impetrado por quatro ex-Ministros do STF, no qual se impugnara decisão administrativa do Presidente da Corte que adequara os proventos dos impetrantes ao teto remuneratório estabelecido no art. 37, IX, da Constituição, com a redação dada pela EC n. 41/2003. Argumentavam os ex-Ministros que a inclusão de vantagens de caráter pessoal no cômputo do teto violara as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos e proventos, que, na forma da doutrina dominante, são cláusulas pétreas, cumprindo ao STF, portanto, reconhecer, em caráter *incidenter tantum,* a inconstitucionalidade do vocábulo "pessoais" inserto no art. 37, XI, da CF/88, e da expressão "e da parcela recebida em razão do tempo de serviço" contida no art. 8º da EC n. 41/2003.

Não cabe aqui proceder senão a breve alusão aos principais marcos jurídicos fixados pelo STF sobre o teto remuneratório instituído pela Constituição de 1988. Com todas as vênias que são devidas ao Supremo Tribunal Federal, não se pode concordar com a sua linha jurisprudencial. O texto constitucional originário era de meridiana clareza ao estatuir que deveriam ceder ao teto "os valores recebidos a qualquer título" (art. 37, XI), enquanto o art. 17 do ADCT, acima transcrito, estabelecia, como ainda estabelece, que as remunerações, proventos e pensões recebidas em desacordo com a Constituição deveriam ser imediatamente reduzidos aos limites por ela fixados, descabendo a alegação de direito adquirido. O STF, contudo, no julgamento da ADIn n. 14,[100] proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, assentou que as vantagens de caráter pessoal estariam excluídas do teto, em interpretação que, para além de contrariar a literalidade da Constituição (que, remarque-se, aludia a qualquer vantagem, expressão que, obviamente, incluía as vantagens pessoais), retirou todo e qualquer efeito prático do limite máximo previsto no art. 37, IX, pois, são precisamente tais vantagens que empurram a remuneração dos servidores para além do teto.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 94414. Recorrente: Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha e outros. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Moreira Alves, 13 de fevereiro de 1985. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006. RTJ, 114: 243-244.

98 ADIn n. 3128-7, DJ 18.02.2005, Ementário n. 2180-3, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 750.

99 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n 24875. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006.

100 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 14. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Célio Borja, 13 de setembro de 1989. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006.RTJ 130:475/484.

Atendendo aos anseios da sociedade, o Congresso Nacional aprovou a EC n. 19/98 (Reforma Administrativa), que, dentre diversas alterações no texto constitucional, alterou a redação do art. 37, XI, para expressamente prever que "as vantagens pessoais e de qualquer outra natureza" deveriam ceder ao teto. O STF, contudo, em sessão administrativa realizada em 24.06.1998, entendeu, por sete votos a quatro, que o "novo teto" não seria autoaplicável, porquanto a sua plena e integral eficácia dependeria da edição da lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, das Casas Legislativas e do STF, a que aludia a antiga redação do art. 48, XV, da CF/88. Essa lei, ante as óbvias divergências entre os "poderes" a respeito do valor do teto, nunca chegou a ser editada.

Finalmente foi promulgada a EC n. 41/2003, que, a par de diversas modificações na Constituição e no próprio art. 37, XI, manteve a inclusão expressa das vantagens pessoais no limite máximo de remuneração, e, em seus arts. 8º e 9º, determinou, respectivamente, que, enquanto não fossem fixados os subsídios dos Ministros do STF, o valor do teto seria considerado, desde a promulgação da EC n. 41, "*o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Eleitoral* (...)", bem como que deveria ser aplicado à hipótese o art. 17 do ADCT. Revela-se, com absoluta nitidez, a vontade do constituinte derivado em finalmente "emplacar" o teto, tornando inequívoca a inclusão das vantagens pessoais, a sua autoaplicabilidade e a impossibilidade da arguição de direitos adquiridos.

No julgamento do precitado MS 24875, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, na esteira do voto condutor do Min. Sepúlveda Pertence, houve por bem deferir, em parte, a segurança, para determinar a permanência, no caso concreto, da vantagem percebida pelos impetrantes com base no art. 184, III, da Lei n. 1711/52, até que seja absorvida pelos subsídios dos Ministros do STF.

Na hipótese, os impetrantes pugnavam pela continuidade da percepção de duas vantagens: (i) o adicional máximo de 35% (trinta e cinco por cento) por tempo de serviço e (ii) o acréscimo de 20% (vinte por cento), por haverem se aposentado no exercício de cargo isolado no qual permaneceram por mais de 3 (três) anos, previstos, respectivamente, no art. 250, da Lei n. 8112/90 e no art. 184, III, da Lei 1.711/52. O Ministro Pertence, em voto que foi placitado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, fixou o entendimento majoritário do Tribunal, segundo o qual as mencionadas vantagens não corporificam "*direito adquirido de envergadura constitucional*", vez que estatuídas por lei ordinária, de modo que, "*com a EC 41/2003, não seria possível assegurar a sua permanência indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido.*" Entretanto, reconheceu o STF que a Constituição assegurou aos impetrantes o direito à irredutibilidade de vencimentos, "*modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais.*" Na esteira do Min. Pertence, o Min. Ricardo Lewandowski deixou consignado em seu voto de minerva, que "(...) *a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos, e não a manutenção de percentuais que integram o seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.*"

À luz destas premissas, e ante a circunstância de o adicional de tempo de serviço haver sido extinto pela instituição do subsídio da magistratura, sem qualquer prejuízo financeiro aos magistrados, o que inocorrera com o acréscimo de 20% previsto no art. 184, III, da Lei 1.711/52, cumpre repisar que o STF houve por bem, por exígua maioria, reconhecer o direito de os impetrantes receberem a mencionada gratificação até que o seu montante seja absorvido pelos subsídios, preservando, portanto, ainda que temporária e excepcionalmente, o direito de servidores públicos receberem remuneração superior ao teto, mercê da irredutibilidade do valor nominal dos seus proventos. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, acompanhou a respectiva decisão, embora tenha empregado fundamentação diversa, alinhada à concepção tradicional de que o direito de os impetrantes perceberem o acréscimo de 20% se consubstanciava em direito adquirido, o qual, em consonância com a iterativa doutrina, é inalterável por emenda constitucional.

Já os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Nelson Jobim indeferiam o mandado de segurança. Ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa, enfatizando o teor do art. 17 do ADCT, que a fixação de um efetivo teto remuneratório configura antigo anseio de concretização da transparência na remuneração dos servidores públicos, sendo incabível a tese acerca da existência de direito adquirido à percepção de estipêndios que extrapolam o limite do que o país considera uma remuneração justa para a função pública. No mesmo viés, o Min. Peluso ressaltou que

> não há a necessidade de recorrer-se à decisão sobre direitos adquiridos, de fonte infra ou de fonte constitucional, porque esta vontade de caráter pessoal superveniente encontrou, no próprio texto constitucional primitivo, a limitação de que essa vantagem tão pouco escaparia do limite do teto.

A nosso ver, a melhor exegese se encontra nos votos vencidos. Com efeito, ante a evidente inclusão das vantagens pessoais na expressão "*valores recebidos a qualquer título*",

parece-nos que o constituinte derivado apenas "corrigiu" a jurisprudência do STF, que, nitidamente, havia se desviado da claríssima intenção do constituinte originário de submeter toda e qualquer remuneração percebida no serviço público ao teto remuneratório. Havendo, ademais, o art. 17, do ADCT, expressamente afastado a alegação de direito adquirido, afigura-se claro que não se coloca, na hipótese específica do teto, a discussão da oponibilidade dos direitos adquiridos às emendas constitucionais, pois a inoponibilidade dos direitos adquiridos decorre de expressa manifestação do constituinte originário e, neste particular, a jurisprudência do STF é firme no sentido da possibilidade de um novo texto constitucional suprimir direitos adquiridos.

Nada obstante divergirmos da decisão do STF, por entendermos que o constituinte originário já impedira a alegação de vantagens pessoais em face do teto, o referido *decisum* esposou concepção acerca da oponibilidade dos direitos adquiridos a emendas constitucionais menos abrangente do que a conferida pela doutrina majoritária. A propósito, assentou o STF, no respectivo julgamento, que não se pode atribuir proteção constitucional e o *status* de cláusula pétrea a todo e qualquer direito adquirido nos termos de leis infraconstitucionais, mas apenas ao que o Ministro Pertence denominou de "*modalidades qualificadas de direito adquirido*", nas quais se insere a garantia da irredutibilidade de vencimentos.

Ademais, o Min. Ricardo Lewandowski salientou que a manutenção do acréscimo de 20% previsto no art. 184, III, da Lei 1.711/52, justificava-se não por uma leitura "formalista" da garantia da irredutibilidade de vencimentos, segundo a qual toda e qualquer vantagem cujos pressupostos legais de aquisição fossem preenchidos restaria intangível ao constituinte reformador. Ao contrário, consoante defendido neste trabalho, assentou-se a necessidade de perquirir *a legitimidade da incorporação dos benefícios estipendiais ao patrimônio jurídico do beneficiário,* promovendo, à luz das particularidades do caso concreto, um juízo de constitucionalidade material da lei instituidora do benefício, tendo-se como paradigma, especialmente, os princípios da razoabilidade e da moralidade administrativa.

À guisa de conclusão, pode-se asseverar que, no caso específico do teto remuneratório, parece-nos que a vedação à percepção de quaisquer vantagens – inclusive as de caráter pessoal – que superem o teto já havia sido estabelecida pelo constituinte originário, em face do qual não há de falar-se de direitos adquiridos. Todavia, partindo-se, para fins argumentativos, da premissa de que a inclusão das vantagens pessoais no teto foi, efetivamente, obra do constituinte derivado, e, portanto, abordando-se a questão no plano específico da oponibilidade dos direitos adquiridos às emendas constitucionais, revela-se escorreita a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, que afirma a imprescindibilidade de verificar-se, à luz das especificidades do caso concreto, se o direito foi legitimamente incorporado ao patrimônio jurídico do seu titular, mediante a aferição da constitucionalidade substantiva da lei que o instituiu. Aduz-se tão somente a prioridade *prima facie* da proteção constitucional do direito adquirido e do princípio da segurança jurídica que o suporta axiologicamente, razão pela qual o reconhecimento da constitucionalidade de emenda constitucional supressiva de direito adquirido pressupõe que se demonstre, de maneira amplamente satisfatória, que a manutenção do referido direito geraria lesão insanável ao núcleo essencial de outros princípios constitucionais. À mingua de demonstração exauriente neste sentido, impende ser declarada a inconstitucionalidade da respectiva emenda.

3.6. CONCLUSÃO

A leitura das críticas formuladas a boa parte das decisões tratadas neste artigo poderia dar ao leitor a impressão de que o seu autor tem uma visão essencialmente negativa da jurisprudência do STF a respeito da proteção dos direitos fundamentais enquanto cláusulas pétreas. Todavia, essa conclusão não procede. Na verdade, a objeção fundamental que se deduziu à jurisprudência do STF – a qual as críticas pontuais são corolários – se refere a pouca relevância dada à circunstância de uma emenda constitucional ser aprovada por uma supermaioria no Congresso Nacional, de maneira a veicular um consenso político mais sólido do que o obtido quando da aprovação de uma lei.[101] Além disto, a ambiguidade e a indeterminação dos "direitos e garantias individuais", a prolixidade do texto constitucional e a ampliação do rol dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade fazem com que potencialmente toda emenda constitucional contrária a interesses de grupos sociais razoavelmente articulados seja submetida ao STF.

Por fim, deve se relembrar que o processo de reforma à Constituição representa o processo deliberativo mais elevado disciplinado pelo Direito, na medida em que acima dele somente se coloca o poder constituinte originário, que é tradicionalmente visto como um poder político. Assim, a definição de um rol muito amplo de cláusulas intangíveis pode

101 Esta crítica vem sendo feita, no seio do próprio Supremo Tribunal Federal, pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence. Ver, a propósito, PERTENCE, Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 9, jan./mar. 2007. Disponível em:<http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 25 out. 2009.

fazer com que mudanças desejadas por uma maioria sejam impedidas por uma minoria sem que se cogite de violação a direitos materialmente fundamentais – antes afastando meros interesses corporativos – , circunstância que, além de restringir demasiadamente o princípio democrático, tende a suscitar rupturas constitucionais, com inegáveis prejuízos à segurança jurídica.

Aliás, a excepcionalidade do controle da constitucionalidade de emendas à luz de limites materiais ao poder de reforma é confirmada pela análise da jurisprudência das principais Cortes Constitucionais sobre o tema: fora o caso brasileiro, em que um número significativo de emendas constitucionais foi declarado inconstitucional, o único precedente relevante neste sentido de que se tem notícia é da lavra da Suprema Corte indiana. Cuida-se do caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala,* no qual a Suprema Corte indiana estabeleceu os limites do poder do Parlamento, por reforma constitucional, restringir o direito de propriedade para a realização de reforma agrária. Nesta importante decisão prolatada em 24.04.1973, o Tribunal afirmou que a estrutura básica da Constituição, por constituir o seu núcleo de identidade, não poderia ser alterada por emenda constitucional, mas apenas por uma nova Constituição.[102]

Tais fatores geram o dever de o Supremo Tribunal Federal atuar com maior dose de autorrestrição no controle da constitucionalidade de emendas do que de leis, devendo, especificamente em relação ao art. 60, § 4º, IV, da CF/88, seguir uma orientação fundamental: *proteger direitos materialmente fundamentais* que consistem em pressupostos ao Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, *sem, contudo, permitir que grupos bem articulados se utilizem do rol de cláusulas pétreas – e, em última instância, do Judiciário – para imunizar de futuras maiorias democráticas determinadas visões de mundo e projetos de organização do Estado, ou, pior, privilégios entrincheirados na Constituição sob o rótulo de direitos.*

Ainda que tenhamos divergências em relação às interpretações conferidas pela composição majoritária do STF às garantias da anterioridade tributária e eleitoral – em cujas críticas estivemos ao lado da figura eminente do Min. Pertence – , em uma análise global da sua jurisprudência parece-nos que o STF, cônscio da gravidade e das peculiaridades da invalidação de uma emenda constitucional, tem adotado postura mais adequada do que parcela considerável da doutrina. Com efeito, o STF se afastou da tese formalista que limita o rol de direitos intangíveis aos incisos do art. 5º, na medida em que, p. ex., reconheceu a superconstitucionalidade das anterioridades tributária e eleitoral (arts. 150, III, b e 16) e da licença à gestante (art. 7º, XVIII). Por outro lado, também não parece reduzir o referido elenco às liberdades fundamentais ou ainda aos direitos a prestações estatais negativas, já que há precedente importante de tutela de direito social prestacional em face de emenda constitucional (ADIn n. 1946/DF: licença à gestante). Ao revés, *uma análise sistemática da jurisprudência do STF revela forte tendência em atribuir o* status *de cláusula pétrea aos direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira "geração", sejam eles direitos de defesa ou prestacionais, estejam ou não previstos no art. 5º.*

Todavia, é exatamente aqui que se percebe que o STF tem sido bem mais cauteloso que a doutrina. Com efeito, autores que defendem a mencionada tese apresentam, via de regra, uma visão essencialmente favorável às cláusulas pétreas, dando ênfase ao seu papel de limitação de atos arbitrários do poder público e esquecendo-se do risco de cristalização de privilégios, do que resulta um elastecimento do respectivo elenco – como, p. ex., mediante a inclusão de todos os direitos formalmente fundamentais contidos nos arts. 5º a 17 da Constituição ou através de uma leitura expansiva dos direitos adquiridos – , a ponto de gerar uma restrição excessiva ao poder de deliberação da geração atual.

Ao revés, o Supremo Tribunal Federal tem tratado a questão com parcimônia, como revela a sua tendência em não se satisfazer com o local da positivação do direito, antes buscando aferir a fundamentalidade material dos direitos para que eles possam ser considerados limites ao poder de reforma constitucional. Ademais, na ocasião em que considerou constitucional a instituição da contribuição previdenciária sobre os proventos de inatividade pela Emenda Constitucional n. 41/03, a composição majoritária do STF claramente se preocupou em não dar ao rol de cláusulas pétreas "*uma interpretação ortodoxa que fomentasse a ruptura constitucional*".

Por fim, eventual viés crítico ao controle da constitucionalidade de emendas constitucionais que pode ser inferido deste artigo decorre, sobretudo, da posição bastante expansiva afirmada pela doutrina, e não deve ser usado como premissa à conclusão de que aqui se defende um minimalismo judicial. Ainda que se sustente que o Judiciário deva atuar com maior autorrestrição no controle da constitucionalidade de emendas do que de leis, *admite-se um "ativismo judicial" na fiscalização das emendas que avancem contra direitos materialmente fundamentais.* Uma decisão que serve de exemplo à linha interpretativa que aqui se preconiza – e que nos parece a mais importante decisão proferida pelo STF

102 AIR 1973 SC 1461. Disponível em http://openarchive.in/newcases/29981.htm; acesso em 25 de outubro de 2009. Ver também SATHE, S.P. India: from positivism to scruturalism. In: INTERPRETING Constitutions – a comparative study. New York: Oxford University, p. 215-266.

sobre a matéria – foi a prolatada na ADIn n. 1946/DF,[103] na qual, como visto, o STF procedeu à interpretação conforme a constituição do art. 14 da EC n. 20/98, de modo a afastar a exegese que incluía a licença à gestante no teto de benefícios previdenciários por ele instituído. Na hipótese, o STF, corretamente, afastou a interpretação que decorria da literalidade do referido dispositivo – qual seja, a sujeição da licença à gestante ao teto de benefícios previdenciários – , em virtude da sua incompatibilidade com a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho e com a plena fruição desse direito social prestacional. Assim, apesar de esta interpretação não ser a mais evidente, foi precisamente adotada, diante de garantir o respeito de emenda constitucional a direitos materialmente fundamentais.

Por outro lado, não se descura da importância de um Tribunal independente controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil; em nosso direito há peculiaridades que tornam esta atividade essencial ao bom funcionamento da democracia: enorme número de emendas constitucionais, o fato de o respectivo quorum (três quintos) não ser tão rigoroso como em outros países, previsão de interesses corporativos em emendas constitucionais, histórico brasileiro de timidez do Judiciário no controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, etc. Todavia, com a consolidação do Judiciário após a Constituição de 1988, faz-se mister a construção de um consenso doutrinário e jurisprudencial em torno de uma interpretação do art. 60, § 4, IV, da CF/88 que preconize um ativismo judicial na invalidação de emendas constitucionais que coloquem em risco direitos materialmente fundamentais, mas que seja deferente às escolhas políticas tomadas pelo órgão de reforma a respeito do conteúdo constitucional que reputar adequado em determinado contexto histórico.

Poder-se-ia arguir que esta proposta de "interpretação particularista" daria poderes excessivos ao STF, de maneira que deveria se adotar uma concepção formalista (por exemplo, a que afirma que todos os direitos previstos no Título II da Constituição são intangíveis às emendas) para se evitar que o STF refizesse a valoração do órgão responsável pela reforma constitucional, imiscuindo-se no seu rol de competências. Embora não se negue a "dignidade contingente do formalismo jurídico",[104] parece que se há uma seara em que uma proposta particularista de interpretação constitucional se justifica é, precisamente, o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais.

De fato, a gravidade da invalidação do resultado do processo deliberativo juridicamente institucionalizado mais elevado pressupõe uma análise contextualizada e mais aberta a "argumentos não dedutivos"[105] (inclusive políticos e morais) aptos a convencer a sociedade de que se cuida da "melhor" decisão. Ademais, eventuais erros do STF ou intromissões no âmbito de competências dos órgãos de reforma constitucional podem ser corrigidos por emenda constitucional contrária à decisão do STF, tendo em vista a não aplicação do efeito vinculante das suas decisões à função legislativa.[106]

Desta forma, obtém-se um modelo dialogal em que o STF e o Congresso Nacional, cada qual à sua maneira (através de argumentos ligados a princípios constitucionais e a políticas públicas, respectivamente), contribuem para a construção de um equilíbrio entre a atribuição de instituição contramajoritária proteger direitos fundamentais em face de decisões tomadas por, ao menos, três quintos dos membros do Congresso Nacional, e a competência de o órgão dotado de legitimidade democrática adequar a Constituição a uma nova realidade; enfim, uma harmonia entre as pretensões de permanência e de alteração da Constituição, entre constitucionalismo e democracia.

---

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social e Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Relator: Min. Sidney Sanches, 03 de abril de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2006. RTJ 186: 472/479.

104 Sobre a defesa da "dignidade contingente do formalismo jurídico" ver SCHAUER, Frederick. Formalism: Legal, Constitutional, Judicial. In: THE OXFORD handbook of law and politics. New York: The Oxford University, 2008. p. 428-437. No direito brasileiro, ver as importantes contribuições de AVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: ——. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM. Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 187-203; STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 463-483.

105 Segundo Manuel Atienza, os argumentos dedutivos se caracterizam pela passagem das premissas à conclusão ser necessária, na forma de um silogismo. Já os argumentos não dedutivos, a *contrario sensu*, não se caracterizam pela ligação necessária entre as premissas e a conclusão, mas pelo vínculo de probabilidade. V. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito* – teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy. p. 31-34.

106 E a recíproca é verdadeira: se o Congresso Nacional aprovar emenda constitucional superadora de decisão do STF que tenha se limitado a proteger direitos materialmente fundamentais de pretensões supressivas de anterior emenda constitucional, poderá o STF, p. ex. em ADI proposta em face da nova emenda, declará-la inconstitucional.

Pareceres e Promoções

Parecer PG/PADM/n. 002- 2009

GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO
DE PRODUTIVIDADE NO SISTEMA MUNICIPAL DE SAÚDE.
RICARDO FORTES PERIN

Promoção PG/PADM/15/2009

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA VIA PREGÃO.
ANA TEREZA PALIMIERI

Parecer PG/PADM/n. 002-2009/RFP

EM 12 DE MAIO DE 2009.

LEI MUNICIPAL 2.285/95. GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO E PRODUTIVIDADE NO SISTEMA MUNICIPAL DE SAÚDE. DECRETO MUNICIPAL 30.339/2009. ALTERAÇÃO DA DENOMINAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE PARA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E DEFESA CIVIL COM A INCORPORAÇÃO DAS FUNÇÕES DA DEFESA CIVIL. A GRATIFICAÇÃO TEM COMO FATO GERADOR O DESEMPENHO E PRODUTIVIDADE NO SISTEMA MUNICIPAL DE SAÚDE E NÃO É DEVIDA AOS SERVIDORES ORIUNDOS DA DEFESA CIVIL.

Senhor Procurador-Geral,

CONCLUSÃO – A Gratificação por Desempenho e Produtividade no Sistema Municipal de Saúde, criada pela Lei n. 2.285, de 4 de janeiro de 1995, não é devida aos servidores oriundos da Defesa Civil lotados na SMSDC em virtude da incorporação das funções daquela por esta, por força do Decreto n. 30.339, de 1º de janeiro de 2009, art. 5º, V.

RELATÓRIO – A Presidência da CODESP consulta a PADM quanto à obrigatoriedade, ou não, de pagamento da gratificação em tela aos servidores da Defesa Civil, por estarem lotados na SMSDC em virtude da alteração estrutural referida (fl. 2).

A Manifestação Técnica PG/PADM/CPP/N.181-2009-SMSS, de 29 de abril, da ilustre Assessora Jurídica, Drª. Sandra Mariano Stofel de Souza, encartada a fls. 4-7 dos autos, conclui no sentido de que o pagamento da gratificação é devido, por entender que a mesma é concedida em razão da lotação do servidor.

Em anexo encontram-se a informação do RH da SMDS sobre a GDP, a lista dos cargos que atualmente a percebem no âmbito da Secretaria de Saúde, a legislação sobre a matéria e dois pronunciamentos anteriores da PGM sobre a gratificação, embora tendo por objeto questões jurídicas distintas da consulta.

FUNDAMENTAÇÃO – A Lei n. 2.285, de 4 de janeiro de 1995, que "INSTITUI A GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO E PRODUTIVIDADE NO SISTEMA MUNICIPAL DE SAÚDE, CRIA O FUNDO DE SOBRAS DE PRODUTIVIDADE E O FUNDO DE RESERVA ANUAL DE PRODUTIVIDADE, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS", e determina em seu artigo 1º o seguinte:

> Art. 1º - Fica instituída a Gratificação por Desempenho e Produtividade no Sistema Municipal de Saúde, a qual será concedida por ato do Prefeito aos servidores em efetivo exercício lotados na Secretaria Municipal de Saúde, em valor a ser fixado por unidade assistencial, tomada como base a avaliação de seu desempenho, de acordo com metas e indicadores de qualidade estabelecidos em regulamento.

Tanto a lei instituidora quanto o seu decreto regulamentador determinam a concessão da GDP aos "servidores em efetivo exercício lotados na SMS" bem como aos "servidores em efetivo exercício na SMS", respectivamente (sic., Lei 2.285/95, art. 1º; Dec. 13.730/95, art. 1º).

Destinada aos servidores em exercício na então Secretaria Municipal de Saúde, dita gratificação tem como fato gerador o desempenho e a produtividade no Sistema Municipal de Saúde.

Quer isto dizer que além da lotação na Secretaria de Saúde faz-se indispensável o exercício de atribuições no âmbito do Sistema Municipal de Saúde para a percepção da gratificação.

O dispositivo transcrito é claro neste sentido, ao determinar que a gratificação terá valor a ser fixado por **unidade assistencial**, tomada como base a avaliação de seu **desempenho**, de acordo com metas e indicadores de qualidade estabelecidos em regulamento.

Ou seja, tudo voltado para a prestação dos serviços de saúde à população.

O exame da legislação de regência confirma a conclusão.

O artigo 2º da lei determina o pagamento por unidade de saúde.

O art. 3º utiliza como parâmetros de pagamento as transferências do SUS repassadas ao Município.

O art. 7º novamente refere as **unidades de saúde** em seu inciso I, dispondo no II o seguinte:

> Art. 7º - Ficam criados:
>
> I - [...]
>
> II - o Fundo de Reserva Anual de Produtividade, constituído de recursos correspondentes a vinte por cento do valor destinado à Gratificação de Desempenho e Produtividade, os quais formarão uma quota a ser paga anualmente a **todos os servidores lotados na Secretaria Municipal de Saúde**, na forma do regulamento.

A contemplação de todos os servidores lotados na SMS pelo dispositivo, nada obstante, espelhou a situação de então de que todos eles desempenhavam o seu labor no âmbito do Sistema Municipal de Saúde, ou seja, em benefício da prestação dos serviços de saúde pública.

Não pode ter o condão de atingir servidores no desempenho de atividades estranhas à prestação dos serviços de saúde, fora do Sistema Municipal de Saúde, sob pena de desvirtuamento da gratificação.

O Decreto n. 13.730, de 3 de março de 1995, que regulamenta a Lei n. 2.285/95, já em seu segundo considerando refere a gestão de unidades de saúde, com inclusão da produtividade, avaliação de desempenho e indicadores de qualidade, ou seja, tudo relacionado aos serviços de saúde.

Também nos considerandos terceiro e quarto o Decreto 13.370/95 aponta a relevância de prover o adequado funcionamento da Rede de Ambulatórios e a ampliação da gratificação para outras áreas de planejamento.

O art. 2º do Decreto 13.370/95 institui metas e indicadores de qualidade para a obtenção da gratificação relacionados com a prestação dos serviços de saúde em seus itens I, II e III.

O art. 3º do Decreto 13.370/95 prevê o pagamento por unidade de saúde, e o 4º, o início da implantação na Rede de Ambulatórios Básicos da Zona Oeste.

O art. 5º do Decreto 13.370/95 delega competência ao Secretário Municipal de Saúde para estabelecer os parâmetros e critérios a serem aplicados para a concessão e distribuição da gratificação.

O Decreto n. 14.162, de 29 de agosto de 1995, alterou o anterior, estendendo a gratificação para todas as unidades assistenciais e de apoio, bem como aumentando o valor global para o pagamento da gratificação, em função do faturamento do SUS (art. 4º e § 1º).

Nova alteração ao Decreto 13.370/95 sobreveio com o Decreto n. 20.875, de 23 de novembro de 2001, cujos considerandos proclamam a vinculação da GDP ao exercício de atribuições em benefício da prestação dos serviços de saúde:

> CONSIDERANDO que o **esforço conjunto** de gestores e dos servidores da Secretaria Municipal de Saúde, **visando o aumento da produção e a melhoria do desempenho da rede municipal de saúde**, se traduz em melhoria dos serviços ofertados à população e a ampliação efetiva da sua cobertura;
>
> CONSIDERANDO o crescimento físico da **rede municipal de saúde** e de sua produção, bem como do aumento de cerca de 10.000 servidores municipais desde 1995;
>
> CONSIDERANDO o modelo de aplicação da Gratificação de Desempenho e Produtividade – GDP e **sua dinâmica**;

Em seu art. 2º o Decreto n. 20.785/2001 atribui a gratificação aos servidores lotados em unidades municipais da Secretaria, e no art. 3º prevê a publicação de novos critérios de avaliação de qualidade para a atenção à saúde.

A Resolução SMS n. 825, de 29 de novembro de 2001, regulamentou os componentes e a distribuição dos respectivos valores da Gratificação de Desempenho e Produtividade, conforme explicitado na Informação Técnica do RH/SMS.

O exame da resolução e da informação revela a adoção de critérios vinculados à prestação de serviços de saúde à população para o cálculo e pagamento da gratificação.

O fato de a GDP ser paga também aos servidores burocráticos, inclusive aqueles lotados no Nível Central, não infirma a conclusão, visto que também estes serviços estão voltados para a saúde, para o apoio à prestação dos serviços de saúde, enfim, encontram-se compreendidos no Sistema Municipal de Saúde, sendo

os valores a eles destinados atrelados ao desempenho do Sistema, através da correlação com as Áreas Programáticas, como informa o RH e determina a Resolução 825, art. 3º, §§ 4º e 5º:

> § 4º - Fica estabelecido que para os servidores municipais lotados no Nível Central os valores pecuniários por categoria serão definidos pelas médias das Coordenações de Área Programáticas.
>
> § 5º - Fica estabelecido que para os servidores municipais da SMS lotados nas Coordenações de Área Programática os valores serão obtidos através das médias dos valores totais de cada categoria funcional das unidades de saúde de suas respectivas áreas.

No que toca aos servidores da Defesa Civil a sua atividade não é desempenhada no Sistema Municipal de Saúde, e sim no Sistema Municipal de Defesa Civil.

O Decreto n. 6.923, de 14 de novembro de 1986, reorganizou o Sistema de Defesa Civil do Município do Rio de Janeiro, considerando a necessidade de enfatizar a prevenção a fim de minimizar as consequências de desastres e acidentes, com destaque para a engenharia, como lê:

> CONSIDERANDO que o governo tem como uma de suas prioridades estabelecer um Sistema de Defesa Civil com a participação harmoniosa da comunidade e do Poder Público, à altura dos anseios e necessidades da população;
>
> CONSIDERANDO a justificativa da Coordenação Geral do Sistema de Defesa Civil, onde está explícita a preocupação pela prevenção e não apenas pela execução do socorro;
>
> CONSIDERANDO que é fundamental para a Defesa Civil do Município do Rio de Janeiro a reorganização não só do Sistema como da coordenação deste;
>
> CONSIDERANDO o apelo da comunidade técnica da Cidade do Rio de Janeiro por intermédio da Sociedade Brasileira de Engenharia de Segurança – SOBES que se traduz em conscientizar a população e otimizar recursos na prevenção a fim de minimizar as consequências de desastres;

As atividades da Defesa Civil integram o Sistema de Defesa Civil, como se lê nos artigos 1º e 2º do Decreto n. 6.293:

> Art. 1.º Defesa Civil, para os fins do presente Decreto, é o efeito do somatório de esforços e comportamentos da comunidade e do governo de forma organizada e coordenada. Ela visa a prevenir ou minimizar as consequências de ameaça ou **desencadeamento de fatos anormais e adversos**, a fim de salvaguardar a vida da população e seus bens, e incluem as providências necessárias a reparação dos serviços essenciais.
>
> Art. 2.º Entende-se por **Sistema de Defesa Civil** do Município do Rio de Janeiro o conjunto de órgãos e serviços da Administração direta e indireta do Poder Executivo Municipal, de órgãos subordinados a outros poderes e entidades não governamentais que, operando harmonicamente, se destinam a atender às necessidades da população em face da ocorrência de fatos adversos.

O artigo 3º baixa a estrutura do sistema, com a coordenação geral, as coordenações regionais e distritais, os núcleos comunitários e o conselho de entidades.

Como se vê, o Sistema Municipal de Defesa Civil é distinto do Sistema Municipal de Saúde, com estruturas diferenciadas.

Neste sentido dispõe, ainda, o Decreto n. 19.629, de 7 de março de 2001, que cria o Grupo Especial de Atendimento a Emergências e estabelece o Programa de Alarme e Mobilização do Sistema Municipal de Defesa Civil.

Também o Decreto n. 24.048, de 23 de março de 2004, cria o Centro de Estudos e Pesquisa de Desastres, na estrutura da Coordenação Geral do Sistema Civil, regulamentado pela Resolução SMG n. 684, de 26 de abril de 2004.

O Decreto Federal n. 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC e o Conselho Nacional de Defesa Civil, dá uma ideia clara do que seja a Defesa Civil, como se lê dos seus artigos 1º e 2º e 3º:

> Art. 1º - **Os órgãos** e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos **Municípios**, as entidades privadas e a comunidade, responsáveis pelas ações de defesa civil em todo o território nacional, constituirão o **Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC**, sob a coordenação da Secretaria Nacional de Defesa Civil, do Ministério da Integração Nacional.
>
> Art. 2º - As ações de defesa civil são articuladas pelos órgãos do SINDEC e objetivam, fundamentalmente, a **redução dos desastres**, que compreendem os seguintes aspectos globais:
>
> I - a prevenção de desastres;
>
> II - a preparação para emergências e desastres;
>
> III - a resposta aos desastres;
>
> IV - a reconstrução e a recuperação.
>
> Art. 3º Para fins deste Decreto, considera-se:
>
> I - defesa civil: o conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e recuperativas destinadas a evitar ou minimizar os desastres, preservar o moral da população e restabelecer a normalidade social;
>
> II - desastre: o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;
>
> III - situação de emergência: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando danos superáveis pela comunidade afetada;
>
> IV - estado de calamidade pública: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes.

As **funções** de Defesa Civil, que estavam vinculadas à extinta Secretaria Municipal de Governo, foram incorporadas à Secretaria Municipal de Saúde, que teve a sua denominação alterada para Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil, como se lê no art. 5º, V, do Decreto 30.339, reproduzido em fl. 5 deste P.A.

Atualmente consta da estrutura da SMSDC a Subsecretaria de Defesa Civil, como se lê na sua página própria da internet, acessada em 11 de maio de 2009 (http://www.rio.rj.gov.br/defesacivil/).

E a consulta de fl. 2 informa a lotação dos funcionários oriundos da Defesa Civil na SMSDC.

Tal circunstância não lhes dá o direito à percepção da GDP, visto que as atribuições que exercem, do ponto de vista substancial, não integram o Sistema Municipal de Saúde, e sim o Sistema Municipal de Defesa Civil.

Como a Lei 2.285 instituiu o desempenho e a produtividade no Sistema Municipal de Saúde como pressuposto para o recebimento da GDP, fica vedado o seu pagamento aos funcionários oriundos da Defesa Civil.

No caso, como se viu, a condição justificadora da gratificação reside na prestação de serviços em prol da saúde pública no âmbito do Sistema Municipal de Saúde, a qual não é preenchida pelos servidores da Defesa Civil.

Tendo em vista a amplitude da matéria, além de ser inédita, penso deva ser ouvido o Órgão Central.

Pelo que, submeto o presente parecer à consideração de V. Exa.

Em 11 de maio de 2009.

RICARDO FONTES PERIN
Procurador do Município
Procurador-Chefe da PG/PADM
Matr.: 10/141.738-5

Processo Administrativo 01/001.579/09

À CODESP

Vistos

Estou de acordo com o Parecer PG/PADM n. 002/2009, de lavra do i. Procurador-Chefe da PG/PADM.

Rio de Janeiro, 8 de junho de 2009

FERNANDO DOS SANTOS DIONÍSIO
Procurador-Geral do Município
Matr. 11/151.360-5 – OAB/RJ 35.124

Promoção PG/PADM/015/2009-ATP
EM 08 DE ABRIL DE 2009

REF.: PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 02/400.096/2009

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA VIA PREGÃO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DA NATUREZA "COMUM" DO SERVIÇO NO CASO CONCRETO.

Ao 1. Procurador-Chefe da PG/PADM,

1. Cuida-se de procedimento administrativo referente à consulta formulada pelo Diretor de Informações Geográficas do Instituto Municipal Pereira Passos sobre a contratação, via pregão, de serviços de engenharia para o fornecimento de imagens orto-retificadas a partir de câmera aerofotogramétrica digital de grande formato de toda a área do Município do Rio de Janeiro, com dimensão aproximada de 1255Km^2.

2. A assessoria Jurídica do referido Instituto, através do Estudo Jurídico IPP/AJU/n. 03-MCS, acostado às fls. 09/13v, na análise do termo de referência de fls.03/08v e em resposta às indagações formuladas pelo órgão consulente, concluiu pela possibilidade de contratação de serviços comuns de engenharia via pregão, devendo a área técnica demandante atestar a natureza comum dos serviços de engenharia, até que a Secretaria Municipal de Obras apresente o rol, dos serviços considerados comuns, na forma determinada pelo Decreto Municipal n. 30.442/2009.

3. O supracitado Estudo Jurídico foi encaminhado para pronunciamento desta Procuradoria Administrativa.

4. É o relatório, passo a opinar.

5. A partir da vigência da Lei Federal n. 10.520/2002, a modalidade de licitação via pregão pode ser manejada para a aquisição de bens e serviços comuns.

6. A utilização do pregão não é possível em qualquer contratação.

7. A disciplina trazida na Lei Federal permite a utilização da modalidade de licitação denominada pregão para a contratação de bens e serviços comuns, por ela definidos, em seu artigo 1º, como sendo "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado."

8. Portanto, pela leitura da lei federal verifica-se que não há vedação legal para a contratação via pregão de serviços **comuns** de engenharia.

9. A dificuldade está em se definir o que seria um serviço comum de engenharia a autorizar a contratação na modalidade de licitação – pregão.

10. O Decreto Municipal n. 30.538, de 17 de março de 2009, ao regulamentar a aquisição de bens e serviços comuns na modalidade de licitação denominada pregão, estabeleceu, em consonância com o disposto na Lei Federal n. 10.520/2002, a possibilidade de contratação de obras e serviços de engenharia que possam ser considerados "comuns", *in verbis*:

> Art. 3º A licitação na modalidade de Pregão, na forma eletrônica, **não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, excetuando àqueles que podem ser considerados "comuns" para efeitos do disposto no artigo 1º, da Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.
>
> Parágrafo Único. Para efeito do *caput* deste artigo, aplica-se o disposto no Decreto n. 30.442, de 02 de fevereiro de 2009. (grifos nossos).

11. Note-se que o parágrafo único do dispositivo legal acima destacado remete à observância do disposto no Decreto Municipal n. 30.442/2009.

12. O artigo 2º e o parágrafo único do Decreto n. 30.442/2009, abaixo transcritos, dispõem que a Secretaria Municipal de Obras e Conservação apresentará a lista de classificação dos serviços de engenharia que podem ser considerados comuns, devendo os órgãos da Administração Direta e Indireta, até a completa regulamentação da matéria, atestar expressamente a natureza comum dos serviços de engenharia em todas as licitações na modalidade pregão.

> "Art. 2º A Secretaria Municipal de Obras e Conservação apresentará junto a Secretaria Municipal da Casa Civil, dentro do prazo de sessenta dias, lista de classificação dos serviços de engenharia que podem ser considerados "comuns", para efeito do que dispõe o artigo 1º da Lei Federal 10.520, de 17 de julho de 2002.
>
> Parágrafo único. Até a completa regulamentação da matéria indicada no *caput*, os órgãos da Administração Direta e Indireta deverão atestar, expressamente, em todas as licitações na modalidade pregão, a natureza comum dos serviços de engenharia a contratar."

13. Assim, até que sobrevenha a lista dos serviços de engenharia classificados como "comuns", deverá ser atestado pelo órgão da Administração, no caso concreto, sobre a natureza "comum" do serviço, **mediante a análise de circunstâncias objetivas concernentes à modalidade licitatória do pregão, tendo por base a natureza do objeto e as exigências do interesse público**.

14. O eminente professor Jessé Torres Pereira Nunes[1] apresenta a conceituação para bens e serviços "comuns", que adiante se transcreve:

> "Entreveem-se como comuns, para fins de aplicação do pregão, compras e serviços que apresentem três notas distintivas básicas: a) aquisição habitual no dia a dia administrativo; (b) refiram-se a objetos cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação; (c) os fatores e critérios de julgamento das propostas sejam rigorosamente objetivos, centrados no menor preço."

15. E como bem ensina o eminente professor, os conceitos de "comum" e de "simples" não se confundem:

> "Em aproximação inicial do tema, pareceu que "comum" também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser "comum", **no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida no mercado**. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto." (grifos nossos).

16. Dos ensinamentos acima destacados e da definição trazida no artigo 1º da Lei Federal n. 10.520/2002, podemos encontrar subsídios para auxiliar na configuração do que seria um bem ou serviço comum a partir da análise objetiva do objeto do procedimento licitatório.

17. Ou seja, independentemente da complexidade técnica ou sofisticação, podemos considerar bens ou serviços "comuns", aqueles facilmente encontrados no mercado, que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado, e que são fornecidos por várias empresas.

18. São serviços disponíveis em mercado próprio, prestados habitualmente, independentemente da demanda da Administração, realizados de forma unificada, padronizada, sem a exigência de atendimento de qualquer especificidade ou variantes de adequação e execução que limitem a prestação dos serviços.

19. No entanto, a configuração de serviço "comum" somente poderá ser avaliada **em cada caso concreto** pelo administrador, com auxílio do seu respectivo órgão técnico. Isso porque, por exemplo, até mesmo um serviço a princípio considerado, por qualquer leigo, como sendo muito simples e usual pode perder a natureza de "serviço comum" dependendo das circunstâncias e/ou da imposição de condições e causalidades pela Administração.

DA CONCLUSÃO:

20. Em suma, a Lei Federal n. 10.520/2002 condiciona o uso da modalidade pregão somente para a aquisição de bens e serviços comuns, não excluindo a contratação de serviço de engenharia, **desde que seja serviço de natureza comum**.

21. A definição, pelos órgãos da Administração Direta e Indireta, de serviço de engenharia "comum" **deve ocorrer no exame de cada caso concreto**, com o auxílio de

1 *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. 7. ed. p. 1053-1054.

parecer de órgão técnico para se atestar sobre a natureza comum do serviço de engenharia a contratar, até que a Secretaria Municipal de Obras apresente a listagem prevista no artigo 3º do Decreto Municipal n. 30.442/2009.

22. Recomenda-se, por fim, que a justificativa da natureza do serviço de engenharia "comum", na análise específica do caso concreto, seja feita sob o amparo do departamento de engenharia ou órgão técnico competente, vez que a matéria ultrapassa o exame jurídico.

23. À Superior consideração.

ANA TEREZA DE OLIVEIRA GAMA PALMIERI
Procuradora do Município do Rio de Janeiro
Mat.11/109423-4

VISTO

Senhor Procurador-Geral,

Aprovo a Promoção PG-PADM-015-2009-ATP, de 8 de abril, da ilustre Procuradora do Município, Dra. Ana Tereza Palmieri, encartada a fls. 17-21 dos autos, e ratifico inteiramente suas conclusões e razões jurídicas.

Destaco os itens da conclusão de fl. 21, com os quais me ponho inteiramente de acordo.

Assim, a definição do serviço de engenharia como "comum" deve ocorrer no exame de cada caso concreto, com a participação do órgão técnico para a respectiva atestação, até que sobrevenha a listagem da SMO.

À consideração de V. Exa.

Em 13 de abril de 2009.

RICARDO FONTES PERIN
Procurador do Município
Procurador-Chefe da PG/PADM
Matr.: 10/141.738-5

Processo Administrativo 02/400.096/09

Ao IPP,
com o VISTO desta Procuradoria-Geral.
Rio de Janeiro, 16 de abril de 2009

FERNANDO DOS SANTOS DIONÍSIO
Procurador-Geral do Município
Matr. 11/151.360-5 – OAB/RJ 35.124

Acórdão: Apelação Cível n. 2008.001.05011

ASSUNTO: DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA PROPOSTA CONTRA O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, COM PEDIDO INDENIZATÓRIO DO VALOR DA ÁREA TOTAL DO TERRENO DESCRITO NA PETIÇÃO INICIAL, BEM COMO DOS LUCROS CESSANTES DECORRENTES DA INVIABILIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DO BEM. CAUSA DE PEDIR FOCADA NA REALIZAÇÃO DO PROGRAMA DENOMINADO "FAVELA BAIRRO", POR MEIO DO QUAL O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO TERIA ESBULHADO A POSSE DA AUTORA COM A CONSTRUÇÃO DE RUAS E PRAÇAS, FOMENTANDO A FAVELIZAÇÃO DO LOCAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, CONDENANDO O MUNICÍPIO A INDENIZAR A AUTORA NO VALOR DO TERRENO ESTIPULADO PELO PERITO JUDICIAL. APELO DO MUNICÍPIO/RÉU PUGNANDO PELA IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AUTORA PELA PROCEDÊNCIA INTEGRAL DOS PEDIDOS, ALEGANDO QUE ADQUIRIU O TERRENO EM 1982. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA, JÁ NAQUELA OCASIÃO, DE 80 CONSTRUÇÕES MODESTAS OCUPADAS POR FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA. PROVAS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM QUE A FAVELIZAÇÃO DO LOCAL OCORREU DE FORMA GRADUAL E CONTÍNUA, SENDO HOJE IRREVERSÍVEL. PROGRAMA DENOMINADO "FAVELA BAIRRO" QUE VISA IMPLANTAR INFRAESTRUTURA URBANA, SERVIÇOS, EQUIPAMENTOS PÚBLICOS E POLÍTICAS SOCIAIS EM COMUNIDADES JÁ INSTALADAS, SEM TER COMO OBJETIVO FOMENTAR QUALQUER EXPANSÃO DO ESTADO DE FAVELIZAÇÃO. POSSÍVEL DESINTERESSE DA AUTORA EM DEFENDER SUA POSSE E PROPRIEDADE CAUSADO PELA DESAPROPRIAÇÃO LEVADA A EFEITO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. POSTERIOR REVOGAÇÃO DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO E DESISTÊNCIA DA CORRESPONDENTE AÇÃO JUDICIAL O QUE NÃO AUTORIZA A RESPONSABILZAÇÃO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE QUALQUER CONDUTA ILÍCITA POR PARTE DESTE ÚLTIMO, BEM COMO DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO FAVELA BAIRRO E A FAVELIZAÇÃO DO LOCAL. PRETENSÃO DA AUTORA EM SER INDENIZADA POR LUCROS CESSANTES, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRUIR O EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO QUE ALMEJAVA NO TERRENO, QUE ENCONTRA ÓBICE INSTRANPONÍVEL. LAUDO PERICIAL ENFÁTICO E CONSISTENTE AO AFIRMAR A INVIABILIDADE ECONÔMICA DE TAL EMPREENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL HIPOTÉTICO, EXIGINDO-SE AO MENOS UMA PROBABILIDADE OBJETIVA QUE RESULTE DO CURSO NORMAL DA SITUAÇÃO FÁTICA. REJEIÇÃO DA PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO DEDUZIDA PELO RÉU, CONSIDERANDO DATAR A IMPLANTAÇÃO DO PROJETO DE URBANIZAÇÃO PELO MUNICÍPIO DE 1997 E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA DE 2001. PROVIMENTO DO 1º APELO (DO RÉU) PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA INICIAL, EM CONSEQUÊNCIA JULGANDO-SE PREJUDICADO O 2º APELO (DA AUTORA).

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n. 05011/08, em que figuram como Apelantes: 1) **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e 2) P. MARCHETTI ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**, e como Apelados **os mesmos**,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a **3ª Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada em 09 de fevereiro de 2010, por **unanimidade**, em **conhecer** de ambos os Recursos, **rejeitando a prejudicial de prescrição, dando provimento ao 1º Apelo (do Réu) e julgando prejudicado o 2º (da Autora)**, na conformidade do voto em separado.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2009.

Desembargador LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO
Relator

Apelantes:

1) **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

2) **P. MARCHETTI ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.**

Apelados: os mesmos

VOTO

Ação de indenização proposta por P. MARCHETTI ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA., ora 2ª Apelante, contra o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, ora 1º Apelante, com pedido de indenização do valor da área total do terreno descrito na petição inicial, bem como dos lucros cessantes, tudo com correção monetária e adicionado de juros compensatórios de 12% ao ano a partir da data do esbulho, além de juros moratórios de 6% ao ano, desde o trânsito em julgado, acrescido dos ônus da sucumbência.

Aduz como causa de pedir que o Réu, em 1997, ao realizar obras de urbanização, no projeto denominado "Favela Bairro", em área integrante de terreno de sua propriedade, ocasionou a sua desapropriação indireta, visto que abriu ruas e construiu praças, estimulando a favelização, pelo que viu inviabilizado o pleno exercício do seu direito de posse e propriedade, inclusive no que toca ao aproveitamento econômico do bem.

Alega que adquiriu tal terreno em 1982, cuja metragem aproximada é de 500 mil metros quadrados, visando, em razão de sua localização, a construção de 11 blocos de edifícios residenciais de 8 andares cada, em padrão de classe média, e que estabeleceu, transitoriamente, contratos de locação com os 80 ocupantes do local. Afirma que chegou a pedir o desmembramento do terreno em 1993, tendo em vista seus objetivos comerciais, mas não recebeu resposta do Réu, com o mesmo fito entabulando consulta junto à CEDAE, com resultado positivo, e realizando, ainda, a avaliação do projeto imobiliário junto a terceiros, também com resultado favorável.

Complementa que, em razão da conduta do Réu, sua propriedade restou inviabilizada para receber o pretendido projeto imobiliário, reputando ilícita a posse exercida por este sobre seu terreno, caracterizando-a como verdadeiro ato de esbulho, agredindo também o direito de propriedade, disso decorrendo a necessidade de indenização justa, como predicam os arts. 5º, XIV e 182, da Constituição da República, na qual contemplados a devida correção monetária, juros de mora e compensatórios, e os lucros cessantes pela inviabilização do projeto imobiliário, nos termos do aditamento à inicial de fl. 178/180.

Sentença às fl. 1.280/1.282, prolatada em 08/05/05, julgando procedente em parte o pedido, para fixar a indenização devida em R$1.817.000,00, a ser atualizada monetariamente desde aquela data e acrescida de juros moratórios de 6% ao ano a partir do trânsito em julgado, na forma simples, além de condenar o Réu ao pagamento das custas e honorários de 10% sobre o valor da condenação.

Embargos de Declaração da Autora às fl. 1.284/1.289, rejeitados pela decisão de fl. 1.292.

Apelação do Réu às fl. 1.294/1.305, com peças de fl. 1.306/1.318, pugnando pela integral reversão do julgado. Alega que a favelização da área precedeu à sua intervenção, manifestando-se já em 1982 e que suas ações incidiram sobre apenas 8% do terreno da Autora, em trecho que era um caminho de terra usado pelos ocupantes da área, e portanto de domínio público de fato, limitando-se, ainda, à pavimentação, iluminação e instalação de sistema de drenagem, e que promoveu significativo reflorestamento do terreno, que é bastante íngreme. Afirma ser descabida a indenização, nos termos do art. 37, §6º, CRFB, porque só promoveu melhoramentos no imóvel, e não esbulhou ou praticou qualquer ilícito. Reputa ausente no caso direito de extensão, mormente na proporção em que reconhecido pela sentença. Diz que os alegados danos decorrem, outrossim, apenas da conduta da própria Autora, que ficou inerte e permitiu a invasão de seu bem, na gestão do qual vinha desrespeitando a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CRFB). Impugna, ainda, a condenação em honorários, porque entende indevida a sua sucumbência e porque vieram estes fixados em valor muito elevado, afirmando que deve essa verba ser fixada de maneira recíproca e proporcional, e com base no art. 20, §4º, CPC.

Apelo da Autora às fl. 1.319/1.346, pleiteando substancial reforma da sentença para fixação dos lucros cessantes em R$ 15.170.000,00 (pela inviabilização do projeto imobiliário), fixando-se também quantia pela perda dos alugueres em liquidação, e para majoração da indenização pelo valor do imóvel a R$ 22.700.000,00, estabelecendo-se, ainda, a incidência de juros compensatórios, de 12% ao ano, na forma da Súmula 618-STF, e juros moratórios desde o trânsito em julgado, como predica a Súmula 70-STJ.

Contra-razões do Réu às fl. 1.352/1.364, e da Autora às fl. 1.365/1.383, em que ambos sustentam a necessidade de desprovimento dos recursos da parte adversa.

Manifestação do Ministério Público em 1ª instância às fl. 1.385/1.403, pelo provimento parcial de ambos os apelos. O do Município para exclusão da verba honorária sucumbencial e rateio das custas, e o da Autora para majoração da indenização a R$ 14.760.000,00, pelo valor do imóvel, devidamente corrigido a partir de maio de 2005 e acrescido de juros compensatórios de 12% ao

ano, na forma composta, com juros moratórios sobre tudo, opinando, ainda, em duplo grau obrigatório, pela expedição de ordem para transcrição da sentença no RGI, para formal aquisição do imóvel pelo Réu.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fl. 1.407/1.412, com opinião pelo provimento parcial de ambos os apelos, o primeiro para exclusão dos honorários, e o segundo para elevação do valor indenizatório ao patamar referido pelo *Parquet* em 1º grau, e para inclusão dos juros compensatórios ali também referidos.

É o Relatório, passando-se ao voto.

Recursos tempestivos, pelo que, presentes seus demais requisitos de admissibilidade, deles se conhece.

Preliminarmente, examina-se a prejudicial de prescrição, suscitada pelo Réu em sede de contestação. Sendo a pretensão dirigida ao Município, que só agiu em 1997 e tendo o processo sido ajuizado em 2001, além do que há nos autos diversos recibos de aluguéis, demonstrando o exercício da posse, mesmo que parcial, pela Autora, rejeita-se a referida prejudicial.

No mérito, a r. sentença não deu a melhor solução à lide, pelo que merece integral reforma, culminando no decreto de total improcedência dos pedidos iniciais.

Propõe a Autora/2ª Apelante a presente ação, argumentando que o Município Réu/ 1º Apelante praticou ato de esbulho possessório ao realizar obras de urbanização em área integrante de terreno seu, no ano de 1997, ocasionando, por conseguinte, a sua desapropriação indireta, e que, com a abertura de ruas e construção de praças, estimulou-se a favelização, impedindo, assim, a construção do projeto de empreendimento imobiliário de classe média, o que lhe trouxe inúmeros prejuízos materiais. Por isso, requer a condenação do Réu ao pagamento de indenização pela referida desapropriação, assim como de lucros cessantes em virtude da paralisação da cobrança de alugueres dos moradores do local, bem como do valor que iria receber pela venda das referidas unidades imobiliárias.

Sobre a desapropriação indireta, leciona o eminente professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

> "Desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. Trata-se de situação que causa tamanho repúdio que, como regra, os estudiosos a têm considerado verdadeiro esbulho possessório. Com efeito, esse mecanismo, a despeito de ser reconhecido na doutrina e jurisprudência, e mais recentemente até por ato legislativo, não guarda qualquer relação com os termos em que a constituição e a lei permitiram o processo de desapropriação. Primeiramente, porque a indenização não é prévia, como exige a Lei Maior. Depois, porque o Poder Público não emite, como deveria, a necessária declaração indicativa de seu interesse. Limita-se a apropriar-se do bem e fato consumado! Exemplo comum de desapropriação indireta tem ocorrido com a apropriação de áreas privadas para a abertura de estradas." (Manual de Direito Administrativo, 20ª Edição, Ed. Lúmen Júris, 2008, pag. 805)

Desapropriação indireta é, portanto, a transferência de domínio de uma propriedade privada ao Estado sem a prévia indenização prevista na Constituição da República, configurando-se nas hipóteses em que o Estado se apossa e afeta o bem a uma destinação pública. Tal instituto, todavia, não se mostra presente no caso dos autos.

Em primeiro lugar, a Autora tornou-se proprietária do imóvel, bem descrito na Escritura de Permuta de fls. 19/21, em 29/12/1982, onde já se aponta a presença de 80 barracões ocupados por terceiros (fls. 19v), sendo notório tratarem-se de residências ocupadas por famílias de baixa renda (fls. 827).

Para demonstrar o efetivo exercício da posse do terreno em voga, foram acostados aos autos diversos recibos de aluguéis, como se vê, por exemplo, às fls. 340/764, bem como petições iniciais de ações de despejo por falta de pagamento, como aquela acostada às fls. 32/35.

Nesse passo, como a causa de pedir da Autora funda-se na realização pelo Réu do programa denominado "Favela Bairro", que visa implantar infraestrutura urbana, serviços, equipamentos públicos e políticas sociais nas comunidades beneficiadas, é preciso analisar se há direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa (realização do programa "Favela Bairro") e o dano (esbulho possessório e favelização do terreno, com a consequente inutilização econômica do bem).

Isso porque a responsabilidade da administração pública pelos atos de seus agentes, nesta qualidade, é objetiva, o que significa dizer que não é necessário perquirir a existência de culpa. Como bem assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA:

> "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (art. 37, §6.º). Responsabilidade civil significa obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) que uma pessoa causa a outrem. O dever de indenizar prejuízos causados a terceiros por agente público foi por longo tempo recusado à Administração Pública. Predominava, então, a doutrina da irresponsabilidade da Administração, sendo que os particulares teriam que suportar os prejuízos que os servidores públicos lhes davam, quando no exercício regular de suas funções. Tal posição, no entanto, não se compadecia com o Estado de Direito, por isso, o direito brasileiro inscreveu cedo a obrigação de a Fazenda Pública compor os danos que os seus servidores, nesta qualidade, causem a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente. Agora a Constituição vai além, porque equipara, para tal

fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas de direito privado que prestem serviços públicos (como são as concessionárias, as permissionárias e as autorizatárias de serviços públicos), de tal sorte..." (CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, Malheiros Editores, 18.ª edição, 2000, págs. 657/658).

Conforme dispõe o artigo 37, § 6º da CRFB:

"Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
...
§6.º-As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

A respeito do referido dispositivo constitucional, temos a seguinte lição de HELY LOPES MEIRELLES:

"O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente de prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as pessoas físicas e as pessoas jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (cap. VI,item I), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado." (Direito Administrativo Brasileiro, 17.ª edição, págs. 558/559).

Com efeito, ao exame das provas colacionadas aos autos, tenho que, *data venia* até mesmo do brilho com que sustentadas, não assiste razão à Autora na sua pretensão.

Os elementos dos autos demonstram que a favelização do local já havia começado antes mesmo da aquisição do terreno pela Autora, sendo permitido concluir pelo senso comum (art. 335, CPC) que o processo de crescimento da favela operou-se de forma gradual e contínua, alcançando o patamar de irreversibilidade atualmente verificado.

A própria Autora acostou aos autos parecer da Empresa Brasileira de Avaliação Patrimonial (EMBRAP), onde se constata a intensa favelização do terreno objeto da presente demanda, consoante fotos de fls. 153/157.

Às fls. 172 consta ofício da Secretaria Municipal de Habitação, de 10 de setembro de 1997, informando que no local já se encontravam aproximadamente 160 casas e que tal área foi contemplada pelo programa "Favela Bairro", que implementou pavimentação dos becos, vielas e escadarias e a construção de uma quadra de esportes. Estabeleceu ainda infraestrutura com abastecimento de água, sistema de esgoto e drenagem.

Como bem afirmou o Município em sua contestação, "a favelização da área objeto da demanda precedeu a própria aquisição do bem por parte da autora, ou seja, as obras (sic) do Projeto Favela Bairro foram realizadas numa comunidade carente já instalada na propriedade autoral antes mesmo da aquisição do bem pela demandante. Nesse contexto, como atribuir ao Município-RJ a responsabilidade pela favelização da área se tal fato antecedeu a intervenção da municipalidade, isto é, o ente municipal realizou obras do Projeto Favela Bairro numa comunidade já instalada, vale dizer, não foi o ente público que incentivou ou consolidou a invasão" (fls. 191).

Corroborando tais ilações, o Decreto Estadual n. 8.544, de 30 de outubro de 1985, que declarou de interesse social a área em tela para fins de desapropriação, cita expressamente que o mesmo é "ocupado pela Favela do Salgueiro, na Tijuca, Município do Rio de Janeiro" (fls. 244), percebendo-se que aproximadamente doze anos antes da atuação do Município naquele local o mesmo já estava intensamente ocupado pela favela, fato que motivou a edição de um decreto de desapropriação por parte do Estado do Rio de Janeiro.

A própria Autora, em ofício datado de 17 de junho de 1988 (fls. 118/119), manifestou ao Município interesse em doar parte do terreno em voga para a realocação das famílias ali presentes, já percebendo a possível irreversibilidade do estado de favelização do imóvel e, em ofício de 31 de maio de 1989, já manifestava o interesse de permutá-lo, também com o Município do Rio de Janeiro.

O laudo pericial de fls. 1058/1078 não discrepa da conclusão que se avizinha, ao aduzir que "pelas fotos acostadas e pelo que consta na escritura, fls. 19/21, configurando a existência de 80 barracões localizados, majoritariamente, na porção mais baixa do imóvel, infere-se que desde a época anterior à aquisição da área, pela Autora, a mesma já se encontrava ocupada por construções de padrão baixo, evidenciando-se portanto a formação de favela, que com o passar dos anos se expandiu, o mesmo acontecendo com a favela do Salgueiro, de modo que, em 1997, a área da Autora já integrava a mencionada favela, conforme foto de folhas 1871" (fls. 1067).

Diante da firme análise pericial e das demais provas já mencionadas, mostra-se despido de credibilidade o parecer do assistente técnico da Autora acostado às fls. 1165/1187, visto que tenta convencer o Juízo que no terreno em apreço existem "casas modestas, antigas, porém com características

construtivas bastante diversas daquelas que poderiam ser chamadas de 'barracos'" (fls. 1167), dando a entender que as construções então existentes no local não caracterizavam a formação de uma favela. Tais afirmações, todavia, encontram-se divorciadas dos demais elementos dos autos.

Ressalte-se que o possível desinteresse da Autora em defender sua posse e propriedade das invasões sofridas pode ter sido causado pela intenção desapropriatória manifestada pelo Estado do Rio de Janeiro em 1985, pelo Decreto anteriormente mencionado, que culminou no ajuizamento da ação de desapropriação nº 1.849/1986, movida contra a Autora destes autos. Todavia, tal ente federativo, em aparente comportamento contraditório, editou o Decreto n. 31.319, em 28 de maio de 2002, revogando o decreto 8544 (fls. 1493) e autorizando a Procuradoria Geral do Estado a desistir do processo ora mencionado.

Tal situação, certamente, não importa em responsabilidade do Município, já que este somente realizou mera obra de infraestrutura em um área já tomada pela favelização, hoje irreversível.

O que se mostra, portanto, inarredável é que o ato do Poder Público Municipal, sendo posterior, não poderia ter dado causa ao processo de favelização e consequente desvalorização do imóvel expropriado, não se percebendo a necessária relação de causa e efeito entre a conduta municipal e o dano sofrido pela Autora. Em situação idêntica, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em recentíssimo precedente:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA CONVOLADA EM DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DIREITO À INDENIZAÇÃO INDEMONSTRADO. MUNICÍPIO QUE NÃO PRATICOU QUALQUER CONDUTA POSITIVATENDENTE A IMITIR-SE NAPOSSEDO BEM PARTICULAR OU OBSTAR O EXERCÍCIO DA POSSE DE REFERIDO BEM. ACÓRDÃO FUNDADO EM EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA.
>
> 1. **A desapropriação indireta pressupõe conduta positiva do ente estatal consistente no apossamento administrativo da área, caracterizando-se esbulho possessório, ou ato que vise obstar o exercício da posse reivindicadas pelo particular no caso de imóvel objeto de invasão.**
>
> 2. A similitude fática, restando inocorrente, impõe a inadmissão do recurso sob esse ângulo.
>
> 2*. É que no julgamento do RESP n. 235773/SP, apontado pelas recorrentes como paradigma, restou definido que o Município obstou o cumprimento de decisão liminar proferida em sede de ação possessória, tendo requerido, inclusive, a sustação do ato reintegratório, por isso que não apresenta qualquer identidade com o litígio travado nos presentes autos.
>
> **3. O Município que implementa atividade de saneamento básico em área cuja invasão já havia sido concretizada, sem, contudo, ter agido de modo a impedir o exercício da posse pelos proprietários da área invadida, não está obrigado a indenizar o particular porquanto não pratica ato tendente a concretizar o esbulho.**
>
> 4. *In casu,* as proprietárias da área objeto de invasão ajuizaram ações de reintegração de posse e reivindicatória, não tendo logrado êxito em nenhuma delas, tendo, posteriormente, ajuizado nova demanda reivindicatória convolada em ação de desapropriação indireta, na qual reconheceu-se que o Município que não praticou qualquer ato material que resultasse na concretização do esbulho ou, sequer, impediu o exercício do direito de propriedadedos esbulhados.
>
> 5. O Tribunal *a quo,* com ampla cognição fático-probatória, assentou que: **Quando da intervenção do Poder Público com a realização das obras, a invasão do imóvel já se encontrava consolidada não sendo crível entender ter havido ato de Desapossamento por parte do ente público ao realizar obras de infraestrutura. Acrescente-se que a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Município, não constitui desapropriação indireta. Ademais, não há nos autos prova cabal de que o apelado tenha fomentado a invasão ou simplesmente contribuído para que esta ocorresse, motivo pelo qual a revisão do entendimento exarado pela Corte de origem demandaria o reexame de matéria fático-probatória**, insindicável em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 07/STJ.
>
> 6. A ofensa ao art. 535 do CPC não resta configurada quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
>
> 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (RECURSO ESPECIAL n. 1.041.693 - RJ (2008/0060241-1) RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX, julgado em 03/11/2009.)

Nessa trilha, também não merece guarida o pleito autoral no tocante aos lucros cessantes.

Insiste a Autora na tese de que os prejuízos de inviabilização da construção do projeto de empreendimento imobiliário tiveram como causa o ato de esbulho perpetrado pela Municipalidade por meio da implantação do programa Favela Bairro, o qual teria fomentado o crescimento da favela do Salgueiro no imóvel a ela pertencente.

As provas coligidas aos autos, todavia, colocaram a descoberto a falta de suporte fático para a tese. Como já explicitado, a Autora já permutou o imóvel sabendo que lá havia 80 barracos e as provas dos autos deixaram bem claro que a favelização do local é anterior ao título de propriedade da Autora, tendo a referida situação crescido gradativamente ao longo dos anos, como é de constatação evidente (art. 335, CPC), não tendo o projeto Favela Bairro contribuído neste sentido. Ao contrário, tal projeto fora implementado em áreas indevida e precariamente ocupadas, para dar aos moradores um mínimo de infraestrutura, diante da impossibilidade de reversão do estado de favelização.

Dessa forma, os alegados prejuízos da Autora não decorreram do programa "Favela Bairro", mas sim da ocupação desordenada por pessoas de baixo poder aquisiti-

---

* A numeração do item n. 2 se repete de acordo com o original citado no Acórdão (Recurso Especial n. 1.041.693 - RJ (2008/0060241-1). (*N. do E.*)

vo, algumas delas moradoras de longa data, anteriores até à aquisição da propriedade pela 2ª Apelante.

A pretensão da Autora em ser indenizada por lucros cessantes, diante da impossibilidade de construir o empreendimento imobiliário que almejava no local, encontra óbice instransponível, qual seja a inexistência de relação de causalidade entre a atuação do Município e a alegada favelização.

Com efeito, a ocupação desordenada em nossa cidade, de áreas como a dos presentes autos, não resulta de ação administrativa municipal, mas sim de conjuntura econômica, política e social do nosso país, razão pela qual não tem o Réu qualquer responsabilidade, sequer por omissão.

Como é de conhecimento assente, a omissão administrativa só será relevante quando o Poder omitente tiver o dever legal de impedir o resultado. Não basta simplesmente a ocorrência da omissão e o dano sofrido pelo administrado para que exsurja o dever de indenizar. Sem o dever jurídico de impedir o evento danoso, não há como se imputar responsabilidade ao omitente.

Não há dispositivo em nosso ordenamento jurídico que imponha aos Municípios conter a favelização nas cidades. Ao contrário, de acordo com os artigos 21, XX e 23, IX da CRFB compete ao Estado instituir políticas públicas e programas habitacionais, corolário do direito à moradia, o qual se insere entre os direitos básicos do cidadão (art. 6º), tampouco o Poder de Polícia autoriza o Réu a sair desmanchando por conta própria barracos ou outras construções irregulares.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> BEM IMOVEL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. FAVELA. DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICIPIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NOVA PERÍCIA. DESCABIMENTO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. Favelização. Omissão do Poder Público. Inexistência do Dever de Indenizar. A **omissão só tem relevância causal quando o omitente tem o dever jurídico de impedir o resultado. Não basta, então, a simples ocorrência da omissão e o dano sofrido por alguém para que daí resulte a obrigação de indenizar. Não sendo a omissão da municipalidade a causa da favelização do imóvel, e não existindo dispositivo legal que lhe imponha o dever de impedir tal resultado, não pode ser compelido a indenizar eventuais prejuízos do autor**, mesmo porque não há direito adquirido à vizinhança seletiva. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. Prescrição. A prescrição vintenária de que trata a súmula 419 do STJ só é aplicável à desapropriação indireta. Qualquer outra pretensão contra a Fazenda Pública está subordinada à prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32. Tal prescrição, todavia, não pode ser reconhecida em tese, sendo necessário apurar, caso a caso, a partir de que momento o prazo prescricional começou a correr. De acordo com a melhor doutrina isso ocorre no momento em que nasce para alguém uma pretensão acionável *a actio nata* ou seja, sendo possivel exercer um direito, o seu titular deixa de fazê-lo. PERÍCIA. Renovação. Descabimento. Se a matéria discutida nos autos está suficientemente esclarecida, descabe a renovação da perícia. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. Cancelamento de Projeto de Loteamento, Alegação de Prejuízo, Patrimonial. Nexo Causal Inexistente. Mesmo em sede de responsabilidade objetiva, tal como a do Estado, não se prescinde do nexo de causalidade. E como o nosso direito, nessa matéria, adotou a teoria da causa adequada ou imediata, terá que haver efetiva relação de causa e efeito entre a conduta do agente público e o dano para que o Estado possa ser responsabilizado. Assim, se o cancelamento do projeto de loteamento não foi a causa dos prejuízos alegados pelos autores, mas sim fatores inerentes ao terreno, topografia, acesso difícil, zoneamento e cobertura vegetal não há que se falar em responsabilidade estatal. A mesma realidade fática torna inconsistente a pretensão indenizatória pela não utilização da propriedade por não ter sido a construção do muro a causa eficiente dos alegados prejuízos. JUROS COMPENSATÓRIOS. Medida Provisória n. 1.774/99. Inaplicabilidade Retroativa. Em nosso sistema jurídico nenhuma lei infraconstitucional pode ter efeito retroativo, sob pena de ferir princípio constitucional. Logo, a Medida Provisória que reduziu para 6% ao ano os juros compensatórios só pode ser aplicada às desapropriações consumadas após a sua vigência. Reforma parcial da sentença. 2001.001.16399 – APELACAO -DES. SERGIO CAVALIERI FILHO -Julgamento: 13/03/2002 -SEGUNDA CAMARACIVEL

(Grifos do Relator do presente.)

Na verdade, pretende a Autora transferir para o Réu um ônus que é só seu e decorre do risco do seu negócio, ou seja, a frustração do projeto de construção na área hoje ocupada pela comunidade do Salgueiro, porquanto quando da aquisição já havia 80 barracos instalados no local, e, ainda assim, a Autora adquiriu o imóvel e quedou-se inerte em evitar a progressão do estado de favelização do imóvel, assumindo, portanto, o risco de ver seu empreendimento nunca sair do papel.

Ademais, o já citado laudo pericial não é menos enfático ao reputar inviável economicamente a realização do empreendimento imobiliário descrito pela Autora em sua inicial, mesmo se lhe for destinado um padrão construtivo modesto, destinado à população menos favorecida. Logicamente, sua aplicação destinada à classe média, como quer fazer crer a Autora, é igualmente inviável, sendo tal situação também ressaltada no trabalho do perito (fls. 1068). Percebe-se, assim, que o requerimento formulado ao Município para a obtenção da licença para a realização da obra em questão era inócuo, seja pela inviabilidade econômica do mesmo, seja pela intensa favelização presente no terreno.

Inviável, assim, a indenização por dano hipotético, visto que este poderá não se realizar, sendo exigida ao menos uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal da situação fática. Como refere MARIA HELENA DINIZ, em comentários aos arts. 1.059 e 1.060 do antigo Código Civil:

> "II – Dano emergente e lucro cessante. Para conceder a indenização de perdas e danos, o juiz deverá considerar se houve: dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real no patrimônio do credor, e dano negativo ou lucro cessante, relativo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, o lucro que ele deixou

de auferir em razão de descumprimento da obrigação pelo devedor. ... Impossibilidade de indenização por dano eventual. A lei só admite indenização de perdas e danos decorrentes da inexecução dolosa da obrigação pelo devedor quando direta e imediata. Logo serão insuscetíveis de indenização prejuízo eventual ou potencial." (Código Civil Anotado, Editora Saraiva, 2000, 6.ª Edição, págs, 761/762).

No mesmo sentido, o conceituado magistério de JOSÉ DE AGUIAR DIAS:

"O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação.

...

Está isento de censura, a este respeito, o legislador brasileiro que estabeleceu, nos arts. 1.059 e segs. do Código Civil, limites para a apreciação do lucros cessantes.

...

Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto." (Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 6.ª Edição, 1979, págs. 401/403).

Na mesma linha de raciocínio, já decidiu este Tribunal de Justiça:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO, PARA DECLARAR RESCINDIDO O CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES, REFERENTES A DUAS LINHAS TELEFÔNICAS, BEM COMO INEXISTENTES EVENTUAIS DÉBITOS A ELAS RELATIVOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS HIPOTÉTICOS E IMPROVÁVEIS, AQUELES CONSISTENTES NOS ALUGUÉIS E ENCARGOS RELATIVOS AO IMÓVEL OU À AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA A PESSOA JURÍDICA, POR AUSÊNCIA DE PROVA DE NEXO CAUSAL ENTRE A FALTA DE FUNCIONAMENTO DAS LINHAS TELEFÔNICAS E O INSUCESSO DA ATIVIDADE COMERCIAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 2009.001.34011 -APELAÇÃO DES. ODETE KNAACK DE SOUZA -Julgamento: 11/11/2009 VIGESIMA CAMARA CÍVEL

CONDIÇÕES DA AÇÃO. Legitimação Passiva. As condições da ação são apreciadas em tese, hipoteticamente considerada a relação jurídica de direito material afirmada pelo autor, independentemente da comprovação dos fatos que a fundamentam. Assim, a ilegitimidade de parte só se configura quando o autor não se afirma titular do direito material litigioso e postula a pretensão, ou indica pessoa diversa do dever jurídico correspondente e a aciona. Tal não ocorre quando o autor postula a nulidade de escritura de compra e veda de imóvel e dos respectivos registros, incluindo, no pólo passivo da ação, os vendedores e compradores. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nexo Causal inexistente. Ninguém responde por aquilo que não tiver dado causa, segundo fundamental princípio do direito. E de acordo com a teoria da causa adequada adotada em sede de responsabilidade civil, também chamada de causa direta ou imediata, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Assim, provado que a causa adequada dos eventuais danos sofridos pela autora foi a falsificação anterior de escritura de compra e venda do imóvel, da qual o réu não participou, não há como responsabilizá-lo ainda que fosse possível visualizar alguma falta de cuidado da parte de seus prepostos. LUCRO CESSANTE. Princípio da Razoabilidade. Em face do princípio da razoabilidade estabelecido no art. 1.059 do Código Civil de 1916 (atual art. 402), só pode ser considerado lucro cessante aquilo que, com certa probabilidade era de se esperar atentando para o curso normal dos fatos antecedentes. Sendo assim, não pode ser tomado com base para a projeção de lucros cessantes mero projeto hipotético de empreendimento imobiliário. Desprovimento dos recursos. 2003.001.10746 -APELACAO -DES. SERGIO CAVALIERI FILHO -Julgamento: 20/08/2003 -SEGUNDA CAMARACIVEL

Por tais fundamentos, conheço de ambos os recursos, rejeitando a prejudicial de prescrição deduzida pelo Réu, e dando provimento ao 1º apelo (do Réu), para julgar improcedentes os pedidos iniciais, outrossim, julgando-se prejudicado o 2º (da Autora). Custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais), na forma do artigo 20, § 4º do CPC, pela Autora.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2010.

LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO

RELATOR

Procuradores do Município do Rio de Janeiro

Alberto Guimarães Júnior
Alda Cavaliere
Alexandre Nery Brandão
Aline Sleman Cardoso Alves
Ana Maria da Silva Brito
Ana Paula Buonomo Machado
Ana Tereza de Oliveira Gama Palmieri
André Hermanny Tostes
André Leal Faoro
André Luiz Faria Miranda
Andrea Veloso Correia
Antonio Carlos de Sá
Antonio Dias Martins Neto
Arícia Fernandes Correia
Arlindo Daibert Neto
Beatriz Varanda
Carlos Eugenio de Oliveira Wetzel
Carlos Raposo
Carmen Lúcia Macedo
Cassius Anibal Rios
Christiana Mariani da Silva Telles
Christiane de Almeida Ferreira
Cláudia Alves de Oliveira
Claudia Braga de Lafonte Bulcão
Claudia Maria Monteiro de Castro Sternick
Cristina Galvão D'Andréa Ferreira
Daniel Bucar Cervasio
Darcio Augusto Chaves Faria
Denis George Haddad
Eduardo de Oliveira Gouvêa
Elaine Tisser
Eliana da Costa Lourenco
Elisa Grinsztejn
Fátima Martins Couto
Felipe Tadeu Freitas Taveira
Fernanda Averbug
Fernanda Lousada Cardoso
Fernanda Taboada
Fernando Barbosa Marcondes de Carvalho
Fernando dos Santos Dionisio
Flávio Rondon dos Santos
Francisco José Marques Sampaio
Frederick Bigoni Burrowes
Giovanna Moreira Porchéra
Gustavo da Gama Vital de Oliveira
Gustavo da Rocha Schmidt
Gustavo Mota Guedes
Gustavo Vianna de Siqueira
Heloísa Cyrillo Gomes Solberg
Heraldo Motta Pacca
Hugo Gonçalves Gomes Filho
Ilana Kupermann Bocikis
Jaqueline Ripper Nogueira do Vale Cuntin Perez
José Eduardo Cavalcanti de Albuquerque
José Luiz Cunha de Vasconcelos
Julio Rebello Horta
Kátia Patrícia Goncalves Silva
Lêo Bosco Griggi Pedrosa
Lionio Ramos de Carvalho Junior
Luís Cláudio Miraldes
Luiz Antonio Barretto
Luiz Eduardo Cavalcanti Correa
Luiz Roberto da Mata
Marcelo Salles Melges
Marcelo Silva Moreira Marques
Marcia Vieira Marx Andrade
Marco Antonio Ferreira Macedo
Marcos Henrique Portella de Lemos
Marcus Gouveia dos Santos
Maria Izabel Vieira de Brito
Maria Luisa Alkimim Curvello de Araujo
Martinho Neves Miranda
Mauricio Martinez Toledo dos Santos
Miguel Grimaldi Cabral de Andrade
Nereo Cardoso de Matos Junior
Nídia Caldas Farias Lopes
Patrícia Félix Tassara
Paulo Lamego Carpenter Ferreira
Paulo Maurício Fernandes da Rocha
Paulo Roberto Soares Mendonça
Rachel Espírito Santo de Oliveira
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Ricardo Almeida Ribeiro da Silva
Ricardo Fontes Perin
Ricardo Lopes Limongi
Roberta Gobert Torres
Roberto Sardinha Junior
Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Rodrigo Meireles Bosisio
Rodrigo Ramos Lourega de Menezes
Rogério Leite Lobo
Roseane Fernandes Cerbino
Rubem Dario Ferman
Simone Britz Gorodicht
Vanice Regina Lírio do Valle
Vera Helena Rodrigues Caldas Francisco
Vivianne Velasco Fichtner Pereira
Zulmira Maria Silva Tostes

INATIVOS

Denis Borges Barbosa
Fabiani Li Rizzato de Almeida
Fernando da Costa Guimaraes
Fernando Guerra Lopes
Gustavo Affonso Capanema
Ivone Duarte Monteiro de Campos
José Pereira de Andrade (falecido)
José Roberto de Castello Branco de Macedo Soares (falecido)
Luiza Rangel de Moraes
Marcus Araújo Andrea
Margarida Maria Vieira Pinto Gomes Castro
Maria Regina de Toledo Müller
Prisce Maria Frota Salles Torres Barbosa
Rachel Teixeira Fares Menhem
Sonia Rabello de Castro
Vânia Lucia Belmont

1985·2010
25
ANOS
PGM-RIO