



Estado do Rio Grande do Sul  
Procuradoria-Geral do Estado

ISSN - 0101-1480

# Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS



v. 31 n. 66  
julho/dezembro de 2007



# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

**Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 31	n. 66	p. 1 - 250	jul./dez. 2007
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do  
Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979)- . - Porto Alegre : PGE,  
1979-

v.; 21 cm.  
Semestral.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-  
23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

*Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.*

*Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.*

**Procuradoria-Geral do Estado do RS**  
**Procuradoria de Informação, Documentação e**  
**Aperfeiçoamento Pessoal**

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar

90119-900 Porto Alegre/RS

Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652

E-mail: [conselho-editorial@pge.rs.gov.br](mailto:conselho-editorial@pge.rs.gov.br)

Site: <http://www.pge.rs.gov.br/revistas>

Pede-se permuta

Piedese canje

We ask exchange

On demande échange

Wir bitten um autausch

Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

**YEDA RORATO CRUSIUS**

Governadora do Estado

**PAULO AFONSO GIRARDI FEIJÓ**

Vice-Governador do Estado

**ELIANA SOLEDADE GRAEFF MARTINS**

Procuradora-Geral do Estado

**CRISTINE MADEIRA MARIANO LEÃO**

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

**JOSÉ GUILHERME KLIEMANN**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO**

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

**LUIZ FELIPE TARGA**

Corregedor-Geral da PGE

**RICARDO SEIBEL DE FREITAS LIMA**

Coordenador da Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

## **CONSELHO EDITORIAL**

Eliana Soledade Graeff Martins  
(Presidente)

Carla Maria Petersen Herrlein  
Fabiana Azevedo da Cunha Barth  
José Luis Bolzan de Moraes  
Luís Carlos Kothe Hagemann  
Márcia Regina Lusa Cadore Weber  
Ricardo Seibel de Freitas Lima

## **EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia  
Secretária-Executiva  
Bibliotecária crb 10/1343



Av. Cel. Aparício Borges, 2199  
Fone: (51) 3288-9700  
E-mail: [editora.tecnica@corag.com.br](mailto:editora.tecnica@corag.com.br)  
[www.corag.com.br](http://www.corag.com.br)

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	7
<b>DOCTRINA</b>	
A Propriedade Privada e Outros Direitos Reais no Novo Código Civil: principais alterações <b>Helena Beatriz Cesarino Mendes</b> .....	9
A Licitação e seus Princípios <b>Vladimir da Rocha França</b> .....	47
A Proteção da Confiança nas Relações Obrigacionais entre Entes Federativos <b>Ricardo Seibel de Freitas Lima</b> .....	69
Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, forne- cimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial <b>Luís Roberto Barroso</b> .....	89
O Exercício dos Direitos Segundo as Balizas do Artigo 187 do Código Civil/2002 <b>Adriana Menezes de Simão Kuhn</b> .....	115
Tributação Ambiental: considerações sobre o ICMS ecológico e alguns tributos verdes de países desenvolvidos <b>Luiz Ernani Bonesso de Araújo; Stefania Eugenia Barichello Michele Oliveira Teixeira</b> .....	135
A Jurisdição Constitucional e os Diferentes Modelos de Controle de Cons- titucionalidade <b>Isabel da Cunha Bisch</b> .....	153
La Inalienabilidad de los Derechos Humanos. Análisis Sistemático sobre el Conocido caso del “lanzamiento de enanos” <b>Sheila Stolz</b> .....	171
Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado <b>Cláudio Grande Júnior</b> .....	183

**PARECERES**

Parecer 14653

**Joline Baldwin Erig Weiller** ..... 211

Parecer 14770

**Adriana Neumann**..... 235

## EDITORIAL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado, nesta edição, apresenta alguns temas palpitantes relacionados ao controle jurisdicional da administração pública, ao controle da constitucionalidade, à tributação ambiental, à licitação - tema recorrente na consultoria da Casa -, e também um artigo sobre a Advocacia Pública no direito comparado.

Permito-me debruçar sobre este último para trazer a experiência da nova advocacia pública que vem sendo travada na PGE-RS. E não poderia iniciar sem enfocar dois requisitos fundamentais para o pleno exercício deste mister: a) a implementação de remuneração compatível, na forma do art. 39 da Constituição Federal – subsídios, e b) a autonomia funcional, administrativa e orçamentária. Com tais elementos a advocacia pública se fortalece em sua missão constitucional e melhor se alicerça para os embates que, não raramente, têm de ser travados com os agentes públicos ou em defesa de seus atos. Neste sentido, preciosa é a lição do articulista Cláudio Grande Junior que conclui que o Brasil consolidou o regime dualista na Constituição Federal de 1988 e progrediu muito ao “desincumbir o Ministério Público das funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria, assessoramento e controle jurídico interno dos entes públicos, bem como ao atribuir-lhe autonomia funcional e administrativa. Todavia, ainda falta dotar as instituições de advocacia do Estado (advocacia pública em sentido estrito) de maiores garantias, a fim de se preservar a própria independência funcional dos advogados públicos, individualmente considerados, e o perfeito exercício de suas atribuições, imprescindíveis ao Estado Democrático, Social e Ambiental de Direito”.

O fenômeno das ações de massa, aliado à dificuldade das instituições públicas em imprimir a compatível velocidade na adequação de sua estrutura administrativa têm seguidamente ocasionado disparidade entre a demanda de serviço e a capacidade de seu enfrentamento.

Para solucionar o impasse, algumas medidas vêm sendo adotadas, como são exemplos a racionalização da atuação judicial, com a dispensa prévia (após exame pela Corregedoria-Geral e pelo Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos) de interposição de peças (contestações e recursos) nas ações cuja jurisprudência dos tribunais superiores já se firmou contrariamente à tese defendida pelo Estado e os meios recursais já se encontram esgotados e a racionalização da atuação judicial mediante a formação de “Grupos Especiais de Trabalho”, sempre coordenados por Procuradores do Estado, para enfrentamento das ações massificadas, com otimização e padronização de rotinas, simplificação de peças, auxílio de assessores jurídicos, etc., reservando aos Procuradores as ações não massificadas,

isto é, aquelas que demandam estudo e acompanhamento aprofundados e que podem reverter ganhos efetivos ao Estado.

Outra postura que vem sendo reforçada é a da advocacia preventiva, feita in loco junto às secretarias e autarquias, prevenindo o surgimento de demandas judiciais que, inevitavelmente, tendem a se proliferar aos milhares e abarrotar tanto a PGE, quanto o Poder Judiciário.

E por fim, mas não por último e sem esgotar os exemplos, pode-se mencionar o reforço na postura conciliatória. A PGE está proporcionando treinamento aos Procuradores e Assessores, visando ao reforço da solução dos litígios por meio da conciliação e, paralelamente, apresentou sugestão de adequação legislativa que lhe proporcione meios mais eficazes para a conciliação.

Concomitantemente, a PGE está se preparando para o pleno ingresso no processo virtual e eletrônico, o que imprimirá maior velocidade na tramitação dos feitos e exigirá dos operadores do Direito indispensável reciclagem.

Estas são algumas medidas que vêm sendo implementadas e que vêm auxiliando a PGE a fazer frente ao crescente aumento da demanda de processos. Nosso sentir é de que a Advocacia Pública já não pode mais atuar de forma tradicional, tendo de lançar mão das modernas tecnologias e adotar postura menos formalista, mais conciliatória e preventiva, indo também ao encontro do moderno processo eletrônico.

Boa leitura!

Márcia Pereira Azário  
Procuradora-Adjunta para Assuntos Institucionais

# A PROPRIEDADE PRIVADA E OUTROS DIREITOS REAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho\*

Sumário: 1 Introdução; 2 Panorama geral; 3 Direito de Propriedade: principais inovações; 3.1 Função social da propriedade e abuso de direito; 3.2 Posse: aquisição e perda; 3.3 Usucapião; 3.3.1 Usucapião extraordinária e ordinária; 3.3.2 Usucapião especial rural e urbana; 3.3.3; Desapropriação judicial por posse-trabalho; 3.4 Perda da propriedade; 3.5 Construção que invade terreno alheio; 3.6 Uso anormal da propriedade; 3.6.1 Servidão de janela; 3.7 Condomínio; 4 Outros direitos reais: principais inovações; 4.1 Superfície; 4.2 Promessa de Compra e Venda; 4.3 Enfitese. 5 Considerações finais. Referências

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a abordar as principais alterações trazidas pelo Código Civil de 2002- Lei nº 10.406/2002 - no âmbito da propriedade privada, bem como relativamente a alguns outros relevantes direitos reais que trazem inovações: o direito de superfície, a promessa de compra e venda e a enfitese.

Primeiramente, será traçado um breve panorama geral acerca do tema, analisando os valores que informaram a nova Codificação.

Posteriormente, serão abordadas topicamente as modificações realizadas, traçando-se um comparativo com as normas do anterior Código Civil, para, por derradeiro, lançar-se algumas considerações finais sobre a matéria.

## 2 PANORAMA GERAL

A concepção de propriedade, baseada em visão patrimonialista do instituto, entendida como direito real de usar, gozar e dispor da coisa, excluindo terceiros de qualquer ingerência sobre o bem, permaneceu hegemônica nos países de Direito Continental, desde a Idade Média, remontando, para alguns doutrinadores, à Roma, embora neste aspecto haja divergências<sup>1</sup>.

---

\* Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

<sup>1</sup> Segundo Ricardo Aronne, há controvérsias sobre a concepção de propriedade no direito romano, entendendo alguns que a visão romana não se adequava à simplificação que se arraigou no direito civil. In Propriedade e Domínio. Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 56

A partir do século XIX, mesmo que ainda mantendo a concepção abstratista da propriedade, a doutrina desenvolveu uma pequena alteração na sua conceituação, dividindo o direito de propriedade em dois aspectos: um interno e outro externo. O aspecto interno liga-se à relação entre o indivíduo e o bem; o aspecto externo diz respeito à relação entre o indivíduo proprietário e os demais indivíduos da sociedade.

Nas palavras de Arnold Wald, citado por Aronne:

Devemos distinguir no direito de propriedade a estrutura interna da estrutura externa. A primeira abrange os poderes que o titular do direito pode exercer sobre a coisa, e a segunda as relações entre o proprietário e os terceiros. A estrutura interna apresenta-se como poder complexo e exclusivo do proprietário sobre a coisa, abrangendo o uso, gozo e a disposição. A estrutura externa importa o direito de exigir a abstenção dos terceiros em relação ao objeto de propriedade do titular.<sup>2</sup>

Tanto os poderes vinculados à estrutura interna, quanto aqueles vinculados à estrutura externa, compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade, não se referindo ao aspecto funcional do instituto.

Mas além deste aspecto estrutural, a propriedade ostenta também um aspecto funcional, como ressaltado por Tepedino, ainda sob a égide do Código Civil de 1916:

A propriedade pode ser estudada em dois aspectos, o estrutural e o funcional. A dogmática tradicional e, na sua esteira, o Código Civil brasileiro, preocupava-se somente com a estrutura do direito subjetivo proprietário. O art. 524 do C. Civ., com efeito, evitando defini-la, dispõe sobre os poderes do titular do domínio, fixando o aspecto interno ou econômico, caracterizador do senhorio, e outro externo, o aspecto propriamente jurídico da estrutura da propriedade. O primeiro aspecto, interno ou econômico, é composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. O segundo, o jurídico, traduz-se na faculdade de exclusão de ingerências alheias. Estes dois aspectos, o interno e o externo, compõem a estrutura da propriedade, o seu aspecto estático. Já o segundo aspecto, mais polêmico, é alvo de disputa ideológica, refere-se ao aspecto dinâmico da propriedade, a função que desempenha no mundo jurídico e econômico a chamada função social da propriedade.<sup>3</sup>

A função social da propriedade tomou especial relevo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a inseriu entre os direitos fundamentais, dispondo o art. 5º, inciso XXIII, que “a propriedade atenderá a sua função social”, além de prevê-la como alicerce da Ordem Econômica (art. 170, III). A anterior Carta Federal, de 1967, previa a função social da propriedade somente como princípio da ordem econômica e social, não incluindo a matéria da função social dentre os direitos e garantias fundamentais.

<sup>2</sup> Wald, Arnold, apud Aronne, ob. Cit., pp. 57-58.

<sup>3</sup> Tepedino, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 311.

*RPEGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 9-45, jul./dez. 2007*

No âmbito ainda das normas constitucionais que tutelam a propriedade e orientam-na ao cumprimento de sua função social, encontramos os dispositivos que tratam da utilização da propriedade urbana no contexto da política territorial urbana – art. 182 e seguintes. No art. 184, na mesma senda, está regulada a propriedade rural dentro da política agrícola e fundiária e da reforma agrária. Já os arts. 183 e 191 contemplam hipóteses de usucapião especial, o primeiro referindo-se à posse continuada por cinco anos em imóvel urbano destinado à moradia familiar, com área não superior a 250 m<sup>2</sup>, e o segundo ao usucapião de imóvel rural, não superior a 50 hectares, tornado produtivo pelo possuidor.

De acordo com Aronne, domínio e propriedade não são conceitos equivalentes. O domínio é a relação entre o indivíduo e a coisa, que possibilita àquele usar, gozar e dispor desta, tendo, portanto, natureza real. Já a propriedade compreende a relação do indivíduo com a coletividade: o direito de exigir a abstenção das demais pessoas na ingerência sobre a coisa, bem como o dever de fazer com que o bem atenda a sua função social, consubstanciando, pois, uma relação pessoal universalizada.<sup>4</sup>

Nessa senda, domínio e propriedade são conceitos autônomos, embora complementares e não exclusivos. “O domínio tem por objeto uma coisa e suas faculdades, não tendo um sujeito passivo, já a propriedade, tem por objeto uma prestação, tendo sujeito passivo e não sendo de natureza real. Aí está o ponto-chave da ‘repersonalização’ buscada, onde se funcionaliza o direito real, pela via de seu instrumentalizador”.<sup>5</sup>

Assim, o direito de propriedade pode ser entendido como um direito obrigacional, com as seguintes faces: o proprietário é credor de uma obrigação passiva universal, sendo os demais indivíduos e o Estado obrigados a uma conduta de abstenção em relação ao bem. Por outro lado, o proprietário tem uma obrigação de fazer a propriedade atingir sua função social, da qual são credores o Estado e os demais membros da coletividade. Logo, a obrigação da propriedade é bilateral e deve ser atendida para que seja oponível.

Nesse sentido, “obrigacionalizando-se” a propriedade, opera-se sua “repersonalização”, sendo certo que ao direito obrigacional não se atribui caráter de absolutividade, impondo-se ao proprietário direitos mas também obrigações. Tal interpretação compatibiliza-se com o texto constitucional, que assentou o princípio da função social da propriedade, alçando-o, inclusive, a direito fundamental.

Encampando o princípio constitucional, o novo Código Civil traz norma expressa, no art. 1.228, par. 1<sup>o</sup>, atribuindo ao proprietário a obrigação de fazer com que a propriedade cumpra sua função social. O foco, portanto, deixa de ser

<sup>4</sup> Aronne, ob. Cit., p. 82.

<sup>5</sup> Aronne, ob. Cit., p. 91.

<sup>6</sup> “Art. 1.228- O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou detenha.

Parágrafo 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

patrimonialista, passando a direcionar-se para a pessoa, cuja dignidade deve ser assegurada, pois valor fundamental da ordem constitucional.

Como dito por Aronne:

Aos poucos, a propriedade veio ganhando contornos cada vez mais sociais, fruto, como já analisado, do movimento constitucionalista que cada vez mais se solidifica no mundo do direito, de modo que a propriedade, um direito privado, vem ganhando cada vez mais a regulação e contornos de direito público, cingindo essa divisão ainda existente mas que, cada vez mais, tomba ante a inafastável sistematicidade do todo que é o ordenamento jurídico. A propriedade está entre os direitos e garantias do cidadão, enquanto princípio jurídico de acesso à propriedade, assim como se relativiza diretamente por outro princípio jurídico, que é o de sua função social, e ambos se hierarquizam axiologicamente, perante os casos concretos, informando sempre, materialmente, o direito de propriedade.<sup>7</sup>

Na mesma esteira, outros direitos reais sofreram modificações no novo Código Civil, também no sentido de funcionalizar o direito de propriedade. No presente trabalho serão abordados alguns deles, que se considera relevantes, como o direito de superfície, a promessa de compra e venda e a enfiteuse.

### 3 DIREITO DE PROPRIEDADE: PRINCIPAIS INOVAÇÕES

#### 3.1 Função Social da Propriedade e Abuso de Direito

O direito de propriedade é regulado a partir do art. 1.228 no Código Civil de 2002 que, como o anterior, não traz uma definição do instituto, apenas dispondo sobre as faculdades do proprietário.

<p>Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.</p> <p>Par. 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei</p>	<p>Art. 524 – A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.</p> <p>Par. Único - A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste Título.</p>
--	--

<sup>7</sup> Aronne, ob. Cit., p. 154

especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Par. 2º - São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Par. 3º - O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

Par. 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Par. 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Veja-se a redação, comparativamente, dos arts. 1.228 do novo Código e 524 do Código de 1916:

Como já referido no item anterior, o ordenamento pátrio passou a dar destaque à função social da propriedade, com a elevação da mesma a direito fundamental. Na mesma senda, o Código Civil de 2002 expressamente tratou da matéria, em seu art. 1.228, par. 2º.

Assim, o novo Código incorpora o princípio constitucional da função social da propriedade<sup>8</sup>, vazado no par. 2º do art. 1.228, segundo o qual o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com suas finalidades econômicas e sociais e de modo a preservar o patrimônio natural e cultural. Portanto, a legislação civil consagra a funcionalização do direito de propriedade, o qual somente será legítimo se exercido em conformidade com sua função social.

A funcionalização implica a exigência de postura ativa do proprietário, que deverá fazer com que sua propriedade sirva, de algum modo, à sociedade.

Note-se que o comando apresenta-se sob a forma de princípio, que, por sua baixa concretude, exige do intérprete uma postura mais ativa na sua aplicação, sempre levando em conta o momento histórico e suas particularidades.

Destaca Aronne que é “importante ter presente que, consoante já elucidou Gustavo Tepedino, propriedade produtiva não é sinônimo de propriedade funcionalizada. A produtividade é apenas um dentre outros elementos exemplificativos, como o trabalho, que constituem a noção de função social, bem mais ligada aos valores de igualdade e dignidade do que aos de liberdade no sentido clássico”.<sup>9</sup>

Por outro lado, a norma exige não só o atendimento da função econômico-social da propriedade, mas também o respeito ao meio ambiente, incorporando, aqui também, valores constitucionais (expressos, por exemplo, nos arts. 225 e 215 da CF).

A seu turno, o parágrafo 2º do art. 1.228 trata do abuso de direito. Tal dispositivo, todavia, não se afigura congruente com a sistemática adotada para o direito de propriedade, agora orientado pelo cumprimento da função social. A teoria do abuso de direito fazia sentido à época em que o ordenamento consagrava um direito ilimitado de propriedade. Agora, ao contrário, sendo necessário o desempenho da função social, “muito antes de se caracterizar um ato emulativo, a propriedade perde a sua legitimidade constitucional se o proprietário deixar de promover os valores sociais associados à titularidade do domínio”.<sup>10</sup>

Há que se ponderar, por outro lado, que, na dicção do par. 2º do art. 1.228, para que se configure o abuso de direito é mister que haja a intenção do proprietário de lesar outrem. Todavia, o mesmo Código, na parte geral, ao tratar dos atos ilícitos, consagra a concepção do abuso de direito objetivo, que se caracterizará independentemente da intenção do agente, bastando que o titular do direito, ao

<sup>8</sup> O princípio da função social da propriedade está plasmado, na Constituição Federal, como direito fundamental no art. 5º, inc. XXIII, e como princípio da ordem econômica, no art. 170, inc. III.

<sup>9</sup> Aronne, ob. Cit., p. 125.

<sup>10</sup> Tepedino, ob. Cit., p. 159.

exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187).

É necessário, portanto, harmonizar os dois dispositivos normativos, procedendo-se a uma interpretação sistemática, de forma que se reconheça o abuso do direito de propriedade não só quando houver intenção de lesar outrem, mas também quando não se comprovar tal ânimo, mas ocorrer o prejuízo ao terceiro, ensejando a responsabilidade civil.

Assim, interpretando o citado par. 2º do art. 1.228 em conjunto com o art. 187, afirma Sílvio Rodrigues “não ser imprescindível, pois, para o reconhecimento da teoria do abuso de direito, que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, bastando, segundo a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. E acrescenta: “acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josseland, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz este jurista, os direitos são conferidos aos homens para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição”.<sup>11</sup>

### 3.2 Posse: Aquisição e Perda

Destaca Tepedino que o novo diploma abriga dois aperfeiçoamentos quanto à posse. Em primeiro lugar, deixando de lado a tradicional discussão acerca da natureza da posse, se fato ou direito, a posse é definida como um exercício de fato.<sup>12</sup> Trata-se de um direito autônomo, independente em relação à propriedade.

Ressalta o autor que para Ihering a posse era considerada uma espécie de vanguarda avançada da propriedade, que tinha tanto valor que seu mero exercício era objeto de tratamento autônomo. A posse era assim reconhecida pelo ordenamento independentemente de título dominical, até mesmo sem o domínio, ou, em alguns casos, contra o domínio.

Destaca Tepedino:

Em outras palavras, a noção de vanguarda avançada do domínio, escapando dos limites entrevistados pela construção de Ihering, passa a ter bases axiológicas constitucionais. Os valores sociais da moradia, do trabalho, da dignidade da pessoa humana, fazem com que a estrutura normativa de defesa do exercício da propriedade seja assegurada independentemente do domínio. A justificativa da posse encontra-se diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais atinentes ao trabalho, à moradia, ao desenvolvimento do núcleo familiar.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Rodrigues, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral*, v. I. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 314.

<sup>12</sup> Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

<sup>13</sup> Tepedino, *Temas de Direito Civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.

As normas relativas à aquisição e perda da posse sofreram alteração na nova legislação, tornando-se mais claras e precisas. Vejam-se as normas relativas à aquisição, comparativamente:

<p>Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.</p>	<p>Art. 493 – Adquire-se a posse:  I – pela apreensão da coisa, ou pelo exercício do direito;  II – pelo fato de se dispor da coisa, ou do direito;  III – por qualquer dos modos de aquisição em geral.  Parágrafo único – É aplicável à aquisição da posse o disposto neste Código, arts. 81 a 85.</p>
---	--

Anota a doutrina que o atual dispositivo do Código Civil apresenta redação aprimorada em relação ao Código de 1916, o qual era criticado, porque, em face da teoria objetiva da posse, veiculada por Ihering, a aquisição da posse resulta apenas da circunstância de ser fixada uma exteriorização da propriedade. A especificação de situações de aquisição feita no Código anterior era, além de redundante, não taxativa, de modo que não trazia serventia.

No tocante à perda da posse, o novo Código trouxe também uma revisão conceitual. Vejamos:

<p>Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196.</p>	<p>Art. 520 – Perde-se a posse das coisas:  I – pelo abandono;  II – pela tradição;  III – pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio;  IV – pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente;  V – pelo constituto possessório.  Parágrafo único – Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo, que baste para prescreverem.</p>
--	---

Como se vê, o anterior Código Civil dispunha casuisticamente acerca das hipóteses de perda da posse, motivo pelo qual era objeto de críticas da doutrina, pois melhor seria trazer redação genérica. Foi a técnica adotada pelo novo diplo-

ma, pois, “perde-se a posse sempre que o agente deixa de ter possibilidade de exercer, por vontade própria ou não, poderes inerentes ao direito de propriedade sobre a coisa”<sup>14</sup>. Assim, a enumeração legal veiculada pelo anterior art. 520 não podia ser tida como exaustiva. Solucionando, pois, a imprecisão técnica do anterior Código, o atual deixou claro que “perde-se a posse quando desaparecem os poderes inerentes à propriedade com relação à coisa que eram exercidos pelo possuidor, qualquer que seja sua causa”.<sup>15</sup>

### 3.3 Usucapião

Antes de analisarmos as modificações tópicas efetuadas pelo Código Civil de 2002 no que respeita à usucapião da propriedade, impende trazer à tona algumas noções básicas sobre o instituto.

A usucapião pode ser definida como o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições. Trata-se de modo de aquisição originário, porquanto a titularidade nasce sem vinculações com o passado, isto é, não há qualquer relação entre o adquirente e o precedente sujeito de direito. É modo de aquisição não só da propriedade, como também de outros direitos reais, tema que não será tratado neste trabalho, cujo foco é tão-somente as inovações trazida pela nova legislação civil com referência à propriedade.

São requisitos básicos para a usucapião o *animus domini*, ou seja, a vontade de ser dono do bem; a posse mansa e pacífica, que se descaracteriza se o bem tiver sido tomado mediante violência, furtividade ou fraude; posse ininterrupta; lapso de tempo exigido na espécie.

Importante destacar o conteúdo da expressão *animus domini*, fazendo-se uma interpretação atual à luz dos princípios constitucionais, como dito por Viana:

Nessa linha, quando o dispositivo em exame estatui que se deve possuir como seu o imóvel, a interpretação correta e conforme a realidade que vivemos, é que ele pode usucapir se deu ao imóvel a finalidade econômico-social que lhe negou o titular do domínio, e que atende aos interesses da coletividade. Se a propriedade deve ser exercitada nesse diapasão, com maior razão a posse, pois a usucapião é um ato espoliativo contra o titular do domínio, mas que se justifica pelo interesse social.<sup>16</sup>

O fundamento da usucapião não é pacífico na doutrina. Assim, para aqueles que adotam a teoria subjetiva, haveria uma presunção de renúncia do antigo dono, de modo que, “se ele se desinteressa de sua utilização, durante certo lapso

<sup>14</sup> Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 84.

<sup>15</sup> Venosa, ob. Cit., p. 84.

<sup>16</sup> Viana, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XVI. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85.

de tempo, é porque abandonou a coisa, ou tem esse propósito. Respondendo aos que assim pensam, no exame do direito anterior, Orlando Gomes ensinava que presumir a renúncia é desconhecer a natureza humana”.<sup>17</sup>

Já para a teoria objetiva, a usucapião encontra fundamento na utilidade social da coisa. O que autoriza o caráter espoliativo do instituto é atender à função econômico-social da propriedade. Vislumbra-se, pois, que o Código Civil adota referida teoria ao tratar sobre usucapião (que vem ao encontro da valorização da função social da propriedade apregoada pela Carta Federal).

Para Tepedino,<sup>18</sup> pode-se mesmo afirmar que as modalidades de usucapião comprovam a existência da função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro, embora tal função não esteja expressamente prevista na Constituição.

Com efeito, a Carta Federal dispõe de forma expressa acerca da garantia do direito de propriedade e de sua função social, não contendo dispositivo semelhante quanto à posse. Todavia, a posse recebe a tutela jurídica, sendo de se verificar que, considerando-se que a função social da propriedade realiza-se mediante atos concretos, praticados por quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, o princípio da função social é mais evidente na posse do que na propriedade, daí porque é possível falar-se em função social da posse.<sup>19</sup>

O novel Código traz algumas modificações no tocante ao instituto da usucapião, que serão adiante tratadas. Da visualização das normas referentes às diversas modalidades de usucapião, pode-se perceber a força que ganha a tutela da chamada “posse qualificada”, aquela caracterizada pelo cumprimento da função social: posse exercida a título de moradia e enriquecida pelo trabalho ou por investimentos. Como dito por Zavascki: “Surge, assim, um novo conceito de posse, decorrente do que Miguel Reale denominou ‘princípio da socialidade’, distinta da que decorre dos ‘critérios formalistas da tradição romanista, que não distingue a posse simples, ou improdutiva, da posse acompanhada de obras e serviços realizados nos bens possuídos”.<sup>20</sup>

### 3.3.1 Usucapião Extraordinária e Ordinária

Assim dispõe a legislação civil:

<sup>17</sup> Viana, ob. Cit., p. 73.

<sup>18</sup> Tepedino, ob. Cit., p. 156.

<sup>19</sup> Conforme Teori Albino Zavascki. In A Reconstrução do Direito Privado. Judith Martins-Costa (org). São Paulo: RT, 2002, p. 844.

<sup>20</sup> Zavascki, Teori. In A Reconstrução do Direito Privado. Judith Martins-Costa (org). São Paulo: RT, 2002, p. 850.

<p>Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.</p> <p>Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.</p>	<p>Art. 550 – Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.</p>
--	---

<p>Art. 1242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.</p> <p>Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.</p>	<p>Art. 551 – Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 15 (quinze) entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé.</p> <p>Parágrafo único – Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitam município diverso.</p>
--	--

No que se refere à usucapião extraordinária, houve alteração relativa ao prazo, que foi reduzido de vinte para quinze anos. São, então, estes os requisitos: “a) posse; b) por quinze anos; c) sem interrupção, nem oposição; d) sentença, que serve de título; e) e que será transcrita no registro de imóveis”.<sup>21</sup> Assim, quanto aos requisitos, o novo diploma manteve a orientação do anterior, apenas reduzindo o prazo.<sup>22</sup> Alteração digna de nota foi introduzida pelo parágrafo único do art. 1.238, que reduz o prazo para dez anos, desde que (a) o possuidor tenha estabelecido sua moradia no imóvel ou (b) nele tenha realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Nessa senda, o parágrafo único do art. 1.238 alberga, claramente, a tutela da moradia, que foi erigida a direito fundamental através da Emenda Constitucional nº 26 de 2000 (que trouxe alteração ao art. 6º da Carta Federal)<sup>23</sup>.

Percebe-se, aqui, claramente, a denominada “constitucionalização do direito privado”, sendo expressamente introduzida no texto legislativo civil a garantia de um direito fundamental constitucional, a ser operacionalizada mediante o instituto da usucapião. Através da implementação dos requisitos legais, faz-se valer o direito social à moradia, que, em última análise, é instrumento de realização da dignidade da pessoa humana<sup>24</sup>, valor maior vinculante de toda ordem jurídica.

Assim também o mencionado par. único do art. 1.238 contempla a tutela do trabalho, reduzindo o prazo da posse para fins de usucapião se o possuidor houver realizado obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel. Aqui, também, o Código incorpora o valor constitucional dado ao trabalho, alçado a fundamento da República Federativa do Brasil, como decorre do art. 1º, inciso IV da Constituição Federal.

Com relação à usucapião ordinária, o novo Código também manteve os requisitos exigidos pelo anterior, apenas alterando o prazo da posse, que antes era de 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes, sendo, agora, uniformemente de 10 anos, conforme art. 1.242.

<sup>21</sup> Viana, ob. Cit., p. 74.

<sup>22</sup> Como dito, o novo Código manteve os mesmos requisitos previstos no diploma anterior para que efetive o usucapião extraordinário, trazendo modificação somente quanto ao prazo. Assim, tal como ocorria sob a égide do Código de 1916, não se exige que o possuidor detenha justo título e esteja de boa-fé, condições necessárias à caracterização do usucapião ordinário. Apontava Caio Mário da Silva Pereira, ainda na vigência do diploma anterior que, embora a lei dissesse que a boa-fé se presumia, o que ocorria, na hipótese, era a dispensa legal de tal requisito. (In Instituições de Direito Civil, vol. IV, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

<sup>23</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>24</sup> A dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil, consoante art. 1º, inc. III), é assim definida por Ingo Wolfgang Sarlet: Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (In Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60).

Como se sabe, a usucapião ordinária exige, além dos requisitos previstos para a extraordinária, já mencionados, o justo título e a boa-fé do possuidor. A respeito do tema, elucida Caio Mário da Silva Pereira<sup>25</sup>:

Para que se opere a aquisição da propriedade por usucapião ordinário, o interessado deverá apresentar justo título e demonstrar boa-fé. Para tal efeito, diz-se justo o título hábil em tese para a transferência do domínio, mas que não a tenha realizado na hipótese por padecer de algum defeito ou lhe faltar qualidade específica. A regra prática para aferi-lo seria considerar que o título há de ser tal que transferiria o domínio independente de outra qualquer providência, se viesse escoreito. Tem-se referido que o título justo deve revestir as formalidades externas e estar transcrito no registro imobiliário. Mas não nos parece se possa levar ao extremo a exigência, pois que se destina o instituto do usucapião precisamente a consolidar *tractu temporis* a aquisição fundada em título que apenas em tese era hábil a gerar a aquisição. (...). Boa-fé é a integração ética do justo título (Orozimbo Nonato, Virgílio de Sá Pereira) e reside na convicção de que o fenômeno jurídico gerou a transferência da propriedade. Internamente, a boa-fé assenta na convicção de não ofender o possuidor um direito alheio (Ruggiero e Maroi), ou no erro de entendimento do possuidor que, razoavelmente, se supõe proprietário.

Nessa senda, em comentários ao art. 1.242 do novo Código Civil, Viana aduz que o dispositivo mantém as mesmas exigências do texto anterior para que se configure a usucapião ordinária, destacando, na esteira de outros autores, como o acima citado Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, que, para que o título se configure como justo título, não é necessário o seu registro. Destaca Viana que, sob a égide do anterior Código, “argumentava-se que se o promitente comprador podia exigir a escritura de compra e venda do promitente vendedor, assim como requerer ao juiz a adjudicação do imóvel, e estando certo que não são necessários o registro e o instrumento público para oposição de embargos de terceiro ou para requerer a adjudicação, ela geraria direito à aquisição por usucapião ordinário (Resp. 32972/SP, STJ, 3ª T., rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 10/06/96)”.<sup>26</sup>

Tal interpretação, destaca Viana<sup>27</sup>, veio a ser corroborada pela redação dada ao parágrafo único do art. 1.242, segundo o qual o prazo reduz-se para cinco anos, se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente. Ora, caso fosse exigência o registro do título para que se o considerasse justo para fins de usucapião, então esta previsão do par. único seria despicienda, bastando constar dele o requisito da moradia, ou a realização de investimentos de interesse social e econômico.

Ressalta Tepedino, por outro lado, que essa norma do par. único do art. 1.242 vem em homenagem ao princípio da segurança jurídica, tutelando o adqui-

<sup>25</sup> Pereira, ob. Cit., pp. 112-113.

<sup>26</sup> Viana, ob. Cit., p. 106.

<sup>27</sup> Viana, ob. Cit., p. 107.

rente se, “transcorrido o prazo de cinco anos, não houver alegação de invalidade do registro imobiliário com base no qual a aquisição se deu”.<sup>28</sup>

No tocante à boa-fé, Viana reporta-se ao conceito de Caio Mário, já citado, aduzindo que “o que se pretende dizer é que o possuidor tem convicção de que o negócio jurídico, que lhe assegurou a posse da coisa, está escoimado de vício, não havendo qualquer irregularidade que lhe impeça haver o domínio”.<sup>29</sup> Aduz, ainda, que a boa-fé deve estar presente no início da posse e por todo o lapso de tempo, sendo que o possuidor com justo título goza de presunção *iuris tantum* a seu favor, tal como assentado no art. 1.202, par. único do Código de 2002 (regra similar a do art. 490 do Código de 1916). Assim, bastará ao possuidor exhibir o justo título em juízo, sendo dispensado de provar sua boa-fé, cabendo o ônus da prova à parte contrária, que deverá provar a má-fé do usucapiente. Estando o usucapiente de boa-fé no início, ela se manterá com esse caráter por todo o período de tempo.

### 3.3.2 Usucapião Especial: Rural e Urbana

O novo Código Civil encampou as modalidades constitucionais de usucapião especial<sup>30</sup>, contempladas nos arts. 183 e 191<sup>31</sup>, que prevêm 5 anos de posse para a usucapião no caso de imóvel rural de até 50 hectares, e, no caso de imóvel urbano, de até 250 metros quadrados, revelando-se aqui, mais uma vez, a intenção de promover os valores fundamentais postos na Carta da República, como a moradia.

As modalidades de usucapião especial estão previstas nos arts. 1.239 e 1.240:

<sup>28</sup> Tepedino, Gustavo. Temas de Direito Civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156.

<sup>29</sup> Viana, ob. Cit., p. 107.

<sup>30</sup> O instituto do usucapião especial já constava nas Cartas anteriores. Assim, destaca Viana que a Constituição de 1934 introduziu tal espécie de usucapião, dispondo sobre ele no art. 125, exigindo para tal ocupação pro labore de área de terras até dez hectares. A Carta de 1937, em seu art. 148, repetiu a regra, da mesma forma ocorrendo com a Constituição de 1946 (art. 156, par. 3º). Já a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1/69 não recepcionaram o usucapião rural, o qual foi previsto na legislação ordinária, qual seja, no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, art. 98). Posteriormente, a Lei nº 6.969/81 admitiu o usucapião de terras devolutas. (ob. Cit., p. 92).

<sup>31</sup> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Parágrafo 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Parágrafo 2º. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Parágrafo 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

<p>Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.</p>	
<p>Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.</p> <p>Parágrafo 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.</p> <p>Parágrafo 2º. O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.</p>	

São, pois, requisitos da usucapião especial rural: a) o usucapiente não ser proprietário de imóvel rural ou urbano; b) posse exercida sobre área de terras não superior a cinqüenta hectares; c) terra particular e localizada em zona rural; d) lapso de tempo de cinco anos ininterruptos e sem oposição; e) o usucapiente deve ter na terra sua moradia e tê-la tornado produtiva por seu trabalho ou de sua família.

A regra do art. 1.239 desempenha função social relevante, visando a atender à política agrícola e fundiária.

Já a usucapião especial urbana tem os seguintes requisitos: a) o usucapiente não pode ser proprietário de imóvel rural ou urbano; b) a área deve ser urbana e poderá ter até duzentos e cinqüenta metros quadrados; c) lapso de tempo de

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 9-45, jul./dez. 2007*

cinco anos ininterruptos e sem oposição; d) utilização do imóvel para moradia do usucapiente e sua família.

Essa modalidade de usucapião tem também um nítido caráter social, instrumentalizando o direito fundamental da moradia.

Refere-se à área urbana, prevalecendo o critério de localização, sendo de competência do Município definir a zona urbana. Destaca Viana<sup>32</sup> que ao lado da zona urbana, há as zonas urbanizáveis e de expansão urbana, que são, também, usucapíveis.

Questão polêmica que o dispositivo em tela acarreta é a possibilidade ou não de reconhecer-se usucapião de edificações, e não somente de terrenos, procedendo-se a uma interpretação além da literal. Impende notar que a usucapião especial urbana tem também previsão no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01, art. 9º)<sup>33</sup>, sendo que a norma da lei especial expressamente abriga a hipótese de usucapião de edificação. Todavia, como lei posterior que é, a norma do novo Código Civil revogaria aquela do Estatuto da Cidade. Como diz Eduardo Kramer, “é lamentável que tal ocorra, pois a redação da Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade – mostrava-se mais adequado e preciso. O detalhe que permitia uma maior precisão ao Estatuto da Cidade em relação à codificação diz respeito à expressão núcleo do usucapião: (a) na legislação civil é utilizada a expressão área ou edificação. A redação do Estatuto da Cidade permite, sem maiores esforços de interpretação, uma ampliação das hipóteses de cabimento do usucapião urbano, sem as restrições que a expressão área acarreta, especialmente em decorrência de decisões judiciais com extremo conservadorismo.”<sup>34</sup>

Em comentários à regra do Código Civil, Aronne afirma, todavia, que “o termo área urbana há de ser compreendido, pelo conteúdo que traduz no sistema jurídico, como o imóvel, seja ele edificado ou não, sob qualquer manto de titularidade (unidade autônoma, multipropriedade, *flat*) e suas acessões.”<sup>35</sup>

Na esteira do posicionamento de Aronne, parece-nos que, apesar de a regra do Código Civil trazer o vocábulo área, é possível e razoável proceder-se a uma interpretação menos literal do texto legal e mais sistemática, entendendo abrangida na regra não só a área mas também a edificação, de modo a alargar a abrangência da norma que vem a instrumentalizar princípios constitucionais,

<sup>32</sup> Viana, ob. Cit., p. 96.

<sup>33</sup> Art. 9º da Lei nº 10.257/01. “Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até 250m2 (duzentos e cinquenta metros quadrados), por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Parágrafo 1º. O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Parágrafo 2º. O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Parágrafo 3º. Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão”.

<sup>34</sup> Kraemer, Eduardo. O Novo Código Civil e a Constituição, org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 224.

<sup>35</sup> Aronne, Ricardo. Código Civil Anotado. Direito das Coisas. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 159.

dando-lhes maior concretude. Nesse sentido, ressalta Tepedino que, no Estado do Rio de Janeiro, verifica-se uma tendência de aplicação do instituto não só a terrenos, mas também a apartamentos.<sup>36</sup>

Esse, aliás, foi o entendimento fixado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado, assentado no Enunciado nº 85:

Enunciado 85 – Art. 1.240: Para efeitos do art. 1.240, *caput*, do novo Código Civil, entende-se por área urbana o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios.

Outra questão polêmica, esta envolvendo as duas modalidades de usucapião especial, diz respeito à *accessio possessionis*, ou seja, a possibilidade do possuidor acrescentar à sua posse a dos seus antecedentes. Ocorre que ambas modalidades ostentam um caráter pessoal, pois, na usucapião urbana, exige-se que o possuidor tenha mantido no imóvel sua moradia e na usucapião rural, que tenha na área fixado sua residência e a tornado produtiva. Assim, não pode o usucapiente aproveitar posse anterior que não tenha essa qualidade.<sup>37</sup> Todavia, o art. 1.243, que permite a *accessio possessionis*, não traz distinções entre as modalidades de usucapião, afirmando Kraemer, no sentido do acima exposto, que “a única forma de compatibilizar a regra genérica do art. 1.243 do nCC é admitir o acréscimo possessório para a generalidade dos usucapiões, com exceção do rural e no urbano com a ressalva referida”<sup>38</sup>. A ressalva a que se refere o autor diz respeito à possibilidade de admissão, para o usucapião urbano, de acréscimo decorrente de sucessão hereditária, condicionada a efetiva dedicação laboral do herdeiro.

<sup>36</sup> O autor transcreve a seguinte ementa de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Ação de usucapião. Unidade imobiliária autônoma vertical. Possibilidade. Inexistência de restrição no art. 183 da CF, não cabendo ao intérprete fazê-la. Reforma da sentença que extinguiu o processo, sem apreciação do mérito”. Em trecho do voto, atesta o Relator: “A sentença apelada extinguiu o processo, sem apreciação do mérito, por entender a sua ilustre prolatora ser juridicamente impossível o pedido formulado na inicial, uma vez que o art. 183 da Constituição Federal não prevê o usucapião de imóvel vertical urbano, o instituto, dada a sua finalidade social, estando restrito a área de terras. Em que pese tal entendimento, o dispositivo constitucional antes mencionado (...) não contém a distinção feita pela nobre julgadora, pelo que não cabe ao intérprete fazê-la”. (TJRJ, Ap. civ. 2000.001.22414, 17ª CC, Rel. Dês. Fabrício Bandeira Filho, julg. 18.4.2001). (ob. Cit., p.155). Tepedino, ob. Cit.,

<sup>37</sup> Nesse sentido, o entendimento de Viana, ob. Cit., pp. 94 e 97, e Kraemer, ob. Cit., p. 224.

<sup>38</sup> Kraemer, ob. Cit., p. 224.

Diz o art. 1.243: “O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecedentes (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e boa-fé.”

O Estatuto da Cidade contém norma expressa autorizando a *accessio possessionis* em caso de sucessão. “Art. 9º, par. 3º: Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão”.

### 3.3.3 Desapropriação Judicial por Posse-Trabalho

O art. 1.228, parágrafo 4º traz uma inovação no direito pátrio, introduzindo uma forma diferente de expropriação do proprietário em prol dos possuidores que, coletivamente, desenvolvem atividade laborativa na área. Esta a redação do dispositivo:

<p>Art. 1.228 - ... Parágrafo 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.</p>	
<p>Parágrafo 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”</p>	

Comentando tal dispositivo, Zavascki pondera que há de ser paga uma indenização ao proprietário da área e que tal indenização deve ser arcada pelos possuidores. Não é possível impor tal ônus ao Poder Público, que sequer será parte na demanda. O novo instituto mais se assemelha à usucapião (pois exige posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos), com a diferença de que os possuidores ficam sujeitos a pagar um preço pela aquisição da propriedade. Conclui, portanto, Zavascki, que se trata de espécie de usucapião onerosa.<sup>39</sup>

Enfatiza Zavascki que o par. 4º do art. 1.228 do novo Código Civil, em verdade, soluciona o fenômeno de colisão entre o princípio do direito de propriedade (o qual inclui o direito de reivindicar a coisa e de usar os interditos possessórios para havê-la de quem injustamente a possui) e o princípio da função social da propriedade (que, na espécie, é considerado atendido, pela forma como os possuidores estão utilizando o bem). Efetuando a ponderação entre os dois princípios, o novo Código optou por dar prevalência ao princípio da função social.

<sup>39</sup> Zavascki, ob. Cit., p. 853.

Todavia, outros autores, como Miguel Reale, entendem tratar-se o novo instituto de modalidade de desapropriação judicial. Reale enfatiza sua inspiração no sentido social do direito de propriedade, acentuando que estaria sendo criado um novo conceito de posse, que se poderia qualificar de “posse-trabalho”. “Esse conceito fundante de ‘posse-trabalho’ justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição”.<sup>40</sup>

Para Reale, a norma em comento introduziria uma nova forma de desapropriação, sendo conferido ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório.

No mesmo sentido, entende Maria Helena Diniz, invocando o conceito de posse-trabalho:

Trata-se, como nos ensina Miguel Reale, de uma inovação substancial do Código Civil, fundada na função social da propriedade, que dá proteção especial à *posse-trabalho*, isto é, à posse traduzida em trabalho criador, quer se concretize na construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Essa posse qualificada é enriquecida pelo valor laborativo, pela realização de obras ou serviços produtivos e pela construção de uma residência.<sup>41</sup>

Destaca a autora citada a finalidade social da norma, como se observa nesse trecho:

Deveras, o que se poderia fazer nas reivindicatórias dos proprietários contra os que de boa fé possuíram áreas extensas loteando-as, nelas instalando sua residência ou empresa ou nelas investindo economicamente? Poder-se-ia destruir suas vidas e uma economia familiar? O proprietário, vencedor da demanda, não receberá de volta o bem de raiz, mas sim o justo preço do imóvel, sem nele computar o valor das benfeitorias, por serem produto do trabalho alheio. Justifica-se dada a relevância dos interesses sociais em jogo, que a restituição da coisa seja convertida pelo órgão judicante em justa indenização. De modo que o proprietário reivindicante, em vez de reaver a coisa, diante do interesse social, receberá, em dinheiro, o seu justo valor. Pago o preço, a sentença valerá como título para a transcrição do imóvel. Hipótese em que se dá ao Poder judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos.<sup>42</sup>

No sentido de que o pagamento da indenização deve ser feito pelos possuidores adquirentes da propriedade orientou-se a Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado, assentado no Enunciado nº 84:

<sup>40</sup> Reale, Miguel. Apud Teori Zavascki, ob. Cit., p. 851.

<sup>41</sup> Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil, 17ª ed.. Saraiva, p. 217.

<sup>42</sup> Idem, ibidem.

Enunciado 84 – Art. 1.228: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, par. 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser argüida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

Assim, no caso de uma ação reivindicatória proposta pelo proprietário, os ocupantes poderão alegar tal desapropriação como matéria de defesa, desde que paguem uma justa indenização ao reivindicante (§ 5º). Portanto, a indenização não deverá ser paga pelo Estado, pela natureza privada da inovação.

Embora haja divergências doutrinárias, o Conselho da Justiça Federal assentou, também, através do Enunciado nº 82, que “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos par. 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”. Consignou, também, que não deve ser aplicada às ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público (enunciado nº 83).

É de assinalar-se que a hipótese tratada nos par. 4º e 5º do art. 1.228 é semelhante àquela em que ocorre o apossamento do imóvel pelo Poder Público, sem que haja processo legal de desapropriação, ou seja, quando ocorrente a denominada desapropriação indireta. Neste caso, o proprietário também não tem direito a reivindicar a coisa, cabendo-lhe, tão-somente, direito à indenização.<sup>43</sup>

Essa norma do par. 4º do art. 1.228 do novel Código, todavia, não é pioneira dentro do ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, antes da edição do novo Código Civil, o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001 – já previa a hipótese de usucapião urbana coletiva, dispondo acerca da matéria em seu art. 10. Esta a redação da regra:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

<sup>43</sup> De acordo com José Carlos de Moraes Salles, “chamam-na, também, desapossamento ou apossamento administrativo, pelo simples fato de que o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular, sem consentimento de seu proprietário. Transfere, pois, a este último os ônus da desapropriação, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização a que faz jus. Invertem-se, pois, as posições: o expropriante, que deveria ser autor da ação expropriatória, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa a ser autor da indenizatória”. In *Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 2ª ed. São Paulo: RT, 1992, p. 708.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Como se vê, os pressupostos da usucapião especial urbana coletiva prevista no Estatuto da Cidade são muito semelhantes àqueles exigidos pelo Código Civil em seu art. 1228, par. 4º; apenas que (a) no primeiro caso, a situação fática restringe-se à posse de áreas urbanas e para fins exclusivos de moradia, restrições que não constam do novo Código e (b) no Estatuto da Cidade não há previsão de qualquer indenização ao proprietário do imóvel, ao passo que no novel Código há.

Assim, vislumbra-se a existência de um conflito de normas, que ocorrerá quando o suporte fático, na espécie, enquadrar-se na moldura das duas normas (posse ininterrupta, de boa-fé, por mais de cinco anos, de elevado número de pessoas, de área de mais de 250m<sup>2</sup>, urbana, utilizada para fins de moradia), a desafiar o intérprete, especialmente o Juiz, a quem caberá a resolução do conflito, decidir pela incidência e aplicação de uma ou outra, cuja diferença fundamental está na previsão de indenização ao proprietário no Estatuto da Cidade e ausência desta no Código Civil. Parece-nos que, nesses casos, deve prevalecer a norma do Estatuto da Cidade, pois, numa interpretação à luz das normas constitucionais, é ela que melhor concretiza os princípios da solidariedade, da função social da propriedade e do direito à moradia.

### **3.4 Perda da Propriedade**

O art. 1.276 do novo Código traz algumas inovações em relação à correspondente regra do anterior. Veja-se as normas, comparativamente:

<p>Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que não se encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.</p> <p>Par. 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.</p> <p>Par. 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.</p>	<p>Art. 589 - ...</p> <p>Par. 2º O imóvel abandonado arrecadar-se-á como bem vago e passará ao domínio do Estado, do Território ou do Distrito Federal se se achar nas respectivas circunscrições:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) 10 (dez) anos depois, quando se tratar de imóvel localizado em zona urbana;</li> <li>b) 3 (três) anos depois, quando se tratar de imóvel localizado em zona rural.</li> </ol>
--	--

A estrutura básica do instituto do abandono é mantida inalterada pelo novo Código, ou seja, de acordo com o art. 1.276, se o proprietário abandonar o imóvel urbano, não demonstrando intenção de conservá-lo, e não houver posse de outrem, poderá o bem ser arrecadado pelo Poder Público. Houve, contudo, algumas alterações introduzidas pelo dispositivo.

Primeiro, destaca-se a alteração no tocante ao prazo para declaração de vacância por abandono, que passa a ser de três anos, independentemente se o imóvel é urbano ou rural.

Depois, a destinação dada aos imóveis foi modificada: no regime do Código anterior, tanto os bens urbanos quanto os rurais eram arrecadados pelos Estados ou pelo Distrito Federal. Agora, os imóveis urbanos serão destinados aos Municípios ou ao Distrito Federal, e os imóveis rurais tornar-se-ão propriedade da União. Tal modificação guarda congruência com os ditames da Constituição Federal, na medida em que aos Municípios cabe o desenvolvimento das políticas urbanas, podendo valer-se, pois, dos imóveis arrecadados para concretizá-las. Da mesma forma, incumbindo à União a promoção da reforma agrária, poderá utilizar-se dos imóveis rurais arrecadados para promover assentamentos.

Outra modificação importante é a introduzida pelo par. 2º do art. 1.276, segundo o qual, o abandono gozará de presunção absoluta quando, cessados os atos de posse, o proprietário não satisfizer os tributos respectivos. Portanto, o

Código não admite que a propriedade seja mantida sem a correspondente contraprestação pecuniária.

### 3.5 Construção que Invade Terreno Alheio

O novo Código Civil traz também inovações com relação à construção que invade terreno alheio.

Veja-se o artigo 1.258:

Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

O dispositivo, que trata de construção que invade solo alheio, inova em relação ao anterior Código. Anota Viana que “no estudo do art. 547 do Código Civil de 1916 Sílvio Rodrigues lembrava que não raro uma construção avançava pequena fração do terreno alheio. O construtor estava de boa-fé, mas mesmo assim o dono do terreno adquiria a propriedade, por força do princípio de que o acessório segue o principal. O proprietário estava autorizado até mesmo a exigir a demolição da obra, o que às vezes colide com o interesse econômico da sociedade”.<sup>44</sup>

Vê-se, portanto, que, mais uma vez, o novo Código deu prevalência à função social da propriedade em detrimento do direito, antes ilimitado, de propriedade.

São, pois, estes os requisitos elencados no *caput* do art. 1.258 para que o construtor de boa-fé adquira parte do solo invadido: a) a construção deve ter sido feita em solo próprio, mas houve invasão de parte do solo alheio; b) essa invasão do solo alheio não pode ser superior à vigésima parte deste; c) o construtor deve estar de boa-fé; d) o valor da construção deve exceder o da parte invadida; e) o

<sup>44</sup> Viana, ob. Cit., p. 161.

construtor deverá indenizar o dono do terreno invadido, pagando-lhe o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

No tocante à indenização devida em razão da desvalorização da área remanescente, a situação fática pode, muitas vezes, revestir-se de contornos complexos. É que há casos em a invasão acarreta a inibição da utilização do remanescente, quando a parte restante tem dimensão inferior àquela permitida pela legislação como área mínima para lotes. Por isso, pondera Viana: “pensamos que se deva examinar cada caso concreto para sabermos se a área remanescente admite utilização pelo proprietário, considerando a legislação respectiva. Se for possível é intuitivo que a indenização do remanescente terá em conta a perda da área que poderia ser construída no lote antes da invasão, e a metragem admitida após a ocorrência desse fato, ou seja, o aproveitamento do espaço. E vamos um pouco mais longe: se o lote não mais admitir utilização pelo dono, porque suas dimensões estão fora das exigências impostas pela legislação respectiva, a indenização deve ser cabal”.<sup>45</sup>

Já o parágrafo único do art. 1.258 trata da invasão procedida com má-fé. Em razão da ausência de boa-fé do construtor, as exigências para que seja adquirida a propriedade do solo invadido são mais severas do que aquelas previstas no *caput* do dispositivo.

Nessa senda, são estes os requisitos elencados na norma: a) construção feita em solo próprio que parcialmente invade solo alheio; b) a área invadida não pode ultrapassar a vigésima parte do solo alheio; c) o valor da construção deve exceder consideravelmente àquele que se atribui à área invadida; d) o invasor deverá pagar em décuplo o valor das perdas e danos previstos no e) a impossibilidade de demolição da porção invasora sem grave prejuízo para a construção.

Visualiza-se, portanto, um maior rigorismo nos requisitos exigidos pela norma para que o invasor de má-fé adquira a propriedade da parte do solo invadido, especialmente (a) no que se refere ao valor da construção, que deve ser muito superior ao da área invadida (ao passo que, na hipótese de estar o construtor de boa-fé, basta que este valor seja superior); (b) no tocante ao valor da indenização, bastante elevado, contendo caráter inibidor da prática; (c) a impossibilidade de demolição da parte invasora sem que haja grande prejuízo para a construção, pois, do contrário, sendo possível tal demolição, o construtor invasor perde o que edificou. Esta última solução difere daquela adotada no art. 1.259, que prevê invasão de solo alheio que exceda a vigésima parte: nesta hipótese, estando o construtor de má-fé, será obrigado a demolir a obra, conforme adiante será analisado.

---

<sup>45</sup> Viana, ob. Cit., p. 163.

<p>Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.</p>	
--	--

O dispositivo contempla hipótese de invasão de terreno alheio por construção que excede à vigésima parte dele, trazendo soluções distintas para os casos em que o construtor está de boa-fé ou de má-fé.

Estando de boa-fé, o construtor tem a possibilidade de adquirir a propriedade da parte invadida, desde que pague a devida indenização, que abrangerá: a) o valor que a invasão acrescer à construção; b) o valor da área perdida; c) o valor da desvalorização da área remanescente.

Se de má-fé o construtor, a solução é diversa: não gozará ele de qualquer benefício, sendo obrigado a demolir o que construiu e arcar com perdas e danos, a serem apurados, que serão pagos em dobro. Segundo Viana, “uma vez mais percebe-se que a Lei pretende atuar com caráter preventivo, estabelecendo sanção pesada, o que é elemento inibidor da invasão”.<sup>46</sup>

### 3.6 Uso Anormal da Propriedade

Assim dispõe o Código:

<p>Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.</p>	<p>Art. 554 – O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.</p>
--	--

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

<sup>46</sup>Viana, ob. Cit., p. 166.

<p>Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.</p>	
<p>Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.</p>	

As regras tratam do uso anormal da propriedade. De acordo com Fachin, “o mau uso da propriedade é aquele que excede a esfera de direitos do possuidor ou proprietário, vindo a prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos habitantes vizinhos. A utilização nociva da titularidade pode realizar-se por meio de atos abusivos, praticados pelo proprietário culposamente, e até mesmo de atos levados a efeito com finalidade legítima. (...). Consoante se denota, o critério de verificação é eminentemente objetivo, descabendo alegação de erro ou ignorância. É o fato, por si só, condição necessária e suficiente para dar ensejo à verificação do direito subjetivo de vizinhança apto a implicar a cessação de interferência. Afasta-se, pois, uma verificação dos motivos ou razões para esse feito, qual seja, o de constatação quanto à existência da situação jurídica respectiva”.<sup>47</sup>

Destaca Tepedino que o Código Civil de 2002, incorporando os critérios desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, adota o sistema de solução de conflitos de vizinhança com base na técnica da cláusula geral, que, por apresentar baixa concretude, confere larga margem de discricionariedade aos magistrados em sua aplicação. Todavia, no decorrer do tempo, a jurisprudência fixou critérios para definição do uso anormal da propriedade, sendo o sistema absorvido pelo novo Código. Assim, “considera-se uso anormal aquele que supera o limite de tolerância razoável para o caso concreto, considerando-se a região, a destinação econômica do bairro, as peculiaridades capazes de definir um *standard* de conduta tolerável para a vizinhança”.<sup>48</sup>

De acordo com os artigos citados, sendo o uso da propriedade anormal, deverá ser distinguida a situação relativamente à existência ou não de interesse público no uso em questão. Se não houver interesse público, o Juiz mandará cessar a imissão indevida, considerada intolerável, a teor do art. 1.277. Ao contrário, se estiver presente o interesse público, como ocorre freqüentemente em zonas

<sup>47</sup> Fachin, Luiz Edson. Comentários ao Código Civil, vol. 15. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 2-3.

<sup>48</sup> Tepedino, ob. Cit., p. 164.

industriais, as imissões serão mantidas, mas o vizinho será cabalmente indenizado pelo prejuízo causado, consoante disposto no art. 1.278. Ainda, quando há possibilidade de se preservar a atividade, desde que estabelecidos mecanismos de diminuição das repercussões da atividade nociva, o Juiz poderá determinar obrigações de fazer para o vizinho incômodo, fazendo com que o uso se torne tolerável. É a solução dada pelo art. 1.279.

### 3.6.1 Servidão de Janela

O art. 1.302 do Código inova na matéria relativa à construção de janelas e outras aberturas pelo vizinho, em desrespeito à distância legal permitida. Esta a redação do dispositivo:

<p>Art. 1.302. O proprietário pode, no lapso de ano e dia após a conclusão da obra, exigir que se desfaça janela, sacada, terraço ou goteira sobre o seu prédio; escoado o prazo, não poderá, por sua vez, edificar sem atender ao disposto no artigo antecedente<sup>49</sup>, nem impedir, ou dificultar, o escoamento das águas da goteira, com prejuízo para o prédio vizinho.</p> <p>Parágrafo único. Em se tratando de vãos, ou aberturas para luz, seja qual for a quantidade, altura e disposição, o vizinho poderá, a todo tempo, levantar a sua edificação, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade.</p>	<p>Art. 573 - ...</p> <p>Par. 2º - Os vãos, ou aberturas para luz não prescrevem contra o vizinho, que, a todo tempo, levantará, querendo, a sua casa, ou contramuro, ainda que lhes vede a claridade.</p> <p>Art. 576 – O proprietário que anuir em janela, sacada, terraço, ou goteira sobre o seu prédio, só até o lapso de ano e dia após a conclusão da obra poderá exigir que se desfaça.</p>
---	---

O dispositivo do novo Código introduz uma novidade: cria a servidão de janela, pois o vizinho que deixar escoar o prazo de ano e dia sem intentar ação de demolição, terá de respeitar a abertura. Nas palavras de Tepedino: “Diante do novo preceito, o vizinho prejudicado que deixou de tomar as providências para paralisar a construção de janela a menos de metro de meio ou demoli-la, no prazo de ano e dia contado da conclusão da obra, não poderá fechar a janela ali aberta, *tout court*, levantando um contramuro. Embora prejudicado, terá que respeitar a distância legal de metro e meio. Ou seja, criou-se, agora, a servidão de janela pela inoperância do vizinho no exercício da ação demolitória”.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Art. 1.301 – É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho.

<sup>50</sup> Tepedino, ob. Cit., p. 163.

Há exceção a esta regra geral para as hipóteses que envolvem vãos ou aberturas para luz, seja qual for a quantidade, altura ou disposição. Nestes casos, o vizinho não sofre qualquer restrição, podendo, a qualquer tempo, levantar sua edificação ou contramuro, mesmo que isso vede a claridade. Neste ponto, o novel Código segue a orientação do anterior.

### 3.7 Condomínio

O Código de 2002 passou a regular o condomínio, antes regido pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Anota Tepedino que a Lei nº 4.591/64 regulava muito bem o condomínio e foi sob sua égide que novas figuras imobiliárias floresceram no país, tais como *shopping centers*, *apart-hotéis*, prédios residenciais, comerciais, dentre outros.

A regulamentação posta no novo Código trouxe algumas dificuldades, como, por exemplo, a norma do art. 1.334, que não inclui dentre as cláusulas obrigatórias da convenção aquela que disponha sobre o fundo de reserva. Veja-se a redação do dispositivo:

<p>Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:</p> <p>I – a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;</p> <p>II – sua forma de administração;</p> <p>III – a competência das assembléias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;</p> <p>IV – as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;</p> <p>V – o regimento interno.</p> <p>Par. 1º - A convenção poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular.</p> <p>Par. 2º - São equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas.</p>	
---	--

Comentando a regra, diz Tepedino: “Essa é uma questão que, na prática, propicia desavenças, porque, sem previsão legal, o condômino pode se rebelar contra o fundo de reserva. Tal previsão, contudo, por vezes mostra-se essencial para

a manutenção do patrimônio econômico dos condôminos. Nos novos condomínios, se não houver previsão de fundo de reserva, a assembléia tem competência para deliberar, constituindo-o. Evidentemente, não se pode aceitar a imposição de fundo de reserva abusivo. Este deve ser compatível com o patrimônio imobiliário. A admissão de sua constituição pela Assembléia evitará a deterioração de grande parte do acervo imobiliário”.<sup>51</sup>

Outra inovação do Código diz respeito à exigência de quitação do condomínio para que o condômino possa exercer o direito de voto na assembléia, prevista no inciso III do art. 1.335:

<p>Art. 1.335. São direitos do condômino:  I – usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;  II – usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;  III – votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite.</p>	
---	--

Trata-se de uma restrição ao direito de propriedade e, por isso mesmo, segundo Tepedino, a norma deve ser interpretada razoavelmente: “A proibição de votar, pura e simplesmente por não estar em dia com o condomínio, mostra-se drástica em detrimento da propriedade, sendo certo que o inadimplente pode ter tido motivos razoáveis para o não pagamento, encontrando-se por vezes em desavença quanto ao valor do débito. Todavia, a norma atende à função social do condomínio, mostrando-se útil e constitucional, desde que lhe seja dada uma interpretação razoável, de modo a alcançar somente as deliberações concernentes à manutenção do imóvel e às benfeitorias. Já a vedação do direito de deliberar quanto à alienação de parte comum ou à extinção do condomínio é de constitucionalidade duvidosa”.<sup>52</sup>

O novo Código alterou, também, a multa devida pelo condômino inadimplente, dispondo sobre a matéria no art. 1.336, par. 1º:

<p>Art. 1.336. ...  Parágrafo 1º - O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.</p>	
---	--

<sup>51</sup> Tepedino, ob. Cit., p. 165.

<sup>52</sup> Tepedino, p. 165.

Na sistemática da Lei nº 4.591/64, o condômino inadimplente sujeitava-se ao pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) sobre o débito (art. 12, par. 3º). Pondera a doutrina que a inovação do Código, reduzindo sensivelmente o valor da multa não é salutar, porquanto acaba por estimular o inadimplemento das cotas condominiais, prejudicando os condôminos adimplentes, que devem suprir a falta de pagamento dos faltosos.

Por fim, quanto ao condomínio, o Código Civil de 2002 introduziu um sistema progressivo de sanções para o condômino que descumpre seus deveres, que não aqueles relativos ao pagamento das contribuições mensais. Trata-se do art. 1.337:

Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.

A norma trata de descumprimentos de deveres atribuídos ao condômino, que podem estar previstos no Código Civil, na Convenção de Condomínio ou no Regimento Interno. Antes de ser compelido ao pagamento da multa, o condômino faltoso deve ser advertido repetidas vezes a respeito de seu comportamento inadequado, dando-se-lhe a chance de modificá-lo. Exemplos de infrações perpetradas por condôminos são referidos por Viana: “comunheiro que reiteradamente ocupa escadas ou corredores de uso comum com móveis ou outros objetos; o que guarda material inflamável no cômodo de que dispõe na garagem do edifício; ou aquele que não respeita os limites de ocupação que lhe é assegurado na garagem, e acaba por avançar em área de manobra, trazendo problemas para os demais usuários da garagem, porque ele não permite que os outros saiam com comodidade(...)”.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Viana, ob. Cit., p. 459.

O parágrafo único do art. 1.337 prevê que o condômino apresente comportamento anti-social, ou seja, aquele que “deve repercutir na vida da comunidade, gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores”.<sup>54</sup>

## 4 OUTROS DIREITOS REAIS: PRINCIPAIS INOVAÇÕES

### 4.1 Superfície

Assim dispõe o Código Civil de 2002:

<p>Art. 1.369. O proprietário pode conceder o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.</p> <p>Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.</p>	
---	--

Antes de conceituar o direito de superfície, impende delimitar o alcance do termo. Na linguagem coloquial, superfície é a camada mais superficial do solo. Todavia, no sentido jurídico tradicional, superfície é tudo o que está acima do solo, que aflora deste.

Segundo Viana, o direito de superfície “é direito real que assegura ao superficiário ter coisa própria incorporada em terreno alheio, ou seja, do fundeiro. O que se assegura pelo direito de superfície é o direito de construir ou manter uma construção em terreno alheio, ou plantar, ou manter a plantação, também em terreno alheio. O objeto da concessão é o direito de implantar em solo do proprietário. Superfície não deve ser entendido no sentido geométrico, mas como aquilo que sobre o solo se fez”.<sup>55</sup>

Trata-se de um instituto jurídico antigo, já conhecido em Roma e que também já vigorara no direito pátrio, sendo depois relegado.

Com efeito. O direito romano conheceu o instituto da superfície, admitido apenas para edificações e com caráter obrigacional.

Posteriormente, os glosadores ampliaram o instituto, fazendo com que abrangesse não só edificações, como concebido pelo direito romano, mas também plantações, surgindo a doutrina da separação da propriedade do solo da propriedade superficiária, que teve como finalidade amenizar o princípio superficies solo

<sup>54</sup> Viana, ob. Cit., p. 462.

<sup>55</sup> Viana, ob. Cit., p. 549.

cedit, quer dizer, o princípio segundo o qual tudo aquilo que é acrescido ao solo passa a integrá-lo e pertence ao dono do mesmo.

A Revolução Francesa de 1789 eliminou o instituto da superfície do ordenamento jurídico francês, mas este persistiu de forma consuetudinária.

No Direito moderno, o Código Napoleônico não adotou o instituto; entretanto vários outros diplomas legais de países diversos abrigaram-no, como por exemplo: Áustria (1811), Bélgica (1824), Holanda (1884), Alemanha (1896), Suíça (1907), União Soviética (1922), Itália (1942) e Portugal (1966).

No Brasil, durante o período da colonização portuguesa, vigeu o direito de superfície e mesmo após a Independência política, em 1822, por meio de um decreto do Imperador D. Pedro I, a legislação de Portugal continuou vigente. A superfície foi extinta tacitamente no Direito positivo brasileiro através de Lei do ano de 1864, já que esta lei não a elencara entre os direitos reais expressamente admitidos. O Código Civil de 1916 não a reintroduziu no Direito Brasileiro. O instituto voltou ao direito pátrio através do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e do novo Código Civil.<sup>56</sup>

Há que se destacar, entretanto, que, em 1967, foi editado o Decreto-lei nº 271, o qual instituiu um direito real resolúvel, a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, de forma remunerada ou graciosa, por tempo certo ou indeterminado, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social, materializado por instrumento público ou particular, ou ainda por termo administrativo registrado em cartório e transmissíveis por ato inter vivos ou *causa mortis*.

Interpretando a nova legislação, parte da doutrina, na época, entendeu que se tratava do reingresso do direito de superfície no ordenamento brasileiro, pois essa concessão nada mais era do que uma superfície. Outros autores, porém, firmaram posicionamento diverso. Maria Helena Diniz diz que o direito real relativo à concessão de uso de superfície é bastante semelhante ao direito de superfície. A prof. Rosane Abreu Gonzales Pinto entende que são institutos distintos, mas ressalta que Miguel Reale sustenta que esta concessão de uso de certa forma restabeleceu o instituto da superfície. Contudo, apesar das semelhanças, trata-se de institutos distintos, como afirmado por Ricardo Lira:

... os princípios gerais conduzem necessariamente a esta conclusão. Basta considerar que não pode ocorrer na espécie tratada, a suspensão do princípio *superficies solo cedit*, não se verifica o amortecimento do princípio da acessão. Ainda que se pudesse admitir que, no caso, se criaria uma propriedade separada do concessionário relativamente ao *quid novum* incorporado ao solo, não se teria uma propriedade separada superficiária.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Histórico do direito de superfície conforme textos de Azevedo, Adriano Barcelos de. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 622, 22 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6479>. Acesso em 14 jul. 2006. Baptista, Bruno de Albuquerque. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>.

<sup>57</sup> Conforme Azevedo, Adriano Barcelos de. O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 622, 22 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6479>. Acesso em 14 jul. 2006.

Impende destacar que o direito de superfície traz uma mitigação ao princípio da acessão (*superficies solo cedit*), segundo o qual a superfície acede ao solo. Em razão de tal princípio, tudo que era plantado ou edificado no solo passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo. Era a regra no direito romano, tudo quanto fosse acrescido ao solo a ele se agregava e ao dono do solo pertencia, pois o solo é considerado coisa principal, a que aderem as coisas acessórias.

É de ressaltar-se que o referido instituto já fora reincorporado ao direito pátrio antes da edição do novel Código Civil. Com efeito, o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/ 2001 – já previa o direito de superfície, contudo, o instituto não era ainda elencado no rol *numerus clausus* dos direitos reais. A superfície foi elevada a direito real com sua inclusão no rol dos direitos reais pelo novo Código Civil.

Em sendo assim, vislumbra-se possa haver conflito de normas acerca da matéria. Segundo Silvio de Salvo Venosa “é de se perguntar se, no conflito de normas, o novo código, como lei posterior, derrogará os princípios do estatuto”.<sup>58</sup> pois, como se sabe, o Estatuto da Cidade entrou em vigor anteriormente ao novo Código Civil. Entretanto, o mesmo autor citado, em prosseguimento, acentua:

...se levar-mos em conta que o Estatuto da Cidade instituiu um microsistema, tal como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato, portanto, sob esta óptica, o Estatuto vigorará sobranceiro, em princípio, sobre as demais leis, ainda que posteriores.<sup>59</sup>

O mesmo entendimento é externado por Aronne:

As normas ora codificadas, em sede de direito de superfície, não revogam as pertinentes ao mesmo instituto, previstas na Lei nº 10.275/2001 (Estatuto da Cidade). O Estatuto da Cidade regula especificamente as titularidades atinentes à propriedade urbana, preponderando, na solução de antinomias, pelo caráter da especialidade, diante do conteúdo de incidência genérica do Código, não decorrendo necessidade de lançar mão da solução revogadora, inerente ao caráter da temporalidade. No mesmo diapasão, pode ser apreciada a preponderância das normas inseridas no Estatuto da Cidade, vez que este é instrumento da política de desenvolvimento urbano, sendo de ordem pública.<sup>60</sup>

A matéria é polêmica e ainda muito recente; por certo ensejará muitas discussões. A tendência atual, segundo anota Adriano Barcelos de Azevedo, é no sentido de que o Estatuto dirige-se exclusivamente ao caráter urbanístico (situações de Plano Urbano e Plano Diretor, p.ex.), e o Código Civil regulará as relações de caráter privado e, incontestavelmente, aos imóveis rurais.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Venosa, Silvio de Salvo. Ob. cit, p. 82.

<sup>59</sup> Venosa, idem, ibidem.

<sup>60</sup> Aronne, Ricardo. Código Civil Anotado. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 319.

<sup>61</sup> Azevedo, Adriano Barcelos de. O direito real de superfície e o seu reingresso no ordenamento jurídico brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 622, 22 mar. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6479>. Acesso em 14 jul. 2006.

Assim, retorna agora o direito de superfície ao ordenamento pátrio no contexto da valorização da função social da propriedade, pois que o direito real em questão permite o aproveitamento da propriedade que está em desuso por desinteresse do proprietário. Mediante o instituto, é possível promover uma melhor ocupação das áreas, tanto urbanas quanto rurais, contribuindo-se para solucionar problemas de habitação e de política agrária.

#### 4.2 Promessa de Compra e Venda

O novo Código passa a disciplinar a promessa de compra e venda, antes prevista apenas em legislação especial. Dizem os artigos 1.417 e 1.418:

<p>Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.</p>	
<p>Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.</p>	

A promessa de compra e venda é instituto já conhecido no ordenamento pátrio. Tem sua origem no Decreto-lei 58/37, que introduziu a promessa de compra e venda irrevogável, alterando a sistemática então vigente no Código Civil de 1916, cujo art. 1088 permitia o arrependimento. De acordo com o Decreto-lei 58/37, o contrato de promessa de compra e venda levado ao registro imobiliário constituía direito real. Posteriormente, adveio a Lei nº 6.766/79, que passou a regular os imóveis loteados.

Sob a égide tais diplomas legais, assevera Viana que a constituição do direito real era feita pelo registro do contrato de promessa de compra e venda no registro imobiliário, sendo que, fosse o imóvel loteado, a promessa era irrevogável. Para adjudicação, não era exigido o registro, conforme entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça. Em sendo o imóvel não-loteado, em havendo arrependimento, não se constituía direito real.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Viana, ob. Cit., p. 689.

O novo Código estabelece como requisitos para a que a promessa de compra e venda constitua direito real não conter cláusula de arrependimento e estar registrada no Registro de Imóveis. Destaca Viana que se a promessa contém cláusula de arrependimento, não constitui direito real, mas ressalta que isto só é possível em se tratando de imóvel não-loteado, porque no regime dos imóveis loteados há legislação específica tutelando o adquirente, qual seja, a Lei nº 6.766/79, que não permite o arrependimento. Por isso, Viana sustenta que “a constituição de direito real de aquisição, previsto no Código Civil de 2002, envolve somente os imóveis não-loteados. Se o negócio envolver imóvel loteado, a irrevocabilidade decorre da lei”.<sup>63</sup>

O Código de 2002 prevê, também, no art. 1.418, que o promitente comprador, desde que titular de direito real, pode exigir a outorga da escritura definitiva de compra e venda. Todavia, afirma Viana que “em que pese a letra da lei, o que permite exigir o contrato definitivo é a irrevocabilidade da promessa de compra e venda. Se houver cláusula afastando o arrependimento, não se constitui o direito real. Por isso, como fizemos ver no estudo do art. 1.417, é possível que se obtenha o contrato definitivo, que é objeto da promessa de compra e venda, independentemente do registro de compra e venda”.<sup>64</sup>

### 4.3 Enfitese

O Código de 2002 extinguiu o antigo direito real de enfitese, proibindo a constituição de novas enfiteses, ressalvando que aquelas existentes permanecem, até sua extinção, regidas pelo Código de 1916. A regra está inserida nas Disposições Finais e Transitórias, art. 2.038:

Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfitese e subenfiteses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.

Parágrafo 1º- Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso:

I - cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações;

II - constituir subenfitese.

Parágrafo 2º - A enfitese dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial”.

Art. 678. Dá-se a enfitese, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfitentea, ao senhorio direto uma pensão, ou foro anual, certo e invariável.

<sup>63</sup> Viana, ob. Cit., p. 690.

<sup>64</sup> Viana, ob. Cit., p. 696.

Enfiteuse ou aforamento é o instituto civil que permite ao proprietário atribuir a outrem o domínio útil de imóvel, pagando a pessoa que o adquire (enfiteuta) ao senhorio direto uma pensão ou foro, anual, certo e invariável (CC, art. 678). Consiste, pois, na transferência do domínio útil de imóvel público a posse, uso e gozo perpétuos da pessoa que irá utilizá-lo daí por diante<sup>65</sup>.

Além do Código Civil, há outros diplomas legais esparsos – como o Decreto-Lei nº 9760/46 e a Lei nº 9636/98 – que regulam o instituto, apenas no tocante à enfiteuse de bens do domínio da União.

A respeito, assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Este instituto de antiga origem privatista, o aforamento ou enfiteuse pública, tem seus contornos básicos no Código Civil e algumas de suas peculiaridades públicas prescritas no Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, e em outros diplomas administrativos.<sup>66</sup>

O novo Código, como dito antes, não contempla o instituto, mas preserva aquelas enfiteuses que foram constituídas sob a égide do Código Civil de 1916, ressaltando que permanecem reguladas por aquelas normas. Todavia, como se vê do parágrafo 1º, inciso I do art. 2.038, traz uma alteração importante quanto ao regime dessas enfiteuses já constituídas, ao estatuir que o valor do laudêmio seja cobrado somente sobre o terreno, excluídos os valores das construções e plantações.<sup>67</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, denota-se claramente uma mudança de orientação adotada pelo novo Código Civil no que tange à propriedade e outros direitos reais, em consonância com a Carta Federal de 1988, a qual, a seu turno, está impregnada dos valores que passaram a preponderar no final do século passado.

Nessa senda, a nova legislação civil alberga uma diretriz repersonalizante, colocando no centro do sistema a pessoa humana, a quem o patrimônio deve servir. Por isso mesmo, o princípio da função social informa o direito de propriedade, que perde sua legitimidade se divorciado daquela.

Essa despatrimonialização faz-se sentir no conjunto do novel Código, vislumbrando-se nas normas acima destacadas, que, de uma forma ou outra, limitam o direito de propriedade, fazendo com que ele seja exercido de modo a promover a dignidade da pessoa humana.

<sup>65</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., Malheiros Editores, 2000, pp. 480/481

<sup>66</sup> Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Ed. Forense, 2001, p. 343.

<sup>67</sup> Na sistemática do Código Civil de 1916, de acordo com o art. 686, quando se realizasse a transferência do domínio útil, por venda ou doação em pagamento, o senhorio direto, que não usasse do direito de opção, tinha direito de receber do alienante o laudêmio, na base de 2,5% sobre o preço da alienação, se outro não tivesse sido fixado no título do empenhamento.

Com efeito, o fio condutor das alterações perpetradas no Código de 2002 é a repersonalização do direito, ou seja, a prevalência dada à pessoa e à sua dignidade, em detrimento do patrimônio. A valorização do ser e não do ter.

Nessa ótica, a propriedade aparece funcionalizada, sua legitimidade dependendo do cumprimento de sua função social, esfacelando-se a concepção oitocentista de direito absoluto de propriedade.

Assim, informada por estes valores é que deve ser interpretada a nova legislação, que vem a se amoldar aos anseios sociais contemporâneos.

## REFERÊNCIAS

Aronne, Ricardo. *Propriedade e Domínio. Reexame Sistemático das Noções Nucleares de Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Anotado. Direito das Coisas*. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

Fachin, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil, vol. 15*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Kraemer, Eduardo. *O Novo Código Civil e a Constituição, org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed.*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed.*, Malheiros Editores, 2000.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo, 12ª ed.*, Ed. Forense, 2001.

Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol. IV, 9ª ed.*, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Tepedino, Gustavo. *Temas de Direito Civil, tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997,

Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direitos Reais, 6ª ed.* São Paulo: Atlas, 2006.

Viana, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil, vol. XVI. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Zavascki, Teori Albino. *A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil*. In *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Judith Martins-Costa (org). São Paulo: RT, 2002.

---

RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 9-45, jul./dez. 2007



# A LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

Vladimir da Rocha França<sup>1\*</sup>

SUMÁRIO: 1. A idéia de isonomia. 2. Conceito de licitação. 3. Princípios jurídicos da licitação. 4. Considerações finais.

## 1 A IDÉIA DE ISONOMIA

Na ordem constitucional brasileira, tem destaque a isonomia. De certo modo, todo o catálogo dos direitos e garantias fundamentais não teria sentido sem o princípio constitucional da igualdade, consubstanciado no art. 5º, *caput*, e I, da Constituição Federal. Os enunciados normativos citados apresentam a seguinte redação:

“Art. 5º Todos são *iguais perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Nesse preceito crucial do sistema do direito positivo pátrio se observam duas dimensões: a igualdade na lei e a igualdade perante a lei. Uma coisa é o critério empregado pela lei para estabelecer distinções entre os particulares na regulação das interações que se deflagram dentre eles; outra é o direito que o ordenamento jurídico-constitucional lhes assegura à aplicação da lei sem favoritismos ou distinções odiosas aos casos enfrentados pelas autoridades estatais.

Assevera com precisão José Souto Maior BORGES:

“(…) constitucionalmente a igualdade garante a igualdade. O paradoxo é apenas aparente. A igualdade formal garante a igualdade material. Se todos são iguais na aplicação da lei, no sentido de que a lei indiscriminadamente a todos se aplica, mas se o seu conteúdo não abriga a isonomia, há violação da igualdade *material*. Se reversamente a lei isonômica a todos não se aplica, nem todos são iguais perante a lei: iguais serão apenas os beneficiários da sua aplicação, ficando de fora da isonomia os que não o forem. Nessa última hipótese, há violação da igualdade *formal*. Por isso se diz que a igualdade garante a igualdade. Essas normas somente podem ser interpretadas uma em conexão com a outra. Se essa conexão for desconsiderada, abre-se

<sup>1\*</sup> Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da UFRN. Coordenador e Docente Permanente do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

oportunidade à aplicação da igualdade apenas formal (igualdade perante a lei), com prejuízo à igualdade material (igualdade na lei)".<sup>2</sup>

Ao regular das interações sociais, a lei emprega necessariamente critérios para distribuir os benefícios e os ônus que a pessoa, física ou jurídica, terá no convívio na comunidade jurídica. Cautela haverá de se impor ao legislador, uma vez que os elementos distintivos que elegeram deverão guardar compatibilidade com os valores propugnados pela Constituição Federal, além da indispensável subordinação à razoabilidade e às circunstâncias que envolvem os particulares que serão atingidos pela incidência da norma que procurou comunicar à sociedade.<sup>3</sup>

Especialmente quando a matéria envolve a satisfação de interesses públicos que trazem lucro para as pessoas privadas.

É cediço que a administração pública (<sup>4</sup>) não detém todos os elementos humanos e materiais exigidos para a concretização dos direitos fundamentais que dependem da tutela e da ação do Estado, obrigando-a a socorrer-se junto à iniciativa privada. Todavia, a crescente escassez dos recursos públicos diante dos extensos compromissos assumidos pelo Poder Público perante o cidadão, demanda negócios jurídicos que se apresentem efetivamente vantajosos para realização das obras, serviços, compras e alienações que o gestor dos bens da coletividade julga pertinentes para a materialização dos seus misteres.

Também é notório que nem sempre os atos ampliativos das esferas jurídicas das pessoas privadas podem ser expedidos para todos os interessados no conteúdo desses provimentos.<sup>5</sup> A emissão de uma habilitação para um cidadão dirigir não impede a autoridade competente de fazê-la em favor de outro membro da comunidade. O mesmo não pode ser dito para as autorizações que permitem a prestação de serviços de táxi por força do meio ambiente urbano.

Por outro lado, os particulares interessados possuem a legítima pretensão de obter lucro na celebração dos negócios jurídicos que a administração pública precisa celebrar para atender as situações que acabaram de ser descritas. Afinal, fez-se uma opção constitucional pelo capitalismo, ainda que a Lei Maior procure conceder ao Estado um perfil intervencionista, malgrado os *tsunamis* de redação provocados pelas frequentes reformas em seu texto.

<sup>2</sup> Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988, *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, n.º 3, v. 2: 320-1 (grifos no original).

<sup>3</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*.

<sup>4</sup> Administração pública deve aqui ser entendida como o conjunto de órgãos e entes públicos vinculados ao Poder Executivo que detêm a competência de exercer a função administrativa, ou seja, a atividade do Estado que tem por escopo a expedição de normas complementares à lei e sujeitas a controle jurisdicional. Na função administrativa, o titular da competência goza de uma posição privilegiada e superior diante dos particulares em razão do interesse público que deve concretizar. Mas não se olvide que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também desenvolvem tal atividade, ainda que em caráter atípico. Vide arts. 1º a 5º do Decreto-lei n.º 200, de 25.2.1967.

<sup>5</sup> Quanto aos resultados na esfera jurídica dos administrados, os atos administrativos podem ser ampliativos ou restritivos. Naqueles, a administração pública outorga um direito subjetivo ou satisfaz um interesse legítimo do administrado; nestes, há a imposição de uma sanção ou de um dever para o administrado, diminuindo o raio de ação jurídica do destinatário. Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 380.

Naturalmente, isso gera a possibilidade de haver uma competição entre os agentes econômicos privados que se encontram habilitados para fornecer à administração pública o que ela precisa para o interesse público. Se há a possibilidade de haver disputa dentre eles, o princípio da isonomia impõe ao gestor público o dever de tratá-los de modo isonômico, oferecendo-lhes a oportunidade de propor negócios jurídicos que viabilizem a justa composição das tensões entre a demanda da coletividade e o lucro por eles visado.

Nesse diapasão, previu a Lei Maior a *licitação*. Aqui, procuraremos desenvolver algumas reflexões em torno desse instituto, com foco especial nos princípios que devem regê-lo. Como o rol dos princípios jurídicos aplicáveis às licitações não é unânime, procuramos cuidar daqueles cuja existência se encontra razoavelmente pacificada na doutrina brasileira.

## 2 CONCEITO DE LICITAÇÃO

Dirigindo-se ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, o intérprete se depara com o seguinte enunciado:

“Art. 37. (...)

(...)

“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Mais adiante, no *caput* do art. 175, prescreve-se:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Quando se menciona *licitação*, dois sentidos podem ser produzidos pelo intérprete: (i) *princípio jurídico*; e (ii) *processo administrativo*.

### 2.1 Licitação como Princípio Jurídico

Numa primeira acepção, o termo pode ser empregado para designar um princípio jurídico que decorre do cânone da isonomia. Como se sabe, os administrados têm direito subjetivo a um tratamento equitativo e igualitário na atividade administrativa, sendo vedado à administração pública instituir onerar, perseguir ou favorecer indevidamente um ou mais pessoas privadas em detrimento de outras na comunidade jurídica.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 84.

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 47-67, jul./dez. 2007*

Princípio jurídico deve ser entendido como uma norma jurídica que estabelece o dever jurídico de realizar as condutas que se fizerem necessárias para a preservação ou materialização de uma finalidade, um valor ou preferência intersubjetivamente compartilhada.<sup>7</sup> Os princípios jurídicos podem ser indicados de forma expressa no texto normativo ou identificados pelo intérprete a partir da conjugação dos enunciados prescritivos que compõem o suporte lingüístico das normas jurídicas.<sup>8</sup> Mas em ambos os casos, essas normas jurídicas tem o atributo de conceder harmonia, racionalidade e congruência à aplicação do direito às situações da vida em sociedade.

Convém recordar o ensinamento preciso de Eros Roberto GRAU:

“(...) o significado da norma é produzido pelo intérprete. As normas (enquanto disposições, enunciados, textos) nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidas em normas (isto é, quando – através e mediante interpretação – são transformadas em normas). Isso contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete literalmente crie a norma; o intérprete a expressa. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) *préexiste*, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. Vale dizer: a norma encontra-se em , involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete ‘produz’ a norma”.<sup>9</sup>

Ao aplicarmos essas considerações ao instituto em apreço, tomando-se por base o texto constitucional, observa-se que a administração pública *tem o dever jurídico de assegurar a todos os interessados na realização de atos e negócios jurídicos administrativos potencialmente lucrativos, a oportunidade de disputar em igualdade de condições a preferência do Estado, da forma mais vantajosa possível para o interesse público.*

Ainda que não houvesse menção expressa à licitação no texto constitucional, é obrigatória a existência de um procedimento técnico-jurídico de natureza concorrencial que seja hábil para preservar a isonomia entre os agentes econômicos privados nesses atos jurídicos.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Vladimir da Rocha FRANÇA, Anotações à teoria das normas jurídicas, *Revista tributária e de finanças públicas*, n. 60: 19-20. Sobre a matéria, consultar: Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*; e Eros Roberto GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.

<sup>8</sup> Cumpre ressaltar que a norma jurídica não se confunde com texto que serviu de supedâneo para o intérprete do direito.

<sup>9</sup> *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)*, p. 6-7 (grifos no original). Isso não significa dizer, ressalte-se, que o texto normativo seja uma “caixa” da qual o responsável pela aplicação do direito retira uma norma jurídica pronta e acabada para o caso sob sua apreciação. Em verdade, o texto normativo abriga apenas a norma jurídica em estado potencial, já que o seu aperfeiçoamento demanda indiscutivelmente a conjugação dos enunciados legais com a realidade que deve enfrentar. Mas se não houvesse um núcleo mínimo de significação nas palavras empregadas pelo legislador, os textos normativos seriam inteiramente descartáveis. Se a lei diz água, não quer se referir à substância que costumamos denominar ácido sulfúrico.

<sup>10</sup> Adilson Abreu Dallari, *Aspectos jurídicos da licitação*, p. 33.

## 2.2 Licitação como Processo Administrativo

A licitação também pode ser visualizada como uma espécie de processo administrativo de natureza concorrencial, que tem por escopo a seleção de pessoa privada para ser contratada pela administração pública ou beneficiada por ato unilateral de natureza ampliativa, de modo a conciliar a satisfação do interesse público com o princípio da isonomia.<sup>11</sup>

Trata-se de um processo administrativo porque a licitação é composta por uma sucessão encadeada e itinerária de atos jurídicos tendentes a um resultado final e conclusivo que, no caso, é a escolha do particular que será contratado pelo Poder Público ou beneficiado por ato ampliativo. Como envolve a participação dos particulares interessados, essa cadeia de manifestações não é um mero procedimento administrativo.<sup>12</sup>

É um processo administrativo de natureza concorrencial, uma vez que competição tanto é pressuposto para a sua realização como preceito inspirador de sua dinâmica, explica Eros Roberto GRAU.<sup>13</sup> É preciso que se garanta o acesso de todos os agentes econômicos capacitados à licitação, bem como que a licitação possibilite ao seu participante a oportunidade de apresentar uma melhor proposta do que os demais.

Na licitação, procura-se estabelecer um equilíbrio entre os interesse públicos e os interesses privados, como bem leciona Carlos Ari SUNDFELD:

“Os primeiros são implementados na medida em que a licitação enseja acirrada competição entre os possíveis interessados, com a conseqüente obtenção, pelo Poder Público, de melhores preços e condições. Os segundos se vêm atendidos pois, com ela, abre-se para o particular a oportunidade de disputa igualitária com seus concorrentes, na busca de novos mercados”.<sup>14</sup>

Não é diversa a posição de Eros Roberto GRAU:

“(...) não é admissível que, a pretexto de radical entronização do princípio da isonomia, sacrifique-se o interesse público. Nem o inverso é concebível: a entronização do princípio do interesse público em sacrifício da isonomia. Ambos, princípio do interesse público e princípio da isonomia, coexistem, completando-se e se conformando, um ao outro, na base do procedimento licitatório”.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Cf. Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Comentando as licitações públicas*, p. 35-6; e Eros Roberto GRAU, *Licitação...*, p. 14; e Carlos Ari SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo – de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*, p. 15-7. Sobre a importância do processo administrativo para o Estado de Direito, consultar Cármen Lúcia Antunes ROCHA, *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 17/1997.

<sup>12</sup> Há uma tradicional controvérsia de ordem terminológica quanto aos termos “processo” e “procedimento” no âmbito do direito administrativo. Visualizamos o processo administrativo como uma espécie de procedimento administrativo, no qual há a participação dos destinatários do ato final. Cf. Vladimir da Rocha FRANÇA, *Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal*, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 37/2002: 119-20.

<sup>13</sup> *Licitação...*, p. 14-5. Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 445.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 16.

<sup>15</sup> *Licitação...*, p. 15.

A licitação também tem relação com os demais princípios componentes do regime jurídico-administrativo. Afinal, os princípios jurídicos não são comportamentos estanques ou incomunicáveis entre si. Mas sem sombra de dúvida, é na isonomia que esse processo administrativo encontra a sua principal razão de ser.

Em rigor, o processo licitatório será sempre obrigatório para a administração pública. Todavia, a própria Lei Maior prevê em seu art. 37, XXI, que a lei pode estabelecer situações que não sofrerão a incidência do princípio da licitação. Com efeito, há casos em que não há competição que o justifique, ou mesmo eventos nos quais a decisão de licitar deve ficar sujeita aos critérios de conveniência ou oportunidade do gestor público.

Nos termos do art. 22, XXVII, da Lei Maior, prescreve-se que a União tem competência privativa para expedir “normas gerais” sobre licitações para a administração pública de todos os entes federados. Atualmente, a Lei Federal n.º 8.666, de 21.6.1993 cuida dessa matéria.<sup>16</sup>

Como se sabe, a Lei Federal n.º 8.666/1993 foi muito além do que se deve esperar de um veículo introdutor de “normas gerais” – ou mais precisamente, de “normas nacionais” – ao dispor sobre minúcias que deveriam ficar ao alvedrio do legislador estadual, municipal ou distrital.<sup>17</sup> De qualquer forma, há um enunciado desse diploma legal que, de modo inequívoco, preenche o que se espera de uma “norma geral”. É o art. 3º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.<sup>18</sup>

O art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/1993 é crucial para a interpretação e aplicação dos preceitos regentes das licitações.<sup>19</sup> As soluções para os casos enfrentados pela administração pública devem ser compatíveis com os princípios jurídicos ali expressos, sendo imperiosa a invalidação das decisões que lhes contrariem. Além do mais, o gestor público tem igualmente a obrigação de optar pela solução que outorgue maior eficiência e densidade ao princípio jurídico na situação concreta, quando houver espaço para discricionariedade administrativa.

<sup>16</sup> O art. 1º da Lei Federal n.º 8.666/1993 prevê que os seus preceitos têm incidência sobre toda a administração pública. Todavia, as empresas públicas e sociedades de economia, aparentemente, ficarão sob o regime do diploma legal em apreço até a edição da lei especial que regulará suas licitações e contratos administrativos, conforme o art. 22, XXVII, da Lei Maior. Também merece registro que as licitações para as concessões de serviços públicos e para as parcerias público-privadas, embora disciplinadas em diplomas específicos (a Lei Federal n.º 8.987, de 13.2.1995 e a Lei Federal n.º 11.079, de 30.12.2004), eles não afastam a aplicação subsidiária das normas veiculadas pelo estatuto federal das licitações.

<sup>17</sup> Cf. Carlos Ayres BRITTO, *O perfil constitucional da licitação*; Adilson Abreu DALLARI, *op. cit.*, p. 20-4; Eros Roberto GRAU, *Licitação...*, p. 9-13; Carlos Ari SUNDFELD, *op. cit.*, p. 28-34.

<sup>18</sup> Esses princípios também são aplicáveis às licitações disciplinadas em diplomas específicos. Vide: art. 14 da Lei Federal n.º 8.987/1995; e art. 12, *caput*, da Lei Federal n.º 11.079/2004.

<sup>19</sup> Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 48.

Com lastro nesse dispositivo legal (sem prejuízo às referências pertinentes aos demais artigos da Lei Federal n.º 8.666/1993), procuraremos agora a identificar e expor os princípios jurídicos que deverão ser observados no desenvolvimento das licitações.

### 3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO

#### 3.1 Princípios Jurídicos Aplicáveis às Licitações

Com base no art. 3º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993, podemos identificar como princípios jurídicos que são aplicáveis às licitações: (i) legalidade; (ii) impessoalidade; (iii) moralidade; (iv) igualdade; (v) publicidade; (vi) proibidade administrativa; (vii) vinculação ao instrumento convocatório; e (viii) julgamento objetivo.

Boa parte desses preceitos já se encontra consubstanciada no art. 37 da Constituição Federal. Outros, por sua vez, são normas específicas de processo concorrential, tal como a licitação.

Cumpra ressaltar que o enunciado normativo não estabelece um rol exaustivo dos princípios jurídicos que devem incidir nas licitações. Basta observar a expressão “dos que lhe são correlatos”, constante do final desse dispositivo.

Caso não haja a observância aos ditames desses preceitos relevantes, a validade <sup>(20)</sup> do processo de licitação fica comprometida, tornando-o vulnerável à sua desconstituição por razões de juridicidade pela autoridade administrativa ou judicial competente.<sup>21</sup> Não é outra a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.<sup>22</sup>

Por conseguinte, havendo a quebra de princípio jurídico no desenvolvimento de uma licitação, ficam decisivamente comprometidos os valores que se quer proteger com o preceito esculpido no art. 37, XXI, da Lei Maior. Mas não deve olvidar que a extinção do processo administrativo pode ser total ou parcial,

<sup>20</sup> O processo administrativo será válido quando todas as suas fases se transcorreram de acordo com os cânones de juridicidade fixados pelo ordenamento jurídico. Existindo algum vício de validade, o processo fica passível de invalidação judicial ou administrativa. Vide arts. 5º, XXXV, e 74, da Constituição Federal.

<sup>21</sup> Sobre o controle de juridicidade dos atos administrativos, consultar Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*.

<sup>22</sup> *Curso...*, p. 772.

consoante o momento em que se avizinhou o vício de validade identificado pelo órgão responsável pelo controle de sua juridicidade.

Também é oportuno ponderar que o princípio jurídico deve ser compreendido e aplicado sem a perda da harmonia e coerência do sistema do direito positivo. Recorde-se que os princípios jurídicos podem entrar em colisão, demandando a calibração de sua incidência por meio do princípio da proporcionalidade.

### 3.2 Princípio da Legalidade

Consoante o enunciado do art. 5º, II, da Constituição Federal <sup>(23)</sup>, a criação de direitos e deveres pelo cidadão deve ser feita mediante lei. Numa interpretação sistemática do sistema constitucional pátrio, observa-se que somente os instrumentos normativos previstos no seu art. 59 <sup>(24)</sup> devem ser empregados para esse jaez. Ademais, nota-se também que, por força de seu art. 48, a lei complementar e a lei ordinária devem ser exclusiva ou preferencialmente utilizados nessa matéria. <sup>25</sup>

Cumprе ressaltar que o princípio da legalidade determina que a atividade administrativa deverá se subordinar aos parâmetros de ação fixados pela lei. Enquanto o particular tem a liberdade de fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração pública somente tem a permissão de fazer aquilo que a lei lhe autoriza. <sup>26</sup>

Todavia, a legalidade não cuida apenas da submissão da administração pública aos preceitos veiculados pelos instrumentos normativos previstos no art. 59 da Constituição Federal. De nada adiantaria a obediência à lei se não houvesse respeito às normas constitucionais, base fundamental de toda a atividade estatal. Daí a atualidade do art. 2º, parágrafo único, I, da Lei Federal n.º 9.784, de 27.1.1999, quando determina que o gestor público deve atuar conforme a lei e o “Direito”. <sup>27</sup>

Ademais, a legalidade impõe à administração pública o respeito aos atos normativos que ela própria expede. Além de não haver a revogação por desuso

<sup>23</sup> “Art. 5º. (...) (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>24</sup> “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I – emendas à Constituição;  
II – leis complementares;  
III – leis ordinárias;  
IV – leis delegadas;  
V – medidas provisórias;  
VI – decretos legislativos;  
VII – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

<sup>25</sup> Afinal, cabe ao Poder Legislativo, com a sanção do Chefe do Poder Executivo, dispor sobre as matérias que tenham sido colocadas no âmbito da competência legislativa do ente federativo, ressalvados aqueles assuntos que a respectiva Lei Fundamental (Constituição Federal, Constituição Estadual ou Lei Orgânica) classificarem como de competência privativa de órgão legislativo. Recorde-se que o princípio federativo impõe o modelo de separação de poderes previsto na Constituição Federal para os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

<sup>26</sup> Cf. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 82-3.

<sup>27</sup> Cf. Egon Bockmann MOREIRA, O processo de licitação, a lei 9.784/1999 e o princípio da legalidade, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 37/2002: 113-6.

no sistema do direito positivo brasileiro, é razoável compreender que as regras gerais constantes desses provimentos vinculam e limitam a ação do gestor público enquanto se encontrarem em vigor.<sup>28</sup> Do contrário, careceriam de qualquer utilidade para o ordenamento jurídico.

No que concerne ao Poder Executivo, merece destaque o regulamento, ato normativo de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, consoante o art. 84, IV, da Constituição Federal.<sup>29</sup> Cabe a esse veículo a disciplina do modo de agir da administração pública quando a concretização da lei exige a atuação dos órgãos administrativos, disciplinando o seu modo de agir, seja no que diz respeito a aspectos procedimentais, seja quanto aos critérios que deverão ser usados pela autoridade administrativa quando lhe é conferida competência discricionária ou na interpretação dos “conceitos jurídicos indeterminados” presentes no texto legal.<sup>30</sup>

Uma vez que o Chefe do Poder Executivo exerce a direção superior da administração pública<sup>31</sup>, é lícito concluir que os atos normativos expedidos pelos seus subordinados diretos e pelas entidades da administração indireta deverão se submeter aos comandos veiculados em regulamento.

Noutro giro: *a atividade da administração pública encontra-se subordinada a todo ordenamento jurídico em vigor.*

Nas licitações, a administração pública deverá observar fielmente a lei, sendo-lhe vedado instituir procedimentos ou critérios de apreciação e julgamento que não sejam juridicamente permitidos para as licitações. Transcreva-se aqui o enunciado do art. 4º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993:

“Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

Como se vê, visualiza-se o direito do licitante à efetiva subordinação do processo de licitação à lei, bem como o direito de todo e qualquer cidadão de fiscalizar a juridicidade de seu desenvolvimento pela administração pública. São decorrências naturais da idéia de legalidade.

É certo, por exemplo, que há espaço para discricionariedade na confecção do instrumento convocatório que deflagrará a licitação.<sup>32</sup> Mas isso não significa

<sup>28</sup> Vide art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657, de 4.9.1942).

<sup>29</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

<sup>30</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 316-8; e Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação...*, p. 104-14.

<sup>31</sup> Vide arts. 76 e 84, II, da Constituição Federal.

<sup>32</sup> Como se sabe, nas modalidades de licitação *concorrência*, *tomada de preços*, *concurso*, *leilão* e *pregão*, o instrumento convocatório compreende o *edital*; no *convite*, por sua vez, o chamamento dos interessados para o processo é feito mediante *carta-convite*. Vide arts. 21 e 22 da Lei Federal n.º 8.666/1993. Vide art. 4º da Lei Federal n.º 10.520, de 17.7.2002.

dizer que o edital ou carta-convite possa representar uma violação direta ou indireta aos preceitos legais pertinentes ao caso concreto, fixando cláusulas e condições não admitidas expressa ou implicitamente pela lei.

Também não cabe à autoridade administrativa ignorar os decretos regulamentares e demais atos normativos infralegais que disciplinam a licitação que visa empreender. Se houve redução no espaço de liberdade intelectual e decisória que a lei originalmente lhe conferiu, não resta alternativa para o gestor público que se conduzir dentro dos limites que lhe foram acrescidos.

Se a licitação se encontrava em andamento e houve revogação da lei ou ato normativo aplicado pelo gestor público, a administração pública pode se deparar com duas situações possíveis: (i) a extinção do processo administrativo por caducidade; ou, (ii) a possibilidade de continuação do certame, com a feitura das adequações necessárias aos novos parâmetros legais ou regulamentares.

Embora não haja previsão legal expressa da caducidade<sup>(33)</sup> como extinção de processo administrativo na Lei Federal n.º 8.666/1993, parece-nos claro que se o ato ou contrato visado na licitação perde o seu fundamento de juridicidade em virtude de reforma legislativa, deve haver a extinção do certame e a deflagração de outra competição. Ora, se o ato final de procedimento em curso passou a ser classificado como inválido pelo ordenamento jurídico, a administração pública deve desfazê-lo antes de seu encerramento. Em se tratando de licitação já encerrada e de contrato já celebrado entre o licitante e o poder público, a caducidade atingirá tão somente o negócio jurídico.

Na outra hipótese, cumpre ressaltar que a administração pública deverá zelar pela continuidade da licitação, caso a nova legislação em vigor não impeça o aperfeiçoamento do ato jurídico classificado como meta do processo. Evidentemente, isso dependerá da possibilidade jurídica da alteração dos critérios de seleção que orientam o poder público sem prejuízo ao princípio da isonomia.

### 3.3 Princípio da Impessoalidade

Segundo o princípio da impessoalidade (ou da finalidade), a administração pública deve praticar o ato com o escopo de atingir o interesse público. Sobre a matéria, explica Hely Lopes MEIRELLES:

“Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo”.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> A *caducidade* é a forma de extinção do ato administrativo que tem lugar quando a situação constituída pelo provimento da administração pública deixa de ser juridicamente admitida em razão da superveniência de lei ou ato normativo posterior. Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 398.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 86 (grifo no original). Observe-se que muitos doutrinadores empregam o termo “impessoalidade” para designar diretamente o princípio da isonomia, como Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Curso*, p. 84).

No que concerne à licitação, é mister ressaltar que a administração pública deverá deflagrar o processo administrativo diante da real existência de interesse público que justifique o objeto posto em disputa.<sup>35</sup> Não será válida a licitação fundada em desvio de finalidade, ou seja, quando o certame foi desencadeado para lograr fim exclusivo de um ou mais licitantes. A conjugação do interesse coletivo com o interesse privado para o bom e justo andamento do procedimento licitatório é indispensável.

Por oportuno, assevere-se igualmente que a administração pública tem a obrigação de interpretar a lei e a norma administrativa da forma que melhor garanta o fim público a que se dirige.<sup>36</sup> As decisões administrativas tomadas em sede de licitação serão passíveis de invalidação, caso se verifique a ausência de um fim público que as justifique.

### 3.4 Princípio da Moralidade

Não é um mero desdobramento do princípio da legalidade. A moralidade administrativa consubstancia o conjunto de preceitos éticos que foram positivados pelas normas constitucionais.<sup>37</sup>

Noutro giro: *a moralidade exigida da administração pública na condução das licitações deverá ser identificada a partir dos fundamentos e diretrizes que foram eleitos como colunas de sustentação axiológica do ordenamento jurídico brasileiro.*<sup>38</sup>

O princípio da moralidade impõe para a administração pública o dever de agir com lealdade, probidade e boa-fé para com o licitante.<sup>39</sup> Não há dúvida de que a licitação funciona como instrumento que também tem por escopo evitar que o gestor público se aproprie dos recursos e bens da coletividade em favor de designios torpes ou corruptos.

### 3.5 Princípio da Igualdade

Além de posicionar expressamente o princípio da isonomia como justificativa para a licitação, o art. 3º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993, menciona outra vez a igualdade. Talvez, com o fim de destacar o tratamento igualitário que deve ser dispensado aos licitantes na preparação e realização dos processos administrativos que convocarão a colaboração da iniciativa privada.

É interessante registrar que o estatuto federal das licitações determina expressamente em seu art. 3º, § 1º, I, que é proibido a admissão, previsão, inclusão ou tolerância, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam,

<sup>35</sup> Vide art. 2º, parágrafo único, II e III, da Lei Federal n.º 9.784/1999.

<sup>36</sup> Vide: art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; e art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei Federal n.º 9.784/1999.

<sup>37</sup> Cf. Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação...*, p. 72-85.

<sup>38</sup> Vide arts. 1º a 4º da Constituição Federal.

<sup>39</sup> Vide art. 2º, parágrafo único, IV.

restringam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Recorde-se que o art. 19, III, da Constituição Federal, veda expressamente que eles criem distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Isso torna juridicamente inviável, por exemplo, uma lei municipal que institua a preferência por empresas ou produtos locais em detrimento de concorrentes de outros Estados-membros, nas licitações promovidas pela administração pública local.

Outro ponto importante na aplicação do princípio da igualdade às licitações envolve a disputa entre licitantes brasileiros e estrangeiros.

Na Lei Federal n.º 8.666/1993, prescreve-se em seu art. 3º, § 1º, II, que é vedado aos agentes públicos estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o § 2º do mesmo dispositivo legal e o art. 3º da Lei Federal n.º 8.248, de 23.10.1991.

Apesar desse comando legal, o § 2º do art. 3º do estatuto federal das licitações prevê:

“Art. 3º. (...)

(...)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras”.

Diante da revogação do art. 171 da Constituição Federal - que dispunha sobre a definição de empresa nacional - pelo art. 3º da Emenda Constitucional n.º 6, de 15.8.1995, cremos que o enunciado normativo *supra* citado também foi retirado do ordenamento jurídico pátrio. Por injunção do princípio da isonomia, a lei somente poderá empregar fatores de distinção que sejam previstos expressamente ou que sejam compatíveis com as normas constitucionais. A partir do momento em que a Lei Maior não estabelece mais a necessidade de tratamento preferencial para as empresas nacionais, carece de legitimidade a lei que procure estabelecer discriminações negativas para as empresas estrangeiras.<sup>40</sup>

Ademais, o art. 172 da Constituição Federal determina que a lei deverá estimular os investimentos de capital estrangeiro. Portanto, a lei não tem o condão

<sup>40</sup> Em sentido contrário, consultar Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Preferências em licitação para bens e serviços praticados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 27/1999.

de servir como obstáculo à participação de agentes econômicos internacionais na infra-estrutura de bens e serviços mantidos pela administração pública brasileira.

### 3.6 Princípio da Publicidade

Conforme o princípio da publicidade, os atos administrativos devem ter divulgação oficial, ressalvadas as matérias que envolverem o direito à privacidade e segurança da sociedade e do Estado.<sup>41</sup> Todavia, publicidade das decisões administrativas nestas situações somente poderá ser restringida na medida do indispensável para o interesse público.<sup>42</sup> Como já tivemos oportunidade de dizer:

“Sem publicidade, não há como vincular a conduta da administrado. O princípio impõe que todos os atos da administração pública devem ser públicos, acessíveis a toda coletividade. Sem a devida informação, a ação administrativa cai no vazio e no esquecimento, ou produz insegurança e surpresa ao cidadão quando a administração pública age no sentido de impor conduta ao mesmo”.<sup>43</sup>

Adverta-se que a eventual restrição à publicidade não significa afirmar que o destinatário da providência administrativa deva ficar inteiramente alheio ao conteúdo da decisão administrativa. Somente lhe deverá ser sonogado tudo aquilo que puser em risco a segurança nacional, sob pena de se criar um reduto inexpugnável ao controle externo da administração pública.

Em matéria de licitação, o princípio da publicidade tem ampla aplicação. Basta aferir a preocupação que o estatuto federal das licitações teve ao regular a divulgação do ato convocatório e de suas eventuais correções.<sup>44</sup> No art. 3º, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993, temos:

“Art. 3º. (...)

(...)

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Depreende-se do dispositivo legal acima transcrito, a consideração no sentido de que a publicidade dos atos procedimentais da licitação é a regra, ressalvado

<sup>41</sup> Vide: arts. 5º, X e XXXIII, da Constituição Federal; e art. 2º, parágrafo único, V, da Lei Federal n.º 9.784/1999.

<sup>42</sup> O art. 93, IX, da Constituição Federal, ao prever o dever de fundamentação das decisões judiciais, por exemplo, determina que a publicidade das sessões de julgamento poderá se restringir às partes e a seus advogados, “em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>43</sup> *Invalidação...*, p. 85-6.

<sup>44</sup> Vide art. 21 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

o sigilo das propostas até a sua abertura em sessão pública.<sup>45</sup> Esta exceção se justifica em razão dos princípios da igualdade e da moralidade.<sup>46</sup>

Ainda sim, há possibilidade da exigência de algum sigilo na preparação das licitações, quando o objeto envolver questões diretamente vinculadas à segurança nacional. Todavia, deflagrado o processo, a publicidade deverá ser observada consoante o preceito veiculado pelo art. 3º, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993.

### 3.7 Probidade Administrativa

A probidade administrativa constitui um dever jurídico decorrente do princípio da moralidade. Segundo esse preceito, o gestor público tem a obrigação de zelar pela integridade moral e material dos bens e serviços postos sob sua responsabilidade, abstendo-se de tomar providências lesivas ao interesse e patrimônio públicos.<sup>47</sup>

Violado esse dever, surge o ilícito da improbidade administrativa, a ser definido em lei, que enseja a aplicação das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.<sup>48</sup>

Como se sabe, as licitações não raras vezes oferecem ao gestor público a infeliz tentação de se locupletar às custas do erário público e dos licitantes. Nessas situações, além da invalidade do processo administrativo, abre-se o espaço para a responsabilização do agente da administração pública nas esferas civil, administrativa e penal.

### 3.8 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Trata-se de um princípio específico de processos de natureza concorrencial. Nos termos do art. 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993, a administração pública deve cumprir as normas e condições constantes do edital da licitação, “ao qual se acha estritamente vinculada”. Daí se dizer que o ato convocatório funciona como a “lei interna” da licitação, subordinando o gestor público e os licitantes aos seus comandos.<sup>49</sup>

Mediante o instrumento convocatório (edital ou carta-convite), leva-se ao conhecimento do público a abertura de licitação, nele sendo fixadas as condições de sua realização e a convocados os interessados para apresentarem propostas.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Lembra Hely Lopes MEIRELLES (*op. cit.*, p. 258): “Não há confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em *ato público*; este poderá ser realizado em *recinto fechado* e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranqüilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do *resultado do julgamento*, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis”.

<sup>46</sup> Cf. Hely Lopes MEIRELLES, *op. cit.*, p. 258-9.

<sup>47</sup> Cf. Vladimir da Rocha FRANÇA, *Invalidação...*, p. 82-3.

<sup>48</sup> Atualmente, o assunto encontra-se regulado pela Lei Federal n.º 8.429, de 2.6.1992.

<sup>49</sup> Entretanto, o instrumento convocatório poderá ser objeto de impugnação junto à administração pública, seja pelo licitante, seja pelo cidadão, nos termos do art. 41, §§ 1º a 4º, do estatuto federal das licitações.

<sup>50</sup> Hely Lopes MEIRELLES, *op. cit.*, p. 271.

Mas a aplicação dos preceitos desse ato deverá ser necessariamente contextualizada no ordenamento jurídico em vigor.<sup>51</sup>

Entretanto, esse princípio não impede a administração pública de negociar com o licitante vencedor condições mais vantajosas para o interesse público. Lembra Antônio Carlos Cintra do AMARAL:

“Note-se que a vinculação ao instrumento convocatório não exclui a possibilidade de *negociação*. Para que juridicamente possa esta ser fundamentada é necessário observar o seguinte: (a) só pode haver negociação com a proponente vencedora; (b) dela deve resultar uma melhoria na proposta apresentada; (c) em consequência, a ordem de classificação não poderá ser alterada; e (d) a negociação não pode acarretar uma alteração no instrumento convocatório, de sorte que alguém que não participou da licitação pudesse alegar que se soubesse que seria assim teria participado. A negociação deve ser excepcional e conduzida com muita cautela, exatamente para não ferir o princípio da isonomia (igualdade)”.<sup>52</sup>

Se houver descompasso entre prática da licitação no caso concreto e a regra do instrumento convocatório, o processo administrativo fica passível de extinção por razões de juridicidade.

### 3.9 Princípio do Julgamento Objetivo

Por opção da lei, optou-se por restringir substancialmente o espaço para a discricionariedade administrativa na apreciação e julgamento dos proponentes e das propostas integrantes da licitação.

Os participantes da licitação devem ter a sua idoneidade avaliada com objetividade segundo os elementos de qualificação técnica e econômica previamente determinados no instrumento convocatório.

No que diz respeito às propostas, é importante citar o art. 44, *caput*, e § 1º, da Lei n.º 8.666/1993:

“Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.  
§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade”.

E no art. 45, *caput*, desse diploma legal, afere-se:

“Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os

<sup>51</sup> Como afirmava Hely Lopes MEIRELLES (*op. cit.*, p. 271), “o edital não é exaustivo, porque normas superiores e anteriores do órgão licitante o complementam, embora não reproduzidas em seu texto”.

<sup>52</sup> *Licitação para concessão de serviço público*, p. 19.

tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar a sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

Esses comandos legais determinam que o julgamento das propostas deverá ser realizado em conformidade com os critérios que foram eleitos pelo instrumento convocatório como aptos para classificá-las, viabilizando assim a seleção da melhor dentre elas. Registre-se que esses fatores não poderão ensejar o uso de critérios de conveniência ou oportunidade para as autoridades responsáveis pela condução e encerramento da licitação. Também é relevante anotar que o estatuto federal das licitações proíbe a fixação de elementos de apreciação mediante termos fluidos ou vagos, procurando evitar assim o risco de uma análise composta por elementos materialmente inexpugnáveis por parte dos licitantes e dos órgãos de controle.

E, quando for impossível eliminar completamente a subjetividade do julgamento, faz-se preciso que o instrumento convocatório procure reduzi-la ao máximo, procurando fórmulas aritméticas ou pontuações que possam auxiliar uma classificação justa e compreensível para os licitantes envolvidos.<sup>53</sup>

Enfim, o julgamento das licitações deverá ser realizada consoante critérios claros, objetivos e públicos, sob pena de invalidação.

### 3.10 Panorama dos “Princípios Correlatos”

Dentre os “princípios correlatos” referidos no art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/1993, merecem destaque: (i) o formalismo; (ii) a motivação; (iii) o contraditório e ampla defesa; (iv) a economicidade; e (v) a adjudicação.

O princípio do formalismo funciona como meio de garantia da isonomia nos processos administrativos concorrenciais.<sup>54</sup> Malgrado a imprecisão técnica, estabelece o art. 4º, parágrafo único, da Lei Federal n.º 8.666/1993:

“Art. 4º. (...)

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.<sup>55</sup>

Assim, as formalidades impostas pela lei, atos normativos e instrumento convocatório para a licitação são obrigatórias para os licitantes e agentes públicos nela envolvidos. Em princípio, se houver a ausência ou a prática defeituosa do requisito procedimental, o licitante será prejudicado ou o processo administrativo ficará passível de invalidação.

<sup>53</sup> Cf. Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Licitação...*, p.18; e Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 424-5. Vide art. 46 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

<sup>54</sup> Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 450.

<sup>55</sup> Embora o enunciado normativo empregue “ato”, não há dúvida que a licitação é um processo administrativo.

Todavia, pondera-se de modo acertado que a forma tem caráter eminentemente instrumental. Afinal, a omissão ou erro na formalidade somente afetará o particular ou a validade da licitação diante da comprovação de que a falha procedimental traz grave dano ao interesse público e à igualdade de tratamento que deve ser dispensada a todos os competidores.<sup>56</sup>

Em conformidade com o princípio da motivação, as autoridades administrativas responsáveis pela licitação deverão expor de modo claro, objetivo e congruente, os pressupostos de fato e de direito das decisões que tomarem no curso do processo.<sup>57</sup> Alerta-se que não apenas os provimentos administrativos prejudiquem diretamente os licitantes - como recusa de habilitação ou desclassificação de proposta - devem ser fundamentados. Uma vez que a licitação envolve disputa entre os particulares, cabe à administração pública demonstrar que expediu os seus atos em prol do interesse público sem se perder de vista o preceito fundamental da isonomia, no momento em que foram praticados.<sup>58</sup>

O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa também tem incidência inequívoca nas licitações.<sup>59</sup> Em toda e qualquer decisão da administração pública que resulte em prejuízo ao licitante, é imprescindível que lhe seja assegurada de ser intimado para se manifestar sobre os seus termos, opondo-lhe defesa que os contradiga, antes de sua efetivação. Lembra ainda Edgar Antônio Chiuratto GUIMARÃES:

“(...) não basta apenas a administração licitadora oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Deverá ela oferecer os meios necessários para que os interessados tenham condição de exercer tal direito assegurado em nossa Carta Magna. Para tanto: i) deverá ser dada a necessária publicidade informativa da abertura do contraditório e da ampla defesa; ii) deverão antecipadamente, ser informados os motivos determinantes da prática do ato pretendido pela Administração; iii) vistas dos autos devem ser concedidas aos eventuais interessados; e ainda, iv) um prazo razoável deve ser assinalado para o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa”.<sup>60</sup>

O cuidado com o contraditório e ampla defesa deve se fazer presente quando a administração pública decide revogar a licitação por razões de conveniência ou invalidá-la por motivos de juridicidade, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993. Sem o adimplemento a esse preceito fundamental da Lei Maior, o provimento que extingue a licitação fica passível de invalidação.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> Cf. Diógenes GASPARI, *op. cit.*, p. 427-9; Fábio Barbalho LEITE, A mitigação do formalismo no julgamento da habilitação e das propostas em licitações, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 37/2002; e Hely Lopes MEIRELLES, *op. cit.*, p. 259-60.

<sup>57</sup> Vide arts. 2º, parágrafo único, VII, e 50 da Lei Federal n.º 9.784/1999. Vide também: arts. 5º, *caput*, 8º, parágrafo único, 17, *caput*, 20, 31, § 5º, 38, IX, 44, § 1º, 46, § 3º, 49, 51, § 3º, 57, §§ 1º e 2º, 73, I, a e b, e § 1º, todos da Lei Federal n.º 8.666/1993. Cf. Carlos Ari SUNDFELD, *op. cit.*, p. 24.

<sup>58</sup> Cf. Vladimir da Rocha FRANÇA, *Estrutura e motivação do ato administrativo*, p. 115-7.

<sup>59</sup> Vide art. 5º, LV, da Constituição Federal.

<sup>60</sup> O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 17/1997: 202.

<sup>61</sup> Cf. Vladimir da Rocha FRANÇA, Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 37/2002: 133-7.

A economicidade diz respeito ao dever da administração pública de conduzir o processo administrativo e chegar a um desfecho com o menor dispêndio possível de recursos da coletividade.<sup>62</sup> Todavia, esse princípio não pode licitamente servir de base para uma decisão que, a pretexto de poupar o erário público, compromete bens da coletividade de natureza não-patrimonial. Não deixa de ter forte ligação com o princípio constitucional da eficiência, mandamento expresso no art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Por fim, a adjudicação.<sup>63</sup> Aqui visualizamos o direito do licitante vencedor de ter a preferência na celebração do contrato ou na expedição do ato ampliativo que foi objeto do certame. Comparar o concurso público com a licitação pode nos fornecer algumas conclusões interessantes.

No concurso público - cujo objeto é a seleção de pessoas físicas para a ocupação de cargos ou empregos públicos - não se prevê na Lei Maior um direito subjetivo à nomeação em favor do aprovado nesse certame. Com efeito, a Constituição Federal garante-lhe apenas a prioridade no preenchimento das vagas disponíveis para o cargo ou emprego que foi objeto da disputa, reservando à discricção da autoridade administrativa competente convocar ou não os classificados.<sup>64</sup> Direito à nomeação somente surgirá nesse caso quando for comprovado algum vício no exercício dessa competência discricionária.

É conveniente acrescer que o concurso público se extingue com a convocação de todos os aprovados ou com o decurso do prazo de validade instituído nos termos do art. 37, IV, da Constituição Federal. Expirada a vigência do certame, a administração pública fica impedida de chamá-los para prover os cargos ou empregos que se encontram vagos. Nem lei específica poderia dispor em contrário, sob pena de inconstitucionalidade.

Já na licitação, o art. 49 da Lei Federal n.º 8.666/1993 determina que a extinção anômala da licitação, e a conseqüente frustração do intuito do licitante vencedor, somente poderá ser realizada mediante decisão fundamentada da administração pública. Assegura-se inclusive indenização em benefício do licitante que demonstrar que tal decisão lhe causou perdas e danos.

Mostra-se indubitável que a proposta vencedora somente vincula o respectivo proponente dentro do prazo de sua vigência, segundo os preceitos do art. 64 da Lei Federal n.º 8.666/1993. Segundo o § 3º desse dispositivo legal, os licitantes ficam liberados dos compromissos assumidos com o decurso de 60 (sessenta) dias da data de entrega das propostas.

Embora não haja qualquer preceito constitucional ou legal que impeça expressamente a administração pública de contratar o licitante vencedor que não se encontra mais vinculado à proposta apresentada, entendemos que a licitação se extingue com o decurso do lapso temporal previsto conforme o art. 64, § 3º, da

<sup>62</sup> Vide arts. 70 e 74 da Constituição Federal.

<sup>63</sup> Sobre o assunto, consultar: Lúcia Valle FIGUEIREDO, *Direitos dos licitantes*, p. 61-74; e Carlos Ari SUNDFELD, *op. cit.*, p. 171-9.

<sup>64</sup> Vide art. 37, IV, da Constituição Federal.

Lei n.º 8.666/1993.<sup>65</sup> Do contrário, a administração pública poderia deixar escoar o tempo para privilegiar indevidamente o licitante vencedor, celebrando o contrato para depois alterá-lo, no intuito de adequar a proposta original às circunstâncias que se configuraram durante o indevido silêncio administrativo. Isso violaria, ao nosso ver, o direito à igualdade dos demais licitantes.

Afinal, pelo princípio da legalidade, a administração pública deve fazer aquilo que a lei lhe autoriza. Relembre-se que o gestor público não frui da mesma liberdade que a lei confere ao particular, ao reconhecer a legitimidade das ações ou omissões privadas que não sejam legalmente proibidas.

E se a administração pública silencia e o prazo do art. 64, § 3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993 está prestes a encerrar? Nesse caso, cabe ao licitante vencedor solicitar à administração pública a interrupção do prazo, bem como uma decisão expressa sobre a matéria.

A seriedade da licitação não pode ficar conspurcada com a irresponsabilidade fiscal na gestão pública. Se administração pública deflagra o processo administrativo e convida os particulares, presume-se que a administração pública tem os recursos necessários para realizar o objeto da competição. Não deve o licitante ser prejudicado pela falta de planejamento orçamentário por parte da autoridade administrativa, sendo-lhe lícito reivindicar o justo encerramento do certame na forma da lei e do instrumento convocatório, bem como o ressarcimento das perdas e danos causados pela desídia do Estado. É preciso esclarecer que não é um direito exclusivo do vencedor, pois os demais participantes têm o legítimo interesse de obter uma nova oportunidade para colaborar com a concretização da finalidade coletiva.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios jurídicos não podem ser compreendidos como compartimentos estanques, tal como gavetas num armário. Tais normas jurídicas ganham maior inteligência e efetividade quando são conjugados, no desforço de conferir harmonia, coerência e racionalidade à aplicação das regras do sistema do direito positivo.

Nas licitações, os princípios jurídicos funcionam como bússolas na concretização das regras jurídicas que disciplinam a matéria no plano constitucional e infraconstitucional. Cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia.

Havendo violação a um princípio jurídico durante a formação ou desenvolvimento da licitação, a sua validade, bem como a juridicidade de seu resultado,

<sup>65</sup> Aparentemente, no caso de licitação para concessão de serviço público ou para parceria público-privada, deve ser aplicado raciocínio similar caso haja o decurso integral do prazo previsto no edital para a assinatura do contrato (vide art. 18, III, da Lei Federal n.º 8.987/1995 e art. 11 da Lei Federal n.º 11.079/2004). Todavia, a complexidade e o valor desses contratos exige uma maior ponderação quanto à possibilidade da administração pública aperfeiçoar a avença após o termo prescrito no instrumento convocatório para tanto, se tempo excedente for irrisório e não inviabilizar a implementação da proposta vencedora nos termos em que foi selecionada.

deverá ser objeto de invalidação, seja pela própria administração pública, seja pelos órgãos responsáveis pelo seu controle externo.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos de Araújo. *Licitação para concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. 3 ed. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

\_\_\_\_\_. *Preferências em licitação para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 27/1999, p. 5-10.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BORGES, José Souto Maior. *Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988*. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: n.º 3, v. 2, p. 311-24, janeiro/março de 1997.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n. 37/2002, p. 118-139.

\_\_\_\_\_. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: 2004 (Tese de doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

\_\_\_\_\_. *Anotações à teoria das normas jurídicas*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, ano 13, n. 60, p. 11-23, janeiro-fevereiro de 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUIMARÃES, Edgar Antônio Chiuratto. *O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa nas licitações*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 17/1997, p. 190-205.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LEITE, Fábio Barbalho. *A mitigação do formalismo no julgamento da habilitação e das propostas em licitações*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 37/2002, p. 83-106.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O processo de licitação, a lei 9.784/1999 e o princípio da legalidade*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 37/2002, p. 107-17.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: n.º 17/1997, p. 5-33.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo – de acordo com as leis n. 8.666/93 e n. 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.



# A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ENTRE ENTES FEDERATIVOS\*

Ricardo Seibel de Freitas Lima\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção da confiança legitimamente gerada nas relações obrigacionais entre particulares, especialmente através da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, já vem sendo objeto de estudos e decisões judiciais há algum tempo, sendo matéria que não poderá ser aqui tratada à exaustão, dada a complexidade e importância do tema, sendo necessário remeter a autores que se ocupam da matéria com qualidade e precisão.<sup>1</sup>

Por outro lado, cresceu também no cenário nacional, a partir de estudos pioneiros<sup>2</sup>, e, posteriormente, pela consagração jurisprudencial nos tribunais superiores, o reconhecimento da proteção da legítima confiança nas relações entre administração e particulares, inclusive sob o enfoque obrigacional.<sup>3</sup>

Pouco tem sido discutido, entretanto, a respeito da proteção da confiança em relações obrigacionais celebradas entre os entes da federação, e da conseqüente aplicação a essa espécie de contratos administrativos do princípio da boa-fé objetiva. Trata-se de tema de extrema relevância, não só pela especial natureza das relações travadas no âmbito do federalismo, como também pela indiscutível repercussão financeira e política das diversas avenças celebradas entre os entes políticos.<sup>4</sup>

Para empreender tal tarefa, será necessário analisar, em um primeiro momento, como tem sido construído, no ordenamento jurídico brasileiro, e em especial na Constituição Federal de 1988, a proteção da confiança, para, em seguida, verificar a aplicação de tal princípio às relações entre entes federativos.

\* Tese apresentada para apreciação no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, com enquadramento no tema : "Os princípios contratuais privados em aplicação aos contratos administrativos" .

\*\* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>1</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

<sup>2</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 57, suplemento, p. 13-32, 2003.

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA Judith. A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 22, p. 228 a 257, 2002.

4 Agradeço ao Prof. Dr. Humberto Ávila pela sugestão do tema.

A partir disso, será possível observar como a proteção da confiança e o dever de atuar segundo a boa-fé podem ser aplicados aos contratos administrativos envolvendo entidades federativas, inclusive através do exame de figuras típicas consagradas no estudo sistemático da matéria.

## 2 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 não refere expressamente a confiança em qualquer passagem. A doutrina brasileira e também o Supremo Tribunal Federal, entretanto, têm reconhecido que há, em nosso ordenamento jurídico, normas que possibilitam a proteção da confiança legitimamente gerada.

Entre diversas acepções que podem ser utilizadas, confiança pode significar “crença na probidade moral (...) de outrem que torna incompatível imaginar um deslize, uma traição”, e também “crença ou certeza de que suas expectativas serão concretizadas” ou “sentimento de respeito, concórdia, segurança mútua”.<sup>5</sup> E se confiança identifica-se, em algum grau, com crença ou certeza na concretização de expectativas, especialmente em uma relação de segurança, probidade moral e respeito mútuo, conclui-se que é possível derivar a proteção da confiança tanto do princípio da moralidade<sup>6</sup>, como do princípio da segurança jurídica.<sup>7</sup>

O princípio da moralidade, que rege as relações da administração pública por força do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, limita a atividade estatal em uma série de aspectos<sup>8</sup> e impõe ao Estado um dever de agir segundo a boa-fé objetiva em suas relações<sup>9</sup>, protegendo, por outro lado, a confiança daqueles que legitimamente criaram a expectativa de que o Poder Público pautasse sua conduta por padrões de lealdade, probidade e correção.

O princípio da segurança jurídica, por sua vez, também considerado implícito no texto constitucional, tem sua existência e aplicação amplamente reconhecidas tanto pela doutrina<sup>10</sup>, como pela jurisprudência<sup>11</sup>, caracterizado, ao lado da legalidade<sup>12</sup>, como um subprincípio do sobreprincípio do Estado de Direito<sup>13</sup>, este previsto logo no artigo 1º da Constituição Nacional.

A construção normativa da proteção à confiança no Direito Constitucional brasileiro, portanto, segue o mesmo caminho consagrado pela jurisprudência constitucional alemã, no sentido da possibilidade de retrorreferir a proteção da

<sup>5</sup> CONFIANÇA. In: DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 795-796.

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 310.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 310-311.

<sup>9</sup> MARTINS COSTA, A Proteção da Legítima..., p. 228 a 257, 2002.

<sup>10</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade..., p. 13-32.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Petição (PET-QO) nº 2900-3 / RS. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. julgado em 27 maio 2003. *D.J.* 1º ago. 2003.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 261.

<sup>13</sup> ÁVILA, *Sistema constitucional...*, p. 473-474.

confiança, através da segurança jurídica, ao Estado de Direito, aceitando a seqüência de idéias – Estado de Direito – segurança jurídica – proteção da confiança.<sup>14</sup>

A proteção da confiança, em razão disso, tem sido tratada como uma dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, enquanto sua dimensão objetiva, identificada com a garantia da estabilidade jurídica, da segurança de orientação e da realização do direito<sup>15</sup> envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, e diz respeito à proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada<sup>16</sup> que, em nossa Constituição, são expressamente garantidos pelo art. 5º, XXXVI.

É possível, portanto, defender que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da proteção da confiança, derivado tanto do princípio da moralidade, como do princípio da segurança jurídica e, por via de conseqüência, do Estado de Direito, e que pode ser entendido, no âmbito do direito público, como a proteção jurídica que se confere à confiança legitimamente criada nas pessoas em relação a atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.<sup>17</sup>

Em caso enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>, discutia-se a legalidade do ato do Presidente do Tribunal de Contas da União - TCU que, após auditoria realizada pelo órgão, determinou que a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO regularizasse 366 (trezentos e sessenta e seis) admissões realizadas sem concurso público no ano de 1991, sob pena de nulidade das mesmas.

No caso, as admissões foram realizadas segundo o regulamento da empresa da época, mediante rigoroso processo seletivo, com boa-fé dos particulares, quando ainda havia controvérsia sobre a necessidade de realização de concurso público para ingresso em empregos oferecidos por empresas públicas, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta. Houve, em um primeiro momento, a convalidação das contratações pelo TCU que, após consolidação da jurisprudência sobre a matéria, apontou a irregularidade e determinou sua correção, sendo que o mandado de segurança somente foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal 10 (dez) anos após a concessão da liminar.

O conjunto dessas circunstâncias específicas e excepcionais levou o Supremo Tribunal Federal a conceder a segurança, aplicando o princípio da proteção da confiança, como elemento do princípio da segurança jurídica, este, por sua vez, subprincípio do Estado de Direito, para admitir a manutenção dos empregos

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 473-474.

<sup>15</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra, Almedina, 1999.

<sup>16</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 57, suplemento, p. 33-74, 2003.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 33-74.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança (MS) nº 22.357 / DF. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. julgado em 7 maio 2004. *D.J.* 5 nov. 2004.

pelos impetrantes, ainda que sua contratação original não tenha observado o indispensável concurso público, na forma do art. 37 da Constituição Federal.<sup>19</sup>

Em outra ocasião, discutiu-se, no Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>, a possibilidade de controle jurisdicional sobre questões formuladas em concurso público para Juiz de Direito. A despeito de estar consolidada a jurisprudência de que o Poder Judiciário, em regra, não analisa o mérito de questões de concurso público, entendeu o Supremo em negar provimento ao recurso do Estado, mantendo a anulação das questões, tendo em vista que essas não tratavam de matéria prevista no edital.

Aqui, cogitou-se da vinculação da administração pública ao edital de concurso por ela definido, e que deve ser respeitado, protegendo-se as legítimas expectativas criadas nos candidatos, sob pena de não agir o Estado segundo os padrões de boa-fé que a moralidade lhe impõe e não respeitar o ideal de confiabilidade que a segurança jurídica lhe exige.

O princípio da proteção da confiança estabelece, assim, o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público<sup>21</sup>, que deverá observar um padrão pautado pela boa-fé, correção, probidade e lealdade em todas as suas relações.

Em razão disso, conforme foi possível observar, não hesita mais a doutrina, nem a jurisprudência em aplicar o princípio da proteção da confiança, especialmente para (i) limitar o Estado na liberdade de alterar sua conduta e modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais; ou (ii) atribuir-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.<sup>22</sup>

Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva sistematiza os atuais temas dominantes relacionados com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, no direito comparado e no direito brasileiro: (i) a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, como, por exemplo, licenças, autorizações, subvenções, atos pertinentes a servidores públicos, tais como vencimentos e proventos, ou de seus dependentes; (ii) a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico; (iii) a responsabilidade pré-negocial do Estado; (iv) o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no

<sup>19</sup> Na mesma linha. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança (MS) n° 24.268 / MG. Relator: Min. Ellen Gracie. julgado em 5 fev. 2004. *D.J.* 17 set. 2004, a respeito da oportunização do contraditório em cancelamento de pensão especial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n° 442.683 / RS. Relator: Min. Carlos Velloso. julgado em 13 dez. 2005. *D.J.* 24 mar. 2006, a respeito dos efeitos da lei declarada inconstitucional sobre provimento derivado.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n° 434.708-3 / RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julgado em 21 jun. 2005.

<sup>21</sup> ÁVILA, *Sistema constitucional...*, pp. 310-311.

<sup>22</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *O princípio da segurança...*, p. 33-74.

regime jurídico, como, por exemplo, na ordem econômica, no exercício de profissões, ou em relação a servidores públicos.

Ainda que a jurisprudência brasileira tenha, por enquanto, se ocupado predominantemente da primeira hipótese, é evidente a aplicação dos deveres estabelecidos pelo princípio da proteção da confiança, com fundamento na segurança jurídica e na moralidade, a outras espécies de relações do Poder Público, especialmente no caso do relacionamento entre os entes políticos da federação.

### 3 PAUTAS CONSTITUCIONAIS PARA AS RELAÇÕES FEDERATIVAS

No âmbito do presente estudo, não cabe o aprofundamento maior sobre o federalismo, a intenção, nesse ponto, é apenas traçar sua configuração no texto constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar a existência do dever de confiança e boa-fé na relação entre os entes federativos.

Se federação é a autonomia recíproca dos entes sob a égide da Constituição, como salientou Sampaio Dória<sup>23</sup>, esta autonomia deve estar baseada em relações de confiança e boa-fé, pautadas pelo próprio texto constitucional.

Nesse contexto, dispõe o art. 1º de nossa Constituição que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios. Posteriormente, o art. 18 determina que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados e os Municípios, todos dotados de autonomia.

O Estado federal brasileiro, pessoa jurídica soberana e com capacidade de direito internacional, é, portanto, constituído da União, dos Estados e dos Municípios, todos entes ou coletividades parciais, dotados de autonomia recíproca, com competências definidas na própria Constituição.<sup>24</sup>

O art. 60, § 4º, inciso I, realça a importância, em nosso ordenamento jurídico, do princípio federativo, tornando imutável, salvo por completo rompimento com a ordem jurídica constituída, o Estado organizado sob a forma de federação, eis que, a teor desta chamada cláusula pétreia, se revela inadmissível qualquer proposição tendente a abolir ou reduzir tal característica.

O documento constitucional brasileiro também cuidou da definição das competências dos entes federativos autônomos, conforme consta dos artigos 22 a 30, e, ainda, o fez de forma mais rígida e específica em relação à repartição das receitas públicas<sup>25</sup>, para reforçar a autonomia federativa, já que normalmente o poder sobre a subsistência de alguém determina o poder sobre sua vontade.<sup>26</sup>

Em razão disso, e objetivando acertar um delicado equilíbrio federativo, o Título VI da Constituição Federal – da tributação e do orçamento, em seus artigos

<sup>23</sup> DÓRIA, Sampaio. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 476.

<sup>24</sup> ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. *Revista de Direito Público*, 53-54, p. 58-76.

<sup>25</sup> LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 109-178.

<sup>26</sup> HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*. New York: Mentor, 1999, p. 440.

145 a 162, expõe, em termos bastante pormenorizados e extensos<sup>27</sup>, o chamado sistema constitucional tributário: (a) seus princípios gerais; (b) as limitações constitucionais ao poder de tributar; (c) as competências tributárias dos entes federativos, e (d) a repartição das receitas tributárias entre esses entes.

A despeito do esforço do constituinte em estabelecer o desenho de um federalismo baseado em autonomia recíproca, cooperação e confiança, é inevitável o surgimento dos conflitos federativos que, levados ao Supremo Tribunal Federal, permitem melhor definir a compreensão do princípio federativo.

Assim, no contexto da chamada guerra fiscal entre os Estados para atrair investimentos, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido pela inconstitucionalidade da concessão unilateral de incentivos, sem a celebração do indispensável acordo entre os entes federativos através do convênio previsto na Lei Complementar a que alude o art. 155, § 2º, XII, “g”, como, por exemplo, no julgamento das ADIn’s 2.155, 2.376, 1.179, 2.352, .2021, e 2.377.<sup>28</sup>

Nesses casos, ficou evidente que a autonomia dos Estados para a formulação e a execução de políticas públicas é limitada por normas constitucionais que visam preservar a unidade nacional, pois interesses econômicos circunstanciais de determinados entes políticos não justificam a desagregação das relações federativas.

Em decisão ainda tomada sob a égide da Carta anterior, o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional o dispositivo de lei estadual que previa um desconto no repasse, pelo Estado ao Município, de parcela de arrecadação de imposto estadual que, nos termos da norma constitucional em vigor, constituía receita municipal, mesmo que justificada como ressarcimento de despesas de arrecadação, o que se depreende da leitura do RE nº 87.225/SP<sup>29</sup>.

De outra parte, entendeu o Supremo Tribunal Federal em julgar um Estado carecedor de ação, quando impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da República que aprovou projeto incentivado de instalação de indústria petroquímica em outro ente estadual, alegando prejuízos à economia local. Nesse caso, entendeu o Supremo que o empreendimento federal, na área de competência exclusiva da União, não se localiza, juridicamente, em nenhum território estadual, mas sim em um ponto do território federal unitário, como consta do MS 21.059/RJ.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2-3.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.155-9 / PR, medida cautelar. Relator Min. Sydney Sanches. julgado em: 15 fev. 2001. *D.J.* 1º jun. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.179-1 / SP Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em: 13 nov. 2002. *D.J.* 19 dez. 2002; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.376-4 / RJ, medida cautelar. Relator: Min. Maurício Corrêa. julgado em: 15 mar. 2001. *D.J.* 4 maio 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.352-7 / ES, medida cautelar. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julgado em: 19 dez. 2000, *D.J.* 9 mar. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.021-8 / SP, medida cautelar. Relator: Min. Maurício Corrêa. julgado em: 4 ago. 1999. *D.J.* 25 maio 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.377-2 / MG, medida cautelar. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julgado em: 22 fev. 2001, *D.J.* 7 nov. 2003.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 87.225 / SP Relator: Min. Djaci Falcão. julgado em 15 set. 1977. *D.J.* 18 nov. 1977.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança (MS) nº 21.059 / RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julgado em 5 set. 1990. *D.J.* 19 out. 1990.

Esses julgados demonstram que a repartição de competências e de receitas tributárias, assim como outras normas indispensáveis ao equilíbrio federativo, é definida pela Constituição, e que, em razão da autonomia recíproca definida pela norma maior, não existe subordinação entre entes políticos da federação, e sim relação de cooperação, reciprocidade e integração.

Afirmou o Supremo, ainda, quando questionada, sob a ótica do federalismo, a constitucionalidade de emenda constitucional que submeteu ocupantes de cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público exclusivamente ao regime geral da previdência social, que a forma federativa de Estado não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas sim daquele concretamente adotado no Brasil, não significando intangibilidade literal da respectiva disciplina na redação originária da Constituição, mas proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos, conforme consta do acórdão da ADIn nº 2.024/DF<sup>31</sup>.

Nesse modelo de federação construído concretamente no Brasil, é possível afirmar, por exemplo, que os Estados podem, em virtude de sua autonomia político-administrativa, se auto-organizar por meio de suas respectivas constituições estaduais, devendo, contudo, respeitar as regras e princípios traçados pela Constituição Federal<sup>32</sup>, o que se verifica do julgamento da ADIn nº 216-3/PB MC<sup>33</sup>.

Nesse mesmo modelo, por outro lado, foi considerada constitucional a lei estadual que obrigava os ofícios de registro civil a enviarem cópias das certidões de óbito ao Tribunal Regional Eleitoral e ao órgão responsável pela emissão da carteira de identidade. No caso, entendeu-se que, mesmo em relação ao envio obrigatório de documentos a um órgão da administração estadual a outro da administração federal, a hipótese compreendia a esfera constitucionalmente admitida do federalismo de cooperação, como consta da ADIn nº 2.254/ES<sup>34</sup>.

O federalismo brasileiro, construído, concretamente, a partir das normas da Constituição de 1988, e da aplicação e da interpretação destas pelo Supremo Tribunal Federal, pressupõe, portanto, relações construídas sob uma base de autonomia recíproca, confiança e cooperação, a exigir comportamentos segundo padrões de lealdade, ética, moralidade e probidade, demonstrando que suas relações, inclusive as de caráter negocial, devem ser pautadas pela proteção da confiança legitimamente gerada e pelos padrões da boa-fé objetiva.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.024 / DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julgado em 27 out. 1999. *D.J.* 1º dez. 2000.

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 59.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 216-3 / PB, medida cautelar. Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello. julgado em 23 maio 1990. *D.J.* 7 maio 1993.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.254 / ES, medida cautelar. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. julgado em 8 fev. 2001. *D.J.* 26 set. 2003.

#### 4 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ENTRE ENTES DA FEDERAÇÃO

Do exposto até o momento, é possível afirmar que, no âmbito do direito público<sup>35</sup>, a proteção da confiança pode ser derivada tanto do princípio da moralidade administrativa, como do princípio da segurança jurídica, este, por sua vez, originado do próprio sobreprincípio do Estado de Direito. Da necessária proteção da confiança, por outro lado, é que se extrai o dever geral do Estado agir segundo a boa-fé objetiva<sup>36</sup>, inclusive quando se trata de relações obrigacionais celebradas entre entes da federação, especialmente através de contratos administrativos. E a proteção da confiança, enquanto norma jurídica, garantida pela aplicação do princípio da boa-fé, pode indicar tanto: (i) uma fonte produtora de deveres jurídicos, como os de cooperação, colaboração e informação em uma grande diversidade de formas de relacionamento; como (ii) o limite ao exercício de direitos e poderes formativos, tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no outro, por sua própria conduta<sup>37</sup>.

Dessa forma, completa-se a seqüência de idéias inicialmente proposta da seguinte forma: Estado de Direito – segurança jurídica – proteção da confiança (nas relações federativas) - boa-fé objetiva: (i) fonte de deveres; (ii) limite ao exercício de direitos; ou moralidade administrativa – proteção da confiança (nas relações federativas) – boa-fé objetiva: (i) fonte de deveres; (ii) limite ao exercício de direitos.

Através dessa fundamentação, é possível defender a aplicação de um princípio contratual amplamente utilizado no direito privado a contratos administrativos celebrados em um contexto de uma relação de cooperação federativa.

A chamada boa-fé objetiva, apenas para registrar a conhecida distinção, diferencia-se da boa-fé subjetiva, que significa uma situação subjetiva de boa-fé, no sentido de ausência de vícios psicológicos de conhecimento e vontade sobre a situação irregular em exame, cuja aplicação predominante ocorre no campo dos direitos reais.<sup>38</sup>

A boa-fé objetiva, cujo campo de aplicação precípua é o do direito das obrigações, é uma pauta institucional de conduta, um princípio que agrupa certas regras que exigem uma determinada atuação das partes em suas relações, determinando uma postura ética e socialmente valorada de cooperação e lealdade, para alcançar um fim comum.<sup>39</sup>

Em sua evolução doutrinária e jurisprudencial no Brasil, ainda antes da consagração no Código de Defesa do Consumidor e, com mais intensidade e abrangência, no Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva encontrou diversas fun-

<sup>35</sup> Diferentemente do direito privado, em que a boa-fé objetiva, enquanto princípio aplicável a relações entre particulares, é geralmente reconduzida ao princípio da solidariedade social, ver MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, op. cit.

<sup>36</sup> MARTINS-COSTA, *A Proteção da Legítima...*, p. 228 a 257.

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, *A Proteção da Legítima...*, p. 228 a 257.

<sup>38</sup> MARTINS-COSTA, *A boa-fé ...*, op. cit.

<sup>39</sup> *Idem*, *ibidem*, pp. 410-427.

ções e campos de aplicação, como, por exemplo, o limite ao exercício de direitos subjetivos, em geral, e o abuso do direito em particular.<sup>40</sup> O Código Civil de 2002, enfim, trouxe norma expressa sobre o limite ao exercício de direitos, em seu art. 187, quando dispôs: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A potencialidade da boa-fé, como limite ao exercício de direitos subjetivos, agora consagrada explicitamente na cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, decorre de esta impor um arquétipo exemplar de conduta, cuja construção decorre da experiência e de sua aplicação em casos concretos, com posterior sistematização científica, permitindo sua definição e redefinição contínuas, especialmente quando concebida em um modelo jurídico aberto.

Em razão disso, ainda que se trate de princípio cuja aplicação foi desenvolvida com maior vigor no campo das obrigações entre particulares, é possível defender a utilização do princípio da boa-fé objetiva, com base na proteção da confiança, esta derivada da moralidade administrativa e da segurança jurídica, para pautar comportamentos estabelecidos no âmbito de negócios celebrados entre entes públicos, principalmente quando envolvam questões federativas, tendo em vista a especial natureza dessa relação.

## 5 GRUPOS DE CASOS E FIGURAS TÍPICAS

A aplicação da boa-fé, fundada na proteção da confiança<sup>41</sup>, como limite ao exercício de direitos, em sua evolução na histórica, permitiu o agrupamento dos casos em grupos de afinidade, para fins de sistematização. Tal agrupamento, entretanto, não é rígido, uma vez que não há absoluta homogeneidade entre os integrantes de cada categoria. A par disso, a divisão também não apresenta limites firmemente demarcados, sendo que, muitas vezes, uma única hipótese concreta pode ser enquadrada em mais de um grupo.

A reunião em grupos de casos, tendo por critério uma identidade na *ratio decidendi*, é, contudo, uma ferramenta eficaz, pois permite uma construção mais apropriada do sistema. Para tal análise, se adotará a sistematização realizada no direito civil português por Menezes Cordeiro<sup>42</sup>, procurando, na medida do possível, examinar a aplicação dos grupos de casos às possíveis relações existentes entre entes políticos da federação.

<sup>40</sup> Idem, ibidem, pp. 381-455.

<sup>41</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 245-367.

<sup>42</sup> MENEZES CORDEIRO, Da boa-fé..., p. 719-860. A respeito do tratamento típico no direito civil brasileiro, a partir do norma do art. 187 do Código Civil de 2002, utilizando a sistemática proposta por Menezes Cordeiro, ver FREITAS LIMA, Ricardo Seibel de. Pautas para interpretação do art. 187 do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 838, p. 11-41, 2005.

## 1. *Exceptio doli*

A *exceptio doli*, cuja aplicação remonta o direito romano, tendo seu maior desenvolvimento na primeira fase de aplicação do BGB, pode ser entendida como o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do titular do direito subjetivo, por este ter incorrido em dolo. Trata-se de exceção em sentido material, em que o dolo é verificado no momento da discussão sobre o exercício do direito subjetivo, e não propriamente quando de sua formação, o que conduziria a uma ilicitude comum.<sup>43</sup>

No entender de Menezes Cordeiro, a *exceptio doli* teve papel histórico relevante, mas sua aplicação atual tende a decrescer, não só pela exigência de comprovação de dolo, mas também por ser um conceito muito vago, cujas aplicações práticas também podem ser incluídas em outros tipos. De toda a forma, no direito brasileiro essa exceção ainda pode funcionar como importante meio de defesa para aquele que se vê compelido a cumprir uma pretensão não conferida pela ordem jurídica, ainda que supostamente baseada em norma genérica, desde que tal conduta se apresente como dolosa e contrária aos padrões da boa-fé.<sup>44</sup>

A *exceptio doli* é citada em acórdão do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, apesar do não conhecimento do recurso, a turma entendeu correto o reconhecimento da *exceptio doli*, no sentido de paralisar a cobrança executiva de dívida comum, efetivada por meio de execução judicial, em função de aval obtido irregularmente.<sup>45</sup>

Relativamente aos contratos administrativos firmados entre entes da federação, é possível, em tese, conceber a aplicação dessa exceção, quando uma das partes exerce um direito que, apesar de reconhecido contratualmente de forma genérica, apresente-se, concretamente, como uma conduta dolosa e contrária aos padrões de lealdade que devem pautar as relações federativas. Ainda que a expectativa seja que uma situação dessa espécie não ocorra quando tratamos com administrações públicas que devem ser pautadas pela legalidade e pela moralidade, é preciso compreender que, algumas vezes, as condutas dos entes políticos, por razões diversas, podem não corresponder ao esperado.

Em caso recentemente noticiado, ainda que não se trate propriamente de relações entre entidades da federação, mas que diz respeito a contratos celebrados por sociedade de economia mista federal, foi constatada a concessão de diversos avais, pela Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica - CGTEE, em empréstimos internacionais em favor de empresas privadas, contrariando a lei e os estatutos próprios<sup>46</sup>. Houve, no caso, alegação de falsificação de assinaturas, o que ainda não foi comprovado, mas que poderia levar à obstaculização de eventual pretensão executória dos avais, pela aplicação da exceção em pauta.

<sup>43</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 719-860.

<sup>44</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 39.322. Relator: Min. Afrânio Costa. julgado em 25 nov. 1958.

<sup>46</sup> ZERO HORA. Edição de 4/7/2007.

## 2. *Venire contra factum proprium*

O instituto *venire contra factum proprium* é aquele que veda genericamente, e sob certos pressupostos, os comportamentos contraditórios. Em sua estrutura são exigidos dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é contrariado pelo segundo, e a situação como um todo configura um exercício inadmissível de direito.<sup>47</sup> Não se trata, no entanto, de qualquer contradição entre comportamentos de uma mesma pessoa, uma vez que a própria vida enseja freqüentemente comportamentos contraditórios.

Na verdade, o *venire contra factum proprium* tem como fundamento a proteção da confiança gerada na parte contrária pelo primeiro comportamento do titular do direito subjetivo. Assim sendo, através dessa hipótese, o ordenamento jurídico não visa simplesmente proibir que sujeitos adotem condutas contraditórias, ou proteger o ato praticado em primeiro lugar, e sim salvaguardar os interesses daqueles que, confiantes no comportamento inicial de um agente, foram levados a uma situação tal que a prática do segundo ato, em contrariedade ao primeiro, afetaria seus interesses. Trata-se, portanto, de aplicação da teoria da confiança, do princípio da boa-fé e de exigência da própria segurança do tráfego jurídico.<sup>48</sup>

Como exemplo, pode ser citado o caso referido por Judith Martins Costa, consubstanciado no acórdão proferido em 19 de dezembro de 1989, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na apelação cível nº 589073956, sendo relator Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

“*Venire contra factum próprio*. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.”<sup>49</sup>

O então Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul também teve oportunidade de julgar um caso envolvendo a figura ora tratada<sup>50</sup>:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL. MULTA CONTRATUAL. ABUSO DE DIREITO. Tendo a locatária solicitado a prorrogação do prazo para entrega das chaves, com a concordância da locadora, passando o contrato a vigorar por prazo indeterminado, descabe a cobrança de multa que exceder esse prazo, caracterizando-se abuso de direito.”

<sup>47</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 719-860.

<sup>48</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>49</sup> MARTINS-COSTA, Judith: *A boa-fé...*, p. 466-468.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível (AC) nº 196044572. Relator: Roberto Expedito da Cunha Madrid. julgado em 15 maio 1996.

Cite-se também o caso em que a falta de assinatura da mulher em contrato de promessa de compra e venda, com posterior admissão em juízo pela mesma de sua existência e validade para lhe gerar efeitos convenientes, aliado ao decurso de 17 (dezessete) anos de posse mansa e pacífica dos promitentes-compradores, tornou inadmissível o ato de posterior recusa de outorga de escritura.<sup>51</sup>

Em outros ordenamentos jurídicos, a vedação de comportamentos contraditórios ou, ainda, o aproveitamento de posição obtida por meio da violação de uma norma jurídica, hipótese que será tratada no item seguinte, se apresentam sob diversas variantes. Assim, na *commow law*, tal tutela é assegurada pelo instituto da *estoppel*, enquanto na Argentina se enquadra na categoria genérica denominada *teoria de los actos propios*.<sup>52</sup>

O *venire contra factum proprium* parece ser, entre as figuras típicas ora em exame, aquela que tem maior potencial de aplicação às relações negociais celebradas entre entes públicos, não só pela maior facilidade de visualização da necessidade de proteção da confiança legitimamente criada naquele que acreditou na conduta inicial de outrem, mas também por ter um maior desenvolvimento judicial, pela aplicação a alguns casos concretos, e doutrinário, pelos estudos específicos sobre o tema.<sup>53</sup>

Há, inclusive, um precedente do Superior Tribunal de Justiça que, com base na proibição de comportamentos contraditórios, impediu a pretensão de um Município de anular judicialmente contratos de loteamento celebrados irregularmente, quando o próprio Município estava promovendo o loteamento, tomou dinheiro de interessados e tinha condições de regularizá-lo.<sup>54</sup>

É possível imaginar uma série de situações em que um comportamento inicial de um ente da federação crie uma legítima expectativa de que determinado padrão de conduta será mantido. Esta confiança legítima é valorizada pela ordem jurídica, que a protege, impedindo, por meio da aplicação do *venire*, que o ente político passe a praticar atos contraditórios com o primeiro comportamento.

Sem adentrar nos detalhes do caso concreto, seria, por exemplo, interessante analisar, sob a ótica da proibição dos comportamentos contraditórios, a promessa não concretizada, ao menos na íntegra, de ressarcimento aos Estados por obras de conservação realizadas em estradas federais.

Em um contexto de divisão de competências constitucionais e de centralização de receitas cada vez maior no ente central da federação, torna-se comum

<sup>51</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 95.539 / SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. julgado em 3 set. 1996. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n. 93, p. 314. Hipótese esta que também poderia ser enquadrada no item relativo à inalegabilidade de nulidades formais, a demonstrar a ausência de rigidez na separação entre os grupos, pois todas as figuras típicas, na verdade, são sistematizações realizadas a partir do exame de casos concretos e podem ser reconduzidas à boa-fé e à proteção da confiança.

<sup>52</sup> MARTINS-COSTA, Judith: *A boa-fé no direito privado*, op. cit, p. 462-463.

<sup>53</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: O renascer do *Venire Contra Factum Proprium*. In: REALE, Miguel. REALE JÚNIOR, Miguel. FERRARI, Eduardo Reale (coord.). *Experiências do Direito*. Campinas: Millenium Editora, 2004, p. 23-61.

<sup>54</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (Resp) nº 141.879 / SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. julgado em 17 mar.1998. *D.J.* 22 jun. 1998.

que a União Federal incentive, contratualmente ou não, os Estados e os Municípios a executar determinadas tarefas, mediante a devida contraprestação financeira. Nesses casos, a confiança legitimamente gerada nos entes políticos, que executaram determinadas tarefas, esperando a concretização do repasse prometido ou avançado, pode ser tutelada pela ordem jurídica pela aplicação da figura típica em análise, observadas sempre as peculiaridades do caso concreto.

### 3. *Tu quoque*

O *tu quoque*<sup>55</sup> corresponde à vedação do exercício de um direito subjetivo obtido às custas da violação de uma norma jurídica. Ofende ao sentimento de justiça dominante a situação em que um sujeito, aproveitando-se de violação a norma jurídica por ele mesmo perpetrada, deseja exercer contra outrem um direito subjetivo que lhe foi atribuído em decorrência daquela circunstância.<sup>56</sup>

Seu campo de aplicação precípua é o do vínculo contratual. No chamado *tu quoque* contratual, aquele que, ao descumprir deveres do processo obrigacional, altera a harmonia da estrutura sinalagmática, atinge o conteúdo das prestações contrapostas, e não pode, sob pena de configuração do abuso, pretender seu cumprimento estrito.

Em termos mais genéricos, a pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material instituída, não pode, posteriormente, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu, sendo, em alguns casos, até mesmo extinto o seu direito ou modificado o seu alcance.<sup>57</sup> É também exercício de direito contrário à boa-fé, cuja vedação decorre não só do art. 187 do novo Código Civil, mas do próprio princípio da confiança.

Na Alemanha, ainda em 1908, se entendeu que:

“... quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indenização por não cumprimento ou à rescisão, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato.”<sup>58</sup>

<sup>55</sup> A referência histórica da expressão “*tu quoque*” remonta o Império Romano. No ano 44 A.C., Caio Júlio César foi vítima de uma conspiração, na qual acabou sendo assassinado com diversas punhaladas. Ao perceber a traição, sentindo sua confiança abalada pela participação de pessoas próximas suas, inclusive Brutus, seu filho único e adotivo, o Imperador teve como suas últimas palavras: “*Tu quoque, Brutus, fili mi!*” - Até tu, Brutus, filho meu!.

<sup>56</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 719-860.

<sup>57</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 719-860.

<sup>58</sup> Idem, *ibidem*, pp. 839-840.

Nesse sentido, entendendo a obrigação como um todo e como um processo<sup>59</sup>, é possível imaginar a hipótese em que a falta de cumprimento de deveres anexos de informação por parte de um dos contratantes, suficientemente grave a ponto de desequilibrar a harmonia do sinalagma, pode tornar inadmissível o exercício do direito subjetivo da parte contrária à rescisão contratual, caso a prestação não tenha sido cumprida em todos os pontos.

No que concerne ao tema do trabalho, dada a sistemática de repasses de recursos entre as entidades, bem como a necessidade de cumprimento não só das obrigações constitucionais, mas também das inúmeras avenças e compromissos celebrados por União, Estados e Municípios, não é difícil prever que a falta de cumprimento, por parte de um determinado ente, de algum dos seus deveres em uma das múltiplas relações existentes, possa causar um desequilíbrio na harmonia de outras relações, contratuais ou não. A parte que não cumpriu integralmente os seus deveres e, com isso, abalou o equilíbrio de uma relação não pode, sob pena de ofensa à boa-fé, exigir que a outra cumpra rigorosamente com sua prestação.

Nesse sentido, sob o enfoque o *tu quoque*, seria interessante indagar a possibilidade de tutela da ordem jurídica aos Estados que, mesmo deixando de perceber repasses e ressarcimentos que legitimamente confiaram que receberiam, como, por exemplo, pela desoneração das exportações, são compelidos a pontualmente adimplir as prestações do contrato de renegociação de dívidas com a União, entre outros.

#### **4. Inalegabilidade de nulidades formais**

Outra hipótese de exercício inadmissível de direitos seria a impossibilidade de alegação de nulidades formais, em dadas circunstâncias, para se eximir do cumprimento de obrigação efetivamente assumida.

Tais casos devem ser analisados com cuidado no direito brasileiro, especialmente no direito público, em que a administração, por lidar com interesses indisponíveis, deve observar o princípio da legalidade e as formalidades exigidas.

Assim, pode-se até admitir exercício inadmissível em casos tais no direito pátrio, desde que atendidos requisitos específicos. A alegação de nulidades formais por uma parte, para se eximir de obrigação assumida, somente poderá ser tida por abusiva, se a parte contrária, estando em situação de boa-fé subjetiva quanto à existência de nulidade, tenha sua confiança atingida, além de suportar as conseqüências danosas. A conseqüência do reconhecimento do abuso nesse caso, entretanto, poderá ficar limitada à reparação dos danos, tendo em vista a impossibilidade de manutenção do ato ou negócio jurídico pela existência de nulidade formal insanável.<sup>60</sup>

Como exemplo, pode ser citada uma decisão de Tribunal português, em

<sup>59</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do: *A obrigação como...*, op. cit.

<sup>60</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 719-860.

que, em um caso de contrato de empréstimo, sem o reconhecimento notarial da assinatura do representante do credor, com violação expressa a dispositivo de lei, não foi aceita a alegação de nulidade em razão do vício de forma por parte do devedor. Entendeu-se pela configuração de abuso do direito, na forma do art. 334 do Código Civil daquele País, eis que o devedor, conhecedor *ab initio* da nulidade formal invocada, sempre pautou sua conduta de forma consuetânea com intuito de cumprir o contrato e de não o discutir.<sup>61</sup>

Outro caso interessante é aquele já mencionado no trabalho, em que o Município não pode anular judicialmente contratos de loteamento, mesmo tendo sido celebrados irregularmente. No caso, como referido, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o ente público promoveu o loteamento, captou recursos, e podia regularizar a situação, assim injustificada sua pretensão à anulação dos negócios por nulidades formais.<sup>62</sup>

## 5. *Supressio e Surrectio*

Há *supressio* quando um titular de um direito subjetivo, em certas circunstâncias, tendo deixado de exercê-lo em determinado lapso temporal, não pode mais fazê-lo, sob pena de afrontar a boa-fé. Trata-se, portanto, de uma demora desleal no exercício de um direito, que gera insegurança nas expectativas de continuidade exigidas nas relações jurídicas. A *surrectio* é a mesma situação encarada sob o prisma da contraparte, considerada como a criação de um direito ao não exercício de posição jurídica atribuída à parte adversa, nas condições acima mencionadas, a fim de proteger sua confiança.<sup>63</sup>

Ambas não se confundem com a prescrição e com a decadência, pois se aplicam a direitos ainda não alcançados por tais institutos, pois, do contrário, não haveria necessidade de desenvolvimento de uma figura autônoma. Para a sua configuração, há de se exigir não só o decurso considerável de tempo, que pode ser variável caso a caso, como também indícios objetivos de que o direito não seria exercido, não sendo necessário, contudo, se cogitar de intenções subjetivas.<sup>64</sup>

O Código Civil de 2002 traz em seu art. 330 um exemplo de situação que poderia ser enquadrada como *supressio* ou *surrectio*. Trata-se da presunção de renúncia do credor quanto ao local de pagamento previsto contratualmente, quando reiteradamente feito em outro lugar.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul utilizou tais institutos para julgamento de questões envolvendo a cobrança de quantias devidas por força de contratos de mútuo firmados entre usuários e empresa de fornecimento de energia elétrica, cuja exigência se operou depois de transcorridos 15 (quinze)

<sup>61</sup> PORTUGAL. Relação de Lisboa. Recurso n° 3540/97. Relator Lino Augusto Pinto. julgado em 31 mar 1998. *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n. 475, p. 754-756, 1998.

<sup>62</sup> REsp

<sup>63</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 719-860.

<sup>64</sup> Idem, *ibidem*.

anos da celebração da avença. Ainda que não tenha sido reconhecido o exercício inadmissível no caso concreto, a ementa a seguir transcrita serve como exemplo<sup>65</sup>:

“Administrativo. Serviço público de fornecimento de energia elétrica. Contrato de mútuo firmado pelo usuário e a concessionária. Correção monetária. Cláusula contratual. Princípio da boa-fé. Limitação do exercício do direito subjetivo. “Supressio”. 1. A “supressio” constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para a sua configuração exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro.”

Em se tratando de relações negociais envolvendo a União, os Estado e os Municípios, com as reservas e as cautelas necessárias no trato de interesses públicos e muitas vezes indisponíveis, é possível cogitar da aplicação da *supressio* e da *surrectio*, especialmente nos casos de entendimentos consolidados ao longo dos anos pelas práticas administrativas.

## 6. Desequilíbrio no exercício jurídico

Nos casos de desequilíbrio no exercício jurídico podem ser englobadas todas aquelas situações em que o exercício de um direito subjetivo efetivamente previsto em norma se torna inadmissível quando, analisada a realidade material subjacente, haja desproporção relativamente a seus efeitos, a causar injustiça na hipótese concreta.<sup>66</sup>

São os casos mais comuns de abuso, abrangendo toda a sorte de situações em que haja um exercício inútil danoso à contraparte, a exigência de algo que o agente sabe que deva, em seguida, restituir, ou a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto ao outro.

Como exemplos, temos: (i) na França, ainda em 1853, a célebre decisão que condenou o proprietário que construiu, em seu terreno, uma falsa chaminé para vedar a luz do dia a uma janela do vizinho; (ii) a condenação, em 1915, do proprietário que erguera, em seu imóvel, uma estrutura com barras de ferro, destinada a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho<sup>67</sup>; (iii) a decisão, na Alemanha, que considerou abusivo o ato do pai que, motivado por desavenças, proibira a entrada do filho no interior de seu castelo, onde se localizava o sepulcro da mãe<sup>68</sup>; e (iv) na literatura, por fim, há um famoso caso de desequilíbrio

<sup>65</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível (AC) nº 70001911684. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza. julgado em 4 dez. 2000.

<sup>66</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 719-860.

<sup>67</sup> Todas as decisões citadas por MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 671.

<sup>68</sup> MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 692-693.

no exercício jurídico de um direito, consistente na cobrança da dívida do famoso texto *O Mercador de Veneza*<sup>69</sup>.

Como exemplo de aplicação ao tema central do estudo, é possível entender como um desequilíbrio no exercício jurídico de um direito a utilização de uma previsão contratual de inscrição de outro ente político em cadastro de inadimplentes, por débitos de pouca monta, de origem duvidosa ou de data recente, enfim, sem relevância ou repercussão para qualquer das partes, inviabilizando o acesso daquela entidade ao recebimento de repasses ou ao acesso a financiamentos.

## 6 CONCLUSÃO

Em conclusão, formulam-se as seguintes proposições:

a) o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da proteção da confiança, derivado tanto do princípio da moralidade, como do princípio da segurança jurídica e, por via de consequência, do Estado de Direito;

b) o princípio da proteção da confiança estabelece o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público, que deverá observar um padrão pautado pela boa-fé, correção, probidade e lealdade em todas as suas relações.

c) o federalismo brasileiro pressupõe relações construídas sob uma base de autonomia recíproca, confiança e cooperação, a exigir comportamentos segundo padrões de lealdade, ética, moralidade e probidade, demonstrando que suas relações, inclusive as de caráter negocial, devem ser pautadas pela proteção da confiança legitimamente gerada e pelos padrões da boa-fé objetiva;

d) ainda que se trate de princípio cuja aplicação foi desenvolvida com maior vigor no campo das obrigações entre particulares, é possível defender a utilização do princípio da boa-fé objetiva, com base na proteção da confiança, esta derivada da moralidade administrativa e da segurança jurídica, para pautar comportamentos estabelecidos no âmbito de negócios celebrados entre entes públicos, principalmente quando envolvam questões federativas, tendo em vista a especial natureza dessa relação.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. Revista de Direito Público*, 53-54, p. 58-76.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>69</sup> SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza. Obras Completas*, Madrid: Aguillar, 1951, p. 1047-1093. Nessa obra, o personagem Shylock, frente ao não pagamento de uma dívida no prazo legal, ao invés de simplesmente aceitar o pagamento do valor acordado (ou quantia ainda maior), pretende executar a multa estipulada para o não cumprimento pontual da obrigação, consistente em extirpar uma libra de carne do mercador Antônio, ainda que isto represente a sua morte.

RPGE, *Porto Alegre*, v. 31, n. 66, p. 69-87, jul./dez. 2007

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra, Almedina, 1999.

CONFIANÇA. In: *DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 57, suplemento, p. 13-32, 2003.

\_\_\_\_\_. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 57, suplemento, p. 33-74, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DÓRIA, Sampaio. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 476.

FREITAS LIMA, Ricardo Seibel de. *Pautas para interpretação do art. 187 do Novo Código Civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 838, p. 11-41, 2005.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*. New York: Mentor, 1999, p. 440.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 109-178.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 22, p. 228 a 257, 2002.

\_\_\_\_\_. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: O renascer do Venire Contra Factum Proprium*. In: REALE, Miguel. REALE JÚNIOR, Miguel. FERRARI, Eduardo Reale (coord.). *Experiências do Direito*. Campinas: Millenium Editora, 2004, p. 23-61.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 261.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. *Obras Completas*, Madrid: Aguillar, 1951.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.



# DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL<sup>1</sup>

Luís Roberto Barroso\*

## SUMÁRIO

Introdução

### APRESENTAÇÃO DO TEMA

I. O fornecimento gratuito de medicamentos e a judicialização excessiva

Parte I

### ALGUMAS PREMISSAS DOUTRINÁRIAS

I. A doutrina da efetividade

II. A teoria dos princípios

III. Constitucionalismo, democracia e papel do Judiciário

IV. Conclusão acerca das premissas doutrinárias

Parte II

### O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

I. Breve notícia histórica

II. O sistema normativo a partir da Constituição de 1988

III. A questão específica da distribuição de medicamentos

Parte III

### INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE E AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LIMITES LEGÍTIMOS E CRÍTICAS

I. O espaço inequívoco de atuação judicial

II. Críticas à judicialização excessiva

Parte IV

### ALGUNS PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

---

\* Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor livre-docente pela UERJ e mestre em Direito pela *Yale Law School*. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. O presente estudo baseou-se em pesquisa e debates desenvolvidos no âmbito do INSTITUTO IDÉIAS, dos quais participaram os Professores Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto. Sou grato a três estudiosos que me cederam versões originais de trabalhos seus ainda não publicados: Fátima Vieira Henriques, O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades, mimeografado, dissertação de mestrado, UERJ, 2007; Fábio César dos Santos Oliveira, “Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário”, 2007, artigo inédito; e Rogério Gesta Leal, “A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional”, 2007, artigo inédito.

- I. Em relação às ações individuais
  - II. Em relação às ações coletivas
  - III. Em relação à legitimação passiva
- CONCLUSÃO

## INTRODUÇÃO

### APRESENTAÇÃO DO TEMA

#### I. O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E A JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

1. Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

2. O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critério e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

3. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das

decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

4. O estudo que se segue procura desenvolver uma reflexão teórica e prática acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas. Seu maior propósito é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos. O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos”.

5. Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

## Parte I

### ALGUMAS PREMISSAS DOUTRINÁRIAS

#### I. A DOUTRINA DA EFETIVIDADE

6. O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*<sup>2</sup>. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

<sup>2</sup> Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2006 (a primeira versão do texto é de 1987). A expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

7. Nessa linha, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a *ação* e a *jurisdição*: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

8. Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais<sup>3</sup> ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como conseqüência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido<sup>4</sup>. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista*, que levam em conta fenômenos preendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos.

<sup>3</sup> Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde. É certo, todavia, que já não prevalece hoje a idéia de que os direitos liberais – como os políticos e os individuais – realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples non facere. Pelo contrário, produziu-se já razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos. Por exemplo: a realização de eleições e a organização da Justiça Eleitoral consomem gastos vultosos, a exemplo da manutenção da polícia, do corpo de bombeiros e do próprio Judiciário, instituições importantes na proteção da propriedade. Sobre o tema, vejam-se: Stephen Holmes e Cass Sunstein, *The cost of rights*, 1999; Flávio Galvão, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005; e Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002.

<sup>4</sup>V. Luís Roberto Barroso, *A doutrina brasileira da efetividade*. In: *Temas de direito constitucional*, v. 3, p. 76: “Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”.

## II. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

9. A teoria dos princípios, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado<sup>5</sup>. Na seqüência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito<sup>6</sup>. As duas obras precursoras desses autores – Levando os direitos a sério e Teoria dos direitos fundamentais – deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures<sup>7</sup>. São elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios. A doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a diferença entre ambos<sup>8</sup>.

10. É quanto ao modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto<sup>9</sup>. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos<sup>10</sup>: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra

<sup>5</sup>V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997 (1ª edição: 1977), p. 22 e ss..

<sup>6</sup>V. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e ss..

<sup>7</sup>Vejam-se, exemplificativamente, J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 1253 e ss.; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 243 e ss.; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*, 1996, p. 92 e ss.; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2006; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 40 e ss. e *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 166 e ss.; Rodolfo L. Vigo, *Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial*, 2000, p. 9-20; Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992; Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, 1997, p. 79 e ss.; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003; Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999; Fábio Corrêa de Souza Oliveira, *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 17 e ss.; Walter Claudius Rothenburg, *Princípios constitucionais*, 1999; David Diniz Dantas, *Interpretação constitucional no pós-positivismo*, 2005, p. 41 e ss..

<sup>8</sup>Por simplificação, é possível reduzir estes critérios a apenas três, que levam, em conta: a) o conteúdo da norma; b) a estrutura normativa; c) o modo de aplicação. Não será possível avançar em relação aos dois primeiros, salvo para registrar que princípios expressam valores, direitos fundamentais ou fins públicos, ao passo que regras são normalmente comandos objetivos, descritivos de condutas. Sobre a aproximação entre direitos fundamentais e princípios, v. Roberto Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 82.

<sup>9</sup>Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 24: “Regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada. Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão” (tradução livre).

<sup>10</sup>Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 87 e 88: “[A]s regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras” (tradução livre). Para uma visão crítica sobre o ponto, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003.

a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos<sup>11</sup>.

11. Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Estes entrechoques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, e.g., a livre iniciativa versus a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, e.g., o direito à vida e à saúde de uma pessoa versus o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, e.g., o direito à saúde versus a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos.

12. Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade tudo ou nada, mas sim de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese<sup>12</sup>. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível<sup>13</sup>.

13. Uma última observação: em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja

<sup>11</sup> Expondo a teoria dos princípios de Alexy, averbou Luís Virgílio Afonso da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, mimeografado, 2005, p.

51: “O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”.

<sup>12</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos” (tradução livre).

<sup>13</sup> As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. Também aqui avulta a idéia de mínimo existencial para demarcar a fundamentalidade material do direito e sua consequente exigibilidade. Para além desse núcleo essencial, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias. Sobre a aplicação da teoria dos princípios aos direitos sociais fundamentais, v. Robert Alexy, *Teoria de los derechos*, 1997, p. 482 e ss.

convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição<sup>14</sup>.

### III. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

14. A idéia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira<sup>15</sup>, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. A compreensão desse ponto é decisiva para o equacionamento adequado da questão aqui tratada.

15. O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos<sup>16</sup>. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

16. O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do

<sup>14</sup> Sobre o ponto, v. Daniel Sarmiento, *A ponderação de interesses na Constituição*, 2000, p. 114: “É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”.

<sup>15</sup> CF/88, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

<sup>16</sup> Dela se podem extrair idéias importantes sobre as quais se assenta o pensamento filosófico contemporâneo, como por exemplo: a) toda pessoa humana é um fim em si mesma, não devendo jamais ser transformada em um meio para a realização de metas coletivas (v. Immanuel Kant, *Fundamentação à metafísica dos costumes*, 2005 (edição original de 1785)); b) toda vida desperdiçada, todo fracasso existencial é uma perda para a humanidade como um todo. O Estado, o Direito e a sociedade devem contribuir, na maior extensão possível, para que cada indivíduo desenvolva suas potencialidades e realize o seu projeto de vida (v. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here?*, 2006).

art. 1º da Constituição brasileira<sup>17</sup>. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

17. Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador<sup>18</sup>.

#### IV. CONCLUSÃO DAS PREMISSAS DOUTRINÁRIAS

18. Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.

<sup>17</sup> CF/88, art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>18</sup> A atuação judicial, em certos casos, poderá fundar-se em um ato administrativo, como um regulamento ou portaria. Os atos administrativos, todavia, para serem válidos precisam estar fundados em norma constitucional ou legal. Assim, sua aplicação envolverá, ao menos indiretamente, a aplicação da Constituição ou de uma lei.

## Parte II

# O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. CONSTITUIÇÃO, LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A POLÍTICA DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

## I. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

19. A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX<sup>19</sup>, com a vinda da Corte portuguesa. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Apesar dos abusos cometidos<sup>20</sup>, o modelo “campanhista” obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro<sup>21</sup>.

20. Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública<sup>22</sup>. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto<sup>23</sup>. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência.

<sup>19</sup> No século XIX, foi criada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, principal responsável pela luta no sentido da efetivação das políticas sanitárias. Nessa época, foram desenvolvidas ações de regulação do exercício da medicina, incluindo as atividades dos cirurgiões, e a criação das primeiras escolas de medicina: na Bahia é criada a Escola de Cirurgia, em 1808; e, no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória, em 1809.

<sup>20</sup> Tanto assim que, em 1904, eclode, no governo de Rodrigues Alves, a Revolta da Vacina, caracterizada pela insatisfação do povo frente às medidas tomadas pelo poder público. No que concerne à obrigatoriedade da vacinação antivaríola, o Governo estabeleceu multas aos refratários e a exigência do atestado de vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens, entre outros.

<sup>21</sup> Nesse período, Oswaldo Cruz procurou organizar a diretoria geral de saúde pública. Foram incorporados como elementos das ações de saúde: (i) o registro demográfico, possibilitando conhecer a composição e os fatos vitais da população; (ii) a introdução do laboratório como auxiliar do diagnóstico etiológico; e (iii) a fabricação organizada de produtos profiláticos para uso em massa.

<sup>22</sup> O Ministério substituiu o antigo Departamento Nacional de Saúde Pública, que era vinculado ao Ministério da Justiça. Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde. Na verdade, tratou-se de mero desmembramento do antigo Ministério da Saúde e Educação.

<sup>23</sup> No período, também se destaca, em 1941, a reforma de Barros Barreto, com a qual são instituídos órgãos normativos e supletivos destinados a orientar a assistência sanitária e hospitalar; há a criação de órgãos executivos de ação direta contra as endemias mais importantes (malária, febre amarela, peste); o Instituto Oswaldo Cruz se constitui como referência nacional; as atividades normativas e executivas descentralizam-se no País por 8 regiões sanitárias; são desenvolvidos programas de abastecimento de água e construção de redes de esgoto; são criados serviços especializados nacionais para lidar com doenças degenerativas e mentais (Instituto Nacional do Câncer).

21. Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde<sup>24</sup>.

No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

## II. O SISTEMA NORMATIVO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

22. Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitaria” foi a Assembléia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde<sup>25</sup>.

### II.1. A repartição de competências e a Lei do SUS

23. Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art.

<sup>24</sup> Assim concebido, o sistema possuía diversos problemas. Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde (mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo). Tais problemas foram sendo agravados em decorrência de inúmeros fatores, como o aumento constante dos custos da medicina curativa, centrada na atenção médico-hospitalar de complexidade crescente; a diminuição do crescimento econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário; a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verba do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era tripartite (empregador, empregado e União).

<sup>25</sup> O Sistema Único de Saúde é instituído no artigo 198 da Constituição: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único”. Tal sistema deve ser “descentralizado” e deve prover “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. O texto constitucional demonstra claro compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos os mais abrangentes.

24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente complementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II)<sup>26</sup>. No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde<sup>27</sup>.

24. Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

25. Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI).

26. A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização<sup>28</sup>, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

27. A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. A direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90,

<sup>26</sup> V. Sueli Gandolfi Dallari, Competência municipal em matéria de saúde, *Revista de direito público* 92:173, 1989.

<sup>27</sup> No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente (Lei nº 8.080/90, art. 9º).

<sup>28</sup> V. Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: Emerson Garcia (coord.), *A efetividade dos direitos sociais*, 2004, p. 213.

em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

28. Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização<sup>29</sup>. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema<sup>30</sup>. Os temas do financiamento e da articulação entre os entes para a administração econômica do sistema, porém, não serão objeto de exame neste estudo. Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos.

## II. 2. A questão específica da distribuição de medicamentos

29. No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos<sup>31</sup>. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

<sup>29</sup>A Lei nº 8.080/90 se fez acompanhar de vasta regulamentação, feita através de portarias editadas pelo Ministério da Saúde. A Portaria 2203/96 instituiu a *Norma Operacional Básica do SUS* (NOB), que trata da edição de normas operacionais para o funcionamento do sistema. As NOBs são, acima de tudo, produto da necessidade de cooperação entre entes gestores, de modo a viabilizar a descentralização do Sistema. Até o momento foram publicadas quatro NOBs: 01/91, 01/92, 01/93 e 01/96.

<sup>30</sup>Os recursos da Seguridade serão transferidos, primeiramente, ao Fundo Nacional de Saúde e, depois, aos fundos de saúde dos entes locais (Lei nº 8.080/90, arts. 34 e 35). Esses recursos devem ser depositados nos fundos de saúde de cada esfera de governo, e serão movimentados sob a fiscalização dos respectivos conselhos de saúde.

<sup>31</sup>V. Anexo da Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998 (*DOU* 10 nov. 1998), item nº 5: “No que respeita às funções do Estado, os gestores, em cumprimento aos princípios do SUS, atuarão no sentido de viabilizar o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”. A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Se não assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

30. Com efeito, ao gestor federal caberá a formulação da Política Nacional de Medicamentos, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração da Relação Nacional de Medicamento (RENAME). Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME<sup>32</sup>, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. O Município do Rio de Janeiro, por exemplo, estabeleceu, através da Resolução SMS nº 1.048, de março de 2004, a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME)<sup>33</sup>, instrumento técnico normativo que reúne todo o elenco de medicamentos padronizados usados pela Secretaria Municipal de Saúde<sup>34</sup>.

31. A União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se sobretudo da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional<sup>35</sup>, conforme disposto nas Portarias nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, e nº

<sup>32</sup> Os medicamentos essenciais básicos compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos (RENAME).

<sup>33</sup> A seleção de medicamentos que comporiam a REMUME seguiu os seguintes critérios: (I) Medicamentos de valor terapêutico comprovado, com suficientes informações clínicas na espécie humana e em condições controladas, sobre a atividade terapêutica e farmacológica; (II) Medicamentos que supram as necessidades da maioria da população; (III) Medicamentos de composição perfeitamente conhecida, com somente um princípio ativo, excluindo-se, sempre que possível, as associações; (IV) Medicamentos pelo nome do princípio ativo, conforme Denominação Comum Brasileira (DCB) e, na sua falta, conforme Denominação Comum Internacional (DCI); (V) Medicamentos que disponham de informações suficientes sobre a segurança, eficácia, biodisponibilidade e características farmacocinéticas; (VI) Medicamentos de menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle, resguardada a qualidade; (VII) Formas farmacêuticas, apresentações e dosagem, considerando: a) Comodidade para a administração aos pacientes; b) Faixa etária; c) Facilidade para cálculo da dose a ser administrada; d) Facilidade de fracionamento ou multiplicação das doses.

<sup>34</sup> Ressalta-se ainda que a lista não fica estagnada. Para avaliar a necessidade de atualização, com a inclusão e exclusão de medicamentos, foi nomeada comissão. A Resolução SMS nº 1.139, de 4 de abril de 2005, constituiu o Grupo Técnico de Estudos sobre Medicamentos, formado por profissionais da Secretaria Municipal, envolvidos na gerência de diversas atividades relacionadas às ações e serviços de saúde. V. Resolução SMS nº 1.139, de 4 de abril de 2005, art.3º: “o Grupo Técnico de Estudos sobre Medicamentos terá as seguintes atribuições: a) Padronizar os medicamentos a serem utilizados na rede assistencial própria da Secretaria Municipal de Saúde, dentro dos critérios estabelecidos, que obedeçam aos parâmetros da economicidade, qualidade, segurança e eficácia; b) Avaliar os pedidos de inclusão e exclusão de medicamentos na REMUME-Rio; c) Convidar, quando couber, consultores *ad hoc*, sendo preferencialmente, especialistas ligados aos Programas Nacionais ou Estaduais de Saúde e as comissões técnicas da SMS-Rio, professores de Universidades ou profissionais de notório saber; d) Definir critérios que subsidiem a priorização dos medicamentos para elaboração de protocolos de uso de medicamentos”.

<sup>35</sup> Os medicamentos de “dispensação” em caráter *excepcional* são aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pacientes, e que apresentam alto custo, seja em razão do seu valor unitário, seja em virtude da utilização por período prolongado. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher.

1.321, de 5 de junho de 2007<sup>36</sup>. Assim, ao gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional. No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria de Estado de Saúde criou Comitê Técnico Operacional, com as funções de adquirir, armazenar e distribuir os medicamentos de competência estadual (Resolução SES nº 2.471, de 20 de julho de 2004)<sup>37</sup>. Além disso, criou também o Colegiado Gestor da Política Estadual de Medicamentos e Assistência Farmacêutica (Resolução SES nº 2.600, de 2 de dezembro de 2004)<sup>38</sup>, que tem a função de auxiliar a Secretaria de Estado na gestão da Assistência Farmacêutica. Acrescenta-se ainda que o Governo Estadual possui um programa de assistência farmacêutica denominado Farmácia Popular, que fornece remédios à população a preços módicos<sup>39</sup>.

32. Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes. Após as reflexões teóricas e a descrição

<sup>36</sup> A Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional e apresenta a lista de medicamentos sob a responsabilidade da União. A lista completa contendo mais de 105 substâncias ativas pode ser verificada no endereço: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>. A Portaria nº 1.321, de 5 de junho de 2007, define os recursos a serem repassados para os Estados e o Distrito Federal, a título de co-financiamento, referentes à competência maio e junho de 2007, para a aquisição e distribuição de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional da Tabela SAI/SUS. Nesse mesmo sentido decidiu a Comissão Intergestores Tripartite, no dia 5 de outubro de 2005, em reunião em que foi pactuada a repartição do financiamento dessa espécie de medicamento entre União e Estados: “Na questão dos Medicamentos da Dispensação Excepcional, o secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Dr. Moisés Goldbaum, falou do processo de trabalho na Câmara Técnica Tripartite e do acordo que fecharam para o momento. Após várias considerações CONASS e CONASEMS, onde foram solicitadas ao Ministério as criações de um mecanismo para compensar os Estados com saldos negativos no custeio de medicamentos excepcionais e mecanismos para enfrentar as questões judiciais, a proposta foi pactuada” (Resumo Executivo da Reunião Extraordinária de 05 de outubro de 2006 da Comissão Intergestores Tripartite. Disponível em <http://dtr2001.saude.gov.br/dad/>. Acesso em 27 ago. 07).

<sup>37</sup> Considerando a necessidade de contínuo abastecimento de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica e a necessidade de padronizar os procedimentos administrativos adotados por todos os setores da Secretaria de Saúde, a citada resolução constituiu Comitê com as seguintes atribuições: (i) elaborar os procedimentos operacionais padronizados, para cada etapa do fluxo de aquisição, armazenamento e distribuição de medicamentos; (ii) analisar e avaliar os processos de aquisição de medicamentos em tramitação; (iii) elaborar cronograma de entrega de medicamentos; (iv) elaborar cronograma de pagamento para os fornecedores de medicamentos; (v) elaborar relatório de situação sobre abastecimento de medicamentos no prazo de 07 (sete) dias; e (vi) apresentar relatório com as medidas adotadas no prazo de 15 (quinze) dias.

<sup>38</sup> O Colegiado possui como objetivo formular políticas para o setor que envolvem um conjunto de iniciativas voltadas à promoção, proteção e efetivação da saúde. Segundo o art. 4º da Resolução, “os trabalhos do Colegiado gestor deverá englobar como eixo estratégico suas diretrizes estabelecidas no item 5.3 da Portaria GM/MS nº 3.916/98 e em outros que forem considerados importantes para a melhoria do sistema de gestão, propondo, inclusive, medidas que julgar necessárias, encaminhando-as ao Secretário de Estado de Saúde para deliberação”.

<sup>39</sup> Dados obtidos através do endereço: <http://www.ivb.rj.gov.br/principal.asp>: “Todas as farmácias vendem 48 medicamentos e mais as fraldas descartáveis (tamanhos M e G). Os medicamentos são produzidos pelo próprio IVB, Laboratório Farmacêutico da Marinha, IQUEGO (Indústria Química de Goiás), Lafepe (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco) e FUNED (Fundação Ezequiel Dias, de Minas Gerais). Tudo a R\$ 1. As fraldas são também para deficientes (de qualquer idade). Os medicamentos estão entre os mais consumidos pela terceira idade. São para hipertensão, cardiopatias, problemas de nervos, depressão, glaucoma e osteoporose entre outras. Para comprar na Farmácia Popular, é preciso ter 60 anos ou mais, apresentar receita médica da rede pública e com o nome genérico do medicamento e, ainda, morar nas regiões” (Acesso em 28 ago. 07).

do quadro normativo, levadas a efeito nos capítulos anteriores, impõe-se agora a análise crítica do papel desempenhado pela jurisprudência para, na seqüência, procurar desenvolver alguns parâmetros objetivos capazes de dar racionalidade e disciplina adequada à questão.

### PARTE III

## INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE E AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LIMITES LEGÍTIMOS E CRÍTICAS

### I. O ESPAÇO INEQUÍVOCO DE ATUAÇÃO JUDICIAL

33. O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas<sup>40</sup>.

34. Pois bem. O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos. Não é dessas hipóteses que se está cuidando aqui.

35. O tema versado no presente estudo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso resultam duas seqüências relevantes. A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. Em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

<sup>40</sup> Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro, *Interesse Público* 19:51, 2003.

36. Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

## II. CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

37. A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial<sup>41</sup> que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência. Faz-se no presente tópico um breve levantamento de algumas dessas críticas, sem a preocupação de endossá-las ou infirmá-las. O propósito aqui é oferecer uma visão plural do tema, antes da apresentação dos parâmetros propostos no capítulo seguinte.

38. A primeira e mais freqüente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apóia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática<sup>42</sup>. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais<sup>43</sup>. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra

<sup>41</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição* Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 26, faz referência à “*viragem jurisprudencial*”, observando: “As decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional – daí o nome de *moderno direito constitucional*”.

<sup>42</sup> Segundo José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1999, pp. 83-4. ‘A saúde é (...) *dever do Estado...*’, aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida...” V. também: TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des Antonio Lindberg Montenegro: “Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Impropriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado”.

<sup>43</sup> Segundo o artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

forte obstáculo no modo de posituação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

39. Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional<sup>44</sup>. Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

40. Uma terceira impugnação à atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito à intrincada questão da legitimidade democrática. Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos<sup>45</sup>. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Sobre a noção de desenho institucional, v. F. Schauer, *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, 1998; Noel Struchiner, *Para falar de regras. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de doutorado apresentada à PUC-Rio, 2005

<sup>45</sup> O argumento é assim sintetizado por Ingo Wolfgang Sarlet, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, *Interesse Público* 12:102, 2001: “A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes”.

<sup>46</sup> V. José Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 946: “os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”. No mesmo sentido, segundo Fabiano Holz Beserra, Comentário sobre a decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF, *Revista de direito social* 18:110, 2005: “De outra parte, é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa”.

41. Talvez a crítica mais freqüente seja a financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”<sup>47</sup>. Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais<sup>48</sup>. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário “imiscuir-se na política de administração pública”<sup>49</sup>.

42. Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável<sup>50</sup>. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

<sup>47</sup> Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: Antônio José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (Org.), 2004, p. 455-6: “A doutrina modificou-se radicalmente, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica em que se realçam: (...) d) o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível (expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha – BverGE 33: 303-333 – largamente empregada em Portugal e no Brasil) ou da reserva orçamentária: ‘não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral.’ E) possibilidade de superação do princípio da reserva do possível no caso de contradição inconformável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal jusfundamental.”

<sup>48</sup> Gustavo Amaral, *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 71-3: “Todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”.

<sup>49</sup> TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel Des. Carpena Amorim: “Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença. (DP) Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenco”.

<sup>50</sup> Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista forense* 37: 113, 2003, sintetiza a crítica da seguinte forma: “Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.

43. No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública<sup>51</sup>, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável<sup>52</sup>. Em 2007, Vencido o Des. Hudson Bastos Lourenço”, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico<sup>53</sup>. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde<sup>54</sup>. Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios<sup>55</sup>.

44. As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas

<sup>51</sup> Como esclarece Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista forense* 37: 108, 2003. “Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nesta seara, sem que o constituinte ou o legislador elegeassem uma delas”.

<sup>52</sup> Varun Gauri, Social Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries, *World Development* 32 (3): 465, 2004.

<sup>53</sup> Dados disponíveis em: [http://www.planejamento.rj.gov.br/OrcamentoRJ/2007\\_LOA.pdf](http://www.planejamento.rj.gov.br/OrcamentoRJ/2007_LOA.pdf). Acesso em 22 out. 2007.

<sup>54</sup> Segundo Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, Direito à saúde no Brasil e princípios da seguridade social, *Revista de direito social* 20:58, 2005: “O atendimento integral é fruto da universalidade objetiva, sendo que a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, é oriunda da razoabilidade. Como diria São Jerônimo, *sancta simplicitas: é melhor prevenir que remediar*. E remediar faz mais sentido quando se trata de saúde. Previnam-se as doenças, mantendo-se o atendimento para os já enfermos. Tal prevenção envolve um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. (...) Estas diretrizes [as do art. 200 da CF/88] confirmam o alcance de um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador, v. g., são interesses difusos, pois causam impacto social. A vigilância sanitária e epidemiológica também é prioridade. Temos visto recentemente o governo investir mais em referendos do que no controle da febre aftosa ou da gripe aviária. São questões intrínsecas à saúde, que deveriam ser essência da atuação estatal”. V. também: Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 19: “Certas prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário”.

<sup>55</sup> Nesse sentido, v. TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel Des. Carpena Amorim.

institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média<sup>56</sup>.

45. Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública<sup>57</sup>. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Como sustenta Lúcia Léa Guimarães Tavares, O fornecimento de medicamentos pelo Estado, Revista de direito da Procuradoria-Geral 55:109-10, 2002: “Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são ‘seletivas’ no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito da questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário”.

<sup>57</sup> É o que explica Marcos Masselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 22-3: “O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (habeas corpus, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração”.

<sup>58</sup> Confira-se, a respeito, a explicação de Ana Paula de Barcellos, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, Revista de direito do Estado 3:32, 2006: “Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”.

## PARTE IV

## ALGUNS PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR A ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

## I. EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES INDIVIDUAIS

***Parâmetro: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos***

46. O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima<sup>59</sup>. Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

47. Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

48. Foi nessa linha que entendeu a Ministra Ellen Gracie na SS 3073/ RN, considerando inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Governo Estadual (Rio Grande do Norte) não estava se negando à prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as

<sup>59</sup> Parece impossível, por evidente, considerando a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, impedir demandas individuais que visem ao fornecimento de medicamentos não incluídos em lista. Ao decidir tais demandas, porém, o magistrado terá o ônus argumentativo de enfrentar os óbices expostos no texto. O ideal, a rigor, seria o magistrado oficial ao Ministério Público para que avalie a conveniência do ajuizamento de uma ação coletiva, ainda que, naquele caso específico, e em caráter excepcional, decida deferir a entrega do medicamento para evitar a morte iminente do autor. O tema será retomado adiante ao longo do texto.

políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combatidas políticas de saúde<sup>60</sup>.

49. Essa mesma orientação predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos<sup>61</sup>. A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista. Se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.

## II. EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES COLETIVAS

### ***Parâmetro: a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas***

50. Um dos fundamentos para o primeiro parâmetro proposto acima, como referido, é a presunção – legítima, considerando a separação de Poderes – de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos.

51. Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede

<sup>60</sup> STF, DJU 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado ‘efeito multiplicador’ (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência”.

<sup>61</sup> STJ, DJU 2 fev. 2004, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves.

que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias<sup>62</sup>. As razões para esse parâmetro são as seguintes.

52. Em *primeiro lugar*, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discutilos. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

53. Em *segundo lugar*, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça<sup>63</sup>. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.

54. Em *terceiro lugar*, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de

<sup>62</sup> Isso, é claro, dependeria de uma revisão mais abrangente da tradicional jurisprudência do STF, restritiva ao controle em abstrato das leis orçamentárias. Como exemplo dessa linha interpretativa, v. STF, DJU 16 mar. 2007, ADI 3.652/RR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Limites na elaboração das propostas orçamentárias (Art. 41): inviabilidade do exame, no controle abstrato, dado que é norma de efeito concreto, carente da necessária generalidade e abstração, que se limita a fixar os percentuais das propostas orçamentárias, relativos a despesas de pessoal, para o ano de 2006, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público: precedentes”.

<sup>63</sup> Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 1992; Gustavo Amaral, *Direito, escassez & escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, 2001; e Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005.

recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado.

55. No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confirmam-se.

**a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.**

56. Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a *comprovada eficácia das substâncias*. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir *Interferon Perguilado* ao invés do *Interferon Comum*, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada. Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento<sup>64</sup>. No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a entrega de substâncias como o composto vitamínico “cogumelo do sol”, que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia<sup>65</sup>.

**b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.**

57. A inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS<sup>66</sup>. Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário. Nesse sentido, embora em demanda individual, o Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF, admitiu a possibilidade do exame dos fatos e provas, de modo a verificar se seria possível a substituição do tratamento no exterior por um similar no país, o que apenas não ocorreu por se tratar de recurso extraordinário<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> STJ, DJU 5 abr. 2004, AgRg-Pet 1.996/SP, Rel. Min. Nilson Naves.

<sup>65</sup> Como esclarece Ricardo Seibel de Freitas Lima, *Direito à saúde e critérios de aplicação*, *Direito Público* 12:68-9, 2006: “o Poder Judiciário não necessita ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja a compelido a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros”.

<sup>66</sup> Ricardo Seibel de Freitas Lima, *Direito à saúde e critérios de aplicação*, *Direito público* 12:66, 2006.

<sup>67</sup> STF, DJU 26 out. 2004, RE 411557/DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

**c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.**

58. Pelas mesmas razões referidas acima, os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99), é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.

**d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.**

59. A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência.

### III. EM RELAÇÃO À LEGITIMAÇÃO PASSIVA

**Parâmetro: o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido**

60. Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

61. Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

**CONCLUSÃO**

62. Diante do exposto, é possível compendiar nas proposições seguintes as principais idéias no que diz respeito ao dever estatal de fornecer medicamentos à população:

A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

# O EXERCÍCIO DOS DIREITOS SEGUNDO AS BALIZAS DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL/2002

Adriana Menezes de Simão Kuhn<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. Parte 2. AS DUAS LEITURAS DA DOUTRINA PARA O ARTIGO 187: A – Pela ótica do abuso de direito; B – Pela ótica do exercício inadmissível de posições jurídicas. Parte 3. AS BALIZAS AO EXERCÍCIO DO DIREITO NO ARTIGO 187: A – Função econômica ou social. B – Boa-fé objetiva; C – Bons costumes. Parte 4. AS CONSEQUÊNCIAS DO EXERCÍCIO ILÍCITO DO DIREITO: A – Abuso de direito e responsabilidade civil; B – O exercício inadmissível de posições jurídicas e as possíveis consequências do agir ilícito. 5 CONCLUSÃO.

## 1 INTRODUÇÃO

*Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Tanto por sua localização, quanto por sua redação, podemos considerar o artigo 187 uma síntese dos princípios fundamentais da eticidade, da socialidade e da operabilidade<sup>2</sup>, que guiaram a elaboração do projeto do Código Civil Brasileiro de 2002.

Inserto na Parte Geral, no Título III do Livro III, que trata dos Atos Ilícitos, espécie de Fato Jurídico, a norma pode ser aplicada nas mais diversas relações privadas. Enquanto seu antecessor, o artigo 186, conceitua o ato ilícito e seus elementos de forma a avaliar o comportamento do próprio sujeito da ação ou omissão, o artigo 187 permite que valores éticos e sociais sejam exigidos como parâmetro no exercício dos direitos. Também, enquanto cláusula geral<sup>3</sup>, permite ao juiz preencher o conteúdo de termos vagos - função econômica ou social, boa-fé e bons costumes, que ganham definição a partir da análise do caso concreto. Ainda, não especifica as consequências do ato ilícito que refere, as quais depen-

<sup>1</sup> Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Privado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Seminário apresentado na Disciplina Teoria Geral do Direito Privado no primeiro semestre de 2005.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*. In Revista dos Tribunais, v. 808, p. 11-19.

<sup>3</sup> Como refere Judith Martins-Costa, são *proteiformes* as cláusulas gerais porque assumem, seja qual for o ângulo de análise do estudioso, uma diversa significação. Aqui as tomamos por sua constituição, definida pela mesma autora, de meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretrizes econômicas, sociais e políticas, viabilizando sua sistematização no ordenamento jurídico. In A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 274.

dem da verificação de outros elementos do caso, entre elas, a mais comum, seria a obrigação de indenizar<sup>4</sup>.

Por tudo isso, a doutrina tem reconhecido o grande potencial deste artigo, considerando uma inovação importantíssima, apta a um grande desenvolvimento jurisprudencial<sup>5</sup>. No entanto, não é unânime na leitura doutrinária acerca da natureza jurídica do ilícito do artigo 187.

Num primeiro momento, a maioria viu no dispositivo a figura do abuso de direito<sup>6</sup> e, aos poucos, vem se desenvolvendo, no caminho dos doutrinadores portugueses, que possuem dispositivo semelhante em seu Código Civil, desde 1966<sup>7</sup>, uma posição minoritária que vê no artigo a teoria do exercício inadmissível de posições jurídicas<sup>8</sup>. De um lado ou de outro, existem opiniões respeitáveis e, ao contrário do que muitas vezes ocorre no direito, a elaboração conceitual com base numa doutrina ou em outra não é um filigrana teórico, destinado a estereis discussões acadêmicas, mas representa uma diferença no alcance e nas conseqüências da norma do artigo 187.

Por outro lado, tão ou mais importante é a delimitação do alcance das balizas determinadas pelo artigo, bem como do próprio alcance do ilícito ali previsto. No que concerne as balizas, enquanto a boa-fé objetiva, de certa forma, já encontrou o seu espaço em nosso direito, tanto na doutrina como nos tribunais, a função social ainda procura um âmbito de aplicação. Afora a questão da propriedade que possui contornos definidos constitucionalmente desde 1988, ainda causa grandes discussões a função social do contrato, instrumento jurídico ainda fortemente marcado por idéias voluntaristas. Sem falarmos dos bons costumes, conceito recorrente no direito, mas que, na prática, traz em si grandes dificuldades de definição, sobretudo diante da pluralidade de valores da sociedade contemporânea. Por fim, existe a dificuldade frente ao próprio conceito de ilicitude, que possui como componente, tradicionalmente, a idéia da culpa e por conseqüência mais direta a reparação do dano, o que se contrapõe à objetividade dos próprios parâmetros determinados no dispositivo e a possível extensão da tutela ali inserida para além da reparatória.

Assim, tendo por base a importância do tema e as divergências doutrinárias sobre o que se afigura no artigo 187 do Código Civil, elaboramos um plano de trabalho que se dedica, na primeira parte, a mostrar as duas leituras doutrinárias

<sup>4</sup> MARTINS COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito da ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/html1/artigos/documentos/texto382.htm](http://www.mundojuridico.adv.br/html1/artigos/documentos/texto382.htm), pesquisa realizada em 18.11.2004.

<sup>5</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 168.

<sup>6</sup> Nesse sentido Humberto Theodoro Jr. in *Comentários ao Novo Código Civil*, v. III, T. II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110/128.

<sup>7</sup> *É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito*. Texto disponível na Internet no site: [www.mreis.pt/docs/cc.htm](http://www.mreis.pt/docs/cc.htm), consultado em 08-12-2004.

<sup>8</sup> Nesse sentido: MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 97, p. 143-169, mar-2005.

que vêm sendo feitas do referido artigo. Na segunda parte, examinaremos então as balizas propostas pelo legislador e, por fim, na parte terceira, verificaremos quais as possíveis conseqüências deste exercício ilícito do direito.

## 2 AS DUAS LEITURAS DA DOCTRINA PARA O ART. 187

Diferentemente do que ocorre no artigo 334 do Código Civil Português de 1966, que alguns autores consideram a fonte inspiradora do artigo 187 de nosso Código<sup>9</sup>, o legislador brasileiro não deu ao dispositivo o epíteto “abuso de direito”. Nossa classificação restou aberta e dependerá muito da interpretação da doutrina e, posteriormente, da construção da jurisprudência sobre o tema. Circunscrito à teoria do abuso, o artigo 187 representará um limite negativo ao direito subjetivo, determinando formas de agir não aceitas pelo ordenamento. Por outro lado, a leitura a partir da teoria do exercício inadmissível de posições jurídicas, permite que o artigo 187 cumpra de forma mais ampla sua tarefa de introduzir limites éticos ao exercício dos direitos, recomendando positivamente formas de agir aos agentes privados pelo ordenamento jurídico e não apenas determinando o que não deve ser realizado por estes agentes.

De forma sintética, passaremos a analisar as bases teóricas das duas leituras feitas pela doutrina, nesses primeiros anos de vigência do Código Civil Brasileiro, sobre o artigo 187.

### A) PELA ÓTICA DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

A teoria do abuso de direito, expressão cunhada pelo autor belga Laurent, teve sua gênese em construções jurisprudenciais francesas que datam da fase inicial de vigência do Código Napoleônico<sup>10</sup>. Não sem razão os pleitos surgiram relacionados a questão da propriedade, uma vez que, com a Revolução Francesa e a entrada em vigor do Código Napoleônico, este conceito técnico-jurídico revelou-se a expressão máxima do poder do indivíduo sobre seus bens, podendo dele fazer o uso que melhor lhe aprouvesse<sup>11</sup>, naturalmente que os conflitos surgissem nas relações entre sujeitos senhores de direito tão absoluto<sup>12</sup>. Um dos exemplos mais citados entre esses casos jurisprudenciais é o do proprietário que ergueu em seu terreno espigões de ferro para destruir dirigíveis construídos pelo vizinho. Porém,

<sup>9</sup> Por exemplo: Humberto Theodoro Jr. in Comentários ao Novo Código Civil, v. III, T. II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110/128.

<sup>10</sup> Conforme MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 670.

<sup>11</sup> Para uma história da transição do direito simultânea sobre as coisas no direito antigo franco para o conceito exclusivista de propriedade com bases romanas PATAULT, Anne-Marie. *Introduction historique au droit des biens*. Paris: PUF, 1989. Collection Droit Fondamental – Droit Civil.

<sup>12</sup> Sobre abuso no direito de propriedade no direito francês, ver: MARTIN, Raymond. *De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*. In Revue Trimestrielle de Droit Civil, T. 73, 1975, p. 52-65.

o desenvolvimento dessa teoria, como adverte Pontes de Miranda<sup>13</sup>, não representa uma reação ao individualismo da noção de direito subjetivo, mas, sim, uma consequência do próprio desenvolvimento dessa noção. Nesse contexto, seria o abuso de direito uma *teoria (individualista) das relações entre direitos individuais*<sup>14</sup>.

Do estudo dos casos jurisprudenciais, já no início do séc. XX, desenvolveu-se uma Teoria do Abuso do Direito na França<sup>15</sup>, a despeito das críticas negativistas, como a de Planiol que objetava ser a expressão uma logomaquia, pois todo ato abusivo, tão-só por ser ilícito, não é exercício de um direito, ou seja, o *direito cessa onde começa o abuso*<sup>16</sup>. As teses positivistas dividiram-se nas subjetivistas, dependentes para caracterizar o abuso do elemento subjetivo *animus nocendi*, e as objetivistas, entre estas, a mais célebre foi desenvolvida por Josserand, seguindo a linha do finalismo sociológico do direito subjetivo<sup>17</sup>. Nessa construção, Josserand, que via a teoria como uma necessária relativização das idéias voluntaristas individualistas do Código de Napoleão<sup>18</sup>, defendia que a realização dos direitos dos homens se dava no meio social e, nesse contexto, advinha da sociedade o critério objetivo para a relatividade dos direitos individuais<sup>19</sup>. Critérios esses que estavam no espírito do direito objetivo, do qual poderia se afastar o sujeito quando do exercício do direito subjetivo<sup>20</sup>. No entanto, mesmo nessa construção, em razão da preocupação de autor em enquadrar o ato abusivo entre os geradores de responsabilidade civil, passou a ser necessário investigar a existência de um elemento subjetivo que contrarie a finalidade daquele direito.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> In Tratado de Direito Privado, v. 56. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, § 5.500.

<sup>14</sup> Tratado de Direito Privado, v. 56. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, § 5.500, p. 63.

<sup>15</sup> Ver CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 477.

<sup>16</sup> Para uma análise da argumentação de Planiol: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Lisboa: Centro de Estudos Técnicos da Direção-Geral das Contribuições Fiscais e Impostos – Ministério das Finanças, 1973, p. 321. Josserand atribui as críticas quanto a aparente contradição dos termos abuso e direito, entre elas a de Planiol, a uma análise superficial da teoria que não levou em conta as diferentes acepções do termo direito. Ver: JOSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1939, p. 333. Consideram autores franceses, no entanto, que caso a crítica de Planiol tivesse triunfado, o progresso da teoria teria sido prejudicado, porque os tribunais seriam privados do termo apto a dar mais clareza a suas decisões. Para eles: *Le nom donné à l'institution a été le meilleur agent de sa diffusion*. (O nome dado a instituição foi o melhor agente da sua difusão, em tradução livre). Ver: CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 478.

<sup>17</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Lisboa: Centro de Estudos Técnicos da Direção-Geral das Contribuições Fiscais e Impostos – Ministério das Finanças, 1973, p. 404.

<sup>18</sup> Josserand faz uma análise da resistência persistente a teoria do abuso de direito, 30 anos após o conceito ter sido recuperado e apresentado por diversos juristas, apesar de, no seu entender, estar ela presente desde Roma. Falando da realidade de seu país, afirma que isso se deve ao ódio pelo Antigo Regime e a cristalização dos valores revolucionários. Ver: JOSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1939, p. 5-6.

<sup>19</sup> JOSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1939, p. 7.

<sup>20</sup> Concluí-se da análise do trecho: JOSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1939, p. 334-335.

<sup>21</sup> Conclui nesse sentido CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Lisboa: Centro de Estudos Técnicos da Direção-Geral das Contribuições Fiscais e Impostos – Ministério das Finanças, 1973, p. 415. Josserand pondera que a responsabilidade em razão do ato abusivo teria um caráter misto, pois coloca em confronto um ato produzido por uma vontade jurídica e um conceito objetivo – a função social do direito. JOSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits*. Paris: Dalloz, 1939, p. 414.

A posição de Josserand traduziu a corrente que garantiu certo sucesso a teoria do abuso na França, traduzida pela linha social que entende os direitos como atribuições não tanto para defender nossa liberdade individual, mas para cumprirmos nossa missão social<sup>22</sup>. No entanto, ainda hoje é considerada uma posição perigosa, sobretudo na análise judiciária; obrigado o magistrado a descobrir o objetivo do direito atribuído pelo legislador poderá deslizar facilmente do jurídico para o político<sup>23</sup>. Ainda vale registrar que, na França, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, entendem que o critério para avaliar o abuso de direito reside na noção de culpa, porque o exercício abusivo gera responsabilidade, embora esta noção reste alargada, pois os tribunais não hesitam em responsabilizar por abuso de direito quando este for exercido sem um “interesse sério” do seu titular<sup>24</sup>.

É a essa figura, cristalizada na noção polêmica de Josserand, que vem sendo ligado pela maioria da doutrina o artigo 187 do atual Código Civil. Theodoro Jr. entende que atualmente a teoria do abuso de direito se impõe devido à necessidade de conciliar a utilização individual do direito com o respeito a uma esfera jurídica alheia<sup>25</sup> e vê no artigo 187, claramente, a adoção de sua feição subjetiva<sup>26</sup>. Em sentido contrário foi divulgado o Enunciado n. 37, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 11 a 13 de setembro de 2002, que dispõe: *A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.*<sup>27</sup> Portanto, permanece a figura do abuso de direito, mas na sua feição objetiva, no que se refere à responsabilidade civil.

Assim, ressalta-se uma leitura negativa que determina muito mais uma restrição a determinados usos do direito subjetivo do que uma prescrição de comportamento. Sob essa ótica o âmbito da ilicitude no artigo 187 estaria contida, basicamente nos limites de um exercício dos direitos subjetivos, nos quais as balizas legais seriam ultrapassadas pelo desvio de uma finalidade socialmente reconhecida de conteúdo pré-determinado, ou seja, já presente na própria delimitação objetiva daquele direito. Nesse contexto, mesmo que não haja discussão sobre a culpa, a conseqüência direta seria o dever de indenizar e, assim, a necessidade da caracterização dos elementos do suporte fático da responsabilidade civil, em especial, o dano.

<sup>22</sup> Conforme: CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 479.

<sup>23</sup> Assim expressam: CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 479.

<sup>24</sup> CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 479.

<sup>25</sup> in Comentários ao Novo Código Civil, v. III, T. II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.

<sup>26</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Lisboa: Centro de Estudos Técnicos da Direção-Geral das Contribuições Fiscais e Impostos – Ministério das Finanças, 1973, p. 118.

<sup>27</sup> Disponível na Internet: [www.cjf.gov.br/revista/enunciados/Enunciados](http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/Enunciados). Consulta realizada em 08/12/2004.

## B) PELA ÓTICA DO EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS

Segundo Menezes Cordeiro, no século XIX, quando o abuso de direito de construção francesa foi recepcionado na Alemanha, ganhou uma feição própria e qualitativamente diferente<sup>28</sup>. Por inexistir na Alemanha versão tão absoluta da concepção jussubjetiva, bem como não terem encontrado os doutrinadores germânicos provas da existência da teoria nos textos romanos, as práticas socialmente reprováveis foram remetidas a figuras jurídicas já reconhecidas, sobretudo a *exceptio doli* (poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo<sup>29</sup>) e a *chicana* (exercício do direito para prejudicar outrem)<sup>30</sup>. No entanto, não tardou outras situações tipicamente abusivas passarem a ser condenadas como exercício inadmissível de direitos, primeiramente, sendo construído este conceito da *ponderação pontual de casos concretos, à luz de normas e princípios jurídicos*<sup>31</sup>. Menezes Cordeiro<sup>32</sup> salienta que, na Alemanha, a via percorrida foi claramente a da Ciência do Direito, opondo-se, metodologicamente, ao que ocorreu na França, onde o abuso partia de considerações gerais, política ou sociais.

É essa leitura, ampliando o exercício de direitos para posições jurídicas, que vem sendo feita do artigo 187 do Código Civil em oposição àquela que o liga a teoria do abuso de direito. Em vez de abuso, tem-se exercício inadmissível, porque não é o direito em si abusivo, mas sim seu exercício de determinada forma. Também se troca a palavra direito, pela locução posições jurídicas, essas capazes de englobar não só os direitos subjetivos, mas também poderes, faculdades e liberdades. Segundo Judith Martins-Costa, na prática, a principal distinção entre as duas leituras é que no exercício inadmissível de posições jurídicas não há necessidade de se verificar a culpa no suporte fático da norma<sup>33</sup>. Prossegue a autora, afirmando existir no dispositivo uma ilicitude de meios, objetiva, contrapondo-se à ilicitude subjetiva, adstrita aquela ao plano da eficácia, ao contrário do que ocorre no Código Português<sup>34</sup> e no Código do Consumidor Brasileiro que situam a abusividade no plano da validade, assim, não há que se falar em nulidade por

<sup>28</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 685/697.

<sup>29</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 721.

<sup>30</sup> Tomada aqui em sentido amplo, porque, segundo Menezes Cordeiro, poderia haver um sentido estrito que consistiria em exercício do direito sem interesse próprio a fim de prejudicar outrem. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 688.

<sup>31</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 695.

<sup>32</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 695.

<sup>33</sup> MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 97, mar-2005, p.165.

<sup>34</sup> É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Disponível na internet: [www.mreis.pt/docs/cc.htm](http://www.mreis.pt/docs/cc.htm), consultado em 08/12/2004.

exercício inadmissível de posições jurídicas<sup>35</sup>. Esse posicionamento contrapõe-se a tradicional visão da ilicitude ligada a consequência da nulidade<sup>36</sup> e revela uma dificuldade a mais para o intérprete brasileiro ao decifrar o artigo ora estudado, até mesmo porque exercício de direito cingi-se ao plano da eficácia. Poderíamos considerar mais feliz a adjetivo utilizado pelo Código Português – ilegítimo – no entanto, Oliveira Ascensão contesta a decisão do legislador daquele país de utilizar tal termo, considera-o demasiado vasto e, em seu entender, não traduz um conceito juridicamente bem delimitado<sup>37</sup>.

Maria Cláudia Cachapuz, seguindo a mesma linha, afirma que os elementos da culpa e do dano só podem ser verificados na hipótese de ilicitude do artigo 186, porque nele há exigência explícita, já o dano, no artigo 187 pode ser apenas uma probabilidade segura<sup>38</sup>. Essa autora, com base na teoria da argumentação racional e no discurso prático de Alexy, propõe uma leitura da ilicitude como fonte de obrigação por uma *teoria externa*, na qual *não há uma relação específica entre o conceito de direito e sua restrição, por ser uma necessidade criada a partir de um elemento externo ao direito [...] de composição de liberdade subjetiva para a convivência num espaço público*; contrapondo-se a uma teoria interna, na qual se configuraria a teoria do abuso de direito, em que o direito já se encontra preenchido por um conteúdo.<sup>39</sup>

No mesmo sentido, porém sem deixar de ligar o artigo 187 à Teoria do Abuso de Direito, Ruy Rosado de Aguiar Jr. aponta que, no nosso direito, diferentemente do que ocorre na França, o desvio no exercício do direito não é avaliado internamente, como que retirados do próprio direito; mas, sim, *definidos por fatores externos, que servirão para o reconhecimento do abuso: o direito deve ser exercido de acordo com o fim social e econômico, com o princípio da boa-fé e com os bons costumes*<sup>40</sup>. O autor também amplia a possibilidade do agir abusivo para além do direito subjetivo, considerando que o princípio pode ser aplicado *nas hipóteses em que não há o direito, mas uma situação jurídica ou uma posição em que o atuar do agente ultrapassa o que, naquelas circunstâncias, era permitido*

<sup>35</sup> MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 97, mar-2005, p. 165.

<sup>36</sup> Conforme Bernardes de Mello: *Ato ilícito (que é espécie de fato ilícito) é, pois, ato jurídico cujo suporte fático tem como cerne a contrariedade ao direito. A invalidade, em seus diversos graus (= nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que implicam contrariedade ao direito*. In *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., revista, 1997, p. 43-44.

<sup>37</sup> OLIVEIRA ASCENÇÃO, José. *Direito Civil Teoria Geral*, v. III – Relações e Situações Jurídicas. Coimbra: Coimbra, 2002.

<sup>38</sup> *In A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Novo Código Civil*. Revista da AJURIS, n. 96, dez/2004, p. 215.

<sup>39</sup> MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. p. 208.

<sup>40</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro*. Revista do CEJ, n. 28, jan-mar 2005, p. 12. Entendemos que o autor não rejeita que no artigo 187 exista um “abuso de direito” porque utiliza esse termo e o liga a tradição francesa, apesar disso, nos parece que sua concepção, na verdade, se molda mais a posição minoritária da doutrina.

ao sujeito pelas cláusulas gerais<sup>41</sup>. Da mesma forma, considera Aguiar Jr., que inexistente elemento subjetivo, não se cogitando de culpa, podendo restar caracterizado mesmo que o sujeito entenda estar agindo de acordo com o direito<sup>42</sup>. Quanto as conseqüências desse agir ilícito, no entanto, afasta-se um pouco o autor das análises de Martins-Costa e Cachapuz, pois entende ponto comum entre abuso e ato ilícito a obrigação de indenizar o dano<sup>43</sup>. Entendemos, assim, que reconduz o exercício abusivo à responsabilidade civil, instituto que tem por pressuposto fundamental para o dever de indenizar a ocorrência de um prejuízo<sup>44</sup>.

Comparando as posições doutrinárias, poderíamos concluir que a teoria do abuso de base francesa já trouxe a resposta para a questão da culpa na sua versão objetiva, assim, desnecessário seria fazer uma nova formulação quanto à natureza do artigo 187. No entanto, como vimos, mesmo hoje, naquele direito, rejeita-se o abuso sem o elemento da culpa para caracterizá-lo, mesmo que a jurisprudência procure alargar o próprio conceito de culpa<sup>45</sup>. Por outro lado, a leitura pela ótica do exercício inadmissível de posições jurídicas autoriza um alargamento das conseqüências do ilícito para além da responsabilidade civil, considerando a possibilidade outras espécies de tutela, que possibilitem afastar o ilícito preventivamente, antes que ocorra o dano.

Em síntese, podemos concluir que sob a ótica do exercício inadmissível de posições jurídicas o âmbito da ilicitude do artigo 187 mostra-se mais amplo, os limites do artigo seriam avaliados a partir do caso concreto, prescindiria de culpa para sua caracterização e seria possível ainda que somente provável o dano. Como conseqüências poderia haver dever de indenizar ou outras determinações, como um não-fazer, a fim de evitar o dano.

### 3 AS BALIZAS AO EXERCÍCIO DO DIREITO NO ART. 187

Ainda é cedo para definir qual das duas leituras antes expostas irá se firmar, como lembra Maria Cláudia Cachapuz, a consolidação doutrinária só se fará no momento em que os tribunais passarem a aplicar o Novo Código<sup>46</sup>. Mas de uma forma ou de outra, as balizas do artigo 187 estão delimitadas, passaremos, então, a examiná-las. Antes, devemos lembrar que o artigo 187 trata de exercício de direitos, portanto, a despeito das dúvidas que a utilização do adjetivo “ilícito” pode trazer,

<sup>41</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro*. Revista do CEJ, n. 28, jan-mar 2005, p. 12.

<sup>42</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro*. Revista do CEJ, n. 28, jan-mar 2005, p. 12.

<sup>43</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro*. Revista do CEJ, n. 28, jan-mar 2005, p. 12.

<sup>44</sup> Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. CAVALIERI Fº, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed. 4ª tiragem, revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 70.

<sup>45</sup> Em CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p.479.

<sup>46</sup> In *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Novo Código Civil*. Revista da AJURIS, n. 96, dez/2004, p. 206.

por se tratar de exercício de direitos, as balizas devem ser verificadas no plano da eficácia, estando, em princípio, conforme o direito as condições de validade do direito exercido. Além disso, também está expresso no artigo que esse exercício para se qualificar como ilícito deve exceder *manifestamente* as balizas enumeradas, o que, para Oliveira Ascensão se justifica, porquanto o princípio da autonomia privada impede uma intromissão desqualificada no exercício dos direitos<sup>47</sup>.

## A – FUNÇÃO ECONÔMICA OU SOCIAL

Como referimos na introdução deste trabalho, a noção de função social no direito privado não foi, ainda, bem delimitada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência<sup>48</sup>, causando especial estranheza quando relacionada ao contrato, instrumento técnico-jurídico que possui, tradicionalmente, como princípio básico a autonomia privada, calcada esta na liberdade do indivíduo<sup>49</sup>. A função econômica liga-se, como ensina Aguiar Jr., à realização do objetivo de ordem patrimonial visado, permitindo uma delimitação mais objetiva quando de sua infração. O que explica, talvez, o porquê de, apesar da baliza ser composta por função econômica ou social, é o termo social que tem causado maiores debates; por este motivo, nele que vamos nos concentrar.

O limite da função social tem íntima ligação com o surgimento da teoria do abuso do direito. Como referimos acima, nos primeiros anos de aplicação do Código Napoleônico chegaram aos tribunais franceses questões relacionadas aos limites do direito subjetivo, sobretudo em razão do exercício do direito de propriedade. Seguiu-se a elaboração doutrinária, chegando-se as formulações de Jossierand sobre a relatividade dos direitos pela sua origem social, que os destinava a cumprir determinada finalidade socialmente delimitada e presente no direito objetivo, como já expomos na primeira parte deste trabalho.

Essa elaboração foi objeto de críticas já na sua origem e, ainda hoje, causa temor, porque, em última instância, contrapõem deveres e liberdades<sup>50</sup>, trazendo para o exercício dos direitos subjetivos limites externos. O grande receio, nos parece, é que o direito subjetivo relativizado perca toda sua carga de liberdade em prol de interesses calcados somente na sociedade, facilmente manipulados por ideologias

<sup>47</sup> In *Direito Civil Teoria Geral*, v. III – *Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 277.

<sup>48</sup> Delimitada constitucionalmente e há mais tempo, a função social da propriedade, apesar de polêmica quanto oposta a sociedade em geral, possui elementos concretos para sua aferição jurídica.

<sup>49</sup> Como afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva, a *acento* [da autonomia privada] *não está na liberdade individual, mas na possibilidade de fazer valer decisões individuais com força vinculativa*. E o hoje, o sentido desta possibilidade deve ser buscado constitucionalmente, *notadamente em dois dispositivos: o art. 1º, III, que trata da dignidade da pessoa humana e no art. 170, que funda a ordem econômica*. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 102 e 105.

<sup>50</sup> VARELA, Laura Beck e LUDWIG, Marcos de Campos. *Da propriedade às propriedades função social e reconstrução de um direito*. In *A reconstrução do direito privado*. MARTINS-COSTA, Judith (org). São Paulo: RT, 2002, 765.

totalitárias, políticas de momento, pelo mercado, ou por outros setores externos capazes de forjar o jurídico a partir de interesses outros capazes de corresponder ao adjetivo “social”.

Por outro lado, ao perseguirmos as características próprias do direito privado, âmbito, sobretudo, das relações entre iguais e da justiça comutativa, compreendemos a dificuldade na abordagem de institutos funcionalizados, como o contrato e a propriedade, mesmo considerando, como contemporiza Michelon Jr., a utilidade deste mecanismo para a distribuição e busca de objetivos sociais úteis a uma distribuição justa de bens em sociedades onde não ocorreu minimamente uma justiça distributiva<sup>51</sup>. Porém, mesmo que não afeita ao direito privado, a funcionalização, resposta à visão autônoma do direito privado<sup>52</sup>, é hoje mais facilmente operacionalizada com a reafirmação da função social e econômica da propriedade no artigo 1228 e da introdução da função social do contrato no artigo 421, ambos do Código Civil de 2002 e, sobretudo, por sua colocação no artigo 187, da Parte Geral, que permite sejam identificados outros institutos funcionalizados.

Assim, tendo em conta essa realidade e nossa tradição “bartolista”<sup>53</sup>, que, segundo Martins-Costa, permitiu o hábito entre nossos juizes de fundamentarem suas decisões recorrendo a extensas citações de doutrina, convertendo modelos doutrinários em modelos jurisprudenciais<sup>54</sup>, ganha importância o esforço da doutrina, nesses primeiros anos de vigência do Código Civil, em empreender uma delimitação mínima do que se possa entender como função social no direito privado, afastando a obscuridade do conceito e o risco a segurança a liberdades individuais<sup>55</sup>.

Nessa perspectiva, nos parecem corretas as conclusões de Jorge Cesa Ferreira da Silva, que aconselha a análise da função social a partir de determinados pressupostos, quais sejam: a primazia da Constituição, o desenvolvimento doutrinário da teoria dos princípios, que permite a mediação de valores no caso concreto, e a prevalência da interpretação sistemática<sup>56</sup>.

No Brasil, como lembra Ingo Sarlet, a partir da Constituição Federal de 1988, tem sido enfatizado o papel central do Direito Constitucional em todo sistema jurídico, acompanhada de uma tomada de consciência de que para a efetividade

<sup>51</sup> Conforme MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*. in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, março/2002, p. 111.

<sup>52</sup> Conforme MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado*. in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, março/2002, p. 102.

<sup>53</sup> [...] fenômeno cultural marca permanente, o de em nossa forma mentis estar fortemente arraigada a idéia de a doutrina não apenas desenvolver o papel de formadora de cânones de interpretação, mas o de, concebendo “os modelos hermenêuticos destinados a preencher as lacunas do sistema”, torna-se fonte prescritiva. In MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)*. In MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 193.

<sup>54</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale)*. In MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, 193.

<sup>55</sup> Nesse sentido: SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 107.

<sup>56</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 111.

e eficácia da Carta Política são necessárias regras infraconstitucionais produzidas e aplicadas à luz de princípios constitucionais.<sup>57</sup> Porém, neste caminho não devemos afastar do direito privado e do Código Civil, sede material por excelência das relações privadas, valores que lhe são inerentes, como a liberdade de contratar, traduzida em autonomia privada; assim como não se pode conceber a constituição como mero estatuto, como afasta Ana Prata, mas sim como um projeto de transformação da própria sociedade<sup>58</sup>, que cristaliza valores que pretendemos ver efetivados. Devemos buscar uma leitura adequada à nossa realidade histórica. Como referem Laura Varela e Marcos Ludwig, tratando da funcionalização do direito de propriedade, o direito privado não trata hoje do solitário *bourgeois citizen*<sup>59</sup>, ou seja, do indivíduo; este, como bem sintetiza Tereza Negreiros, foi substituído pela pessoa dotada de dignidade humana, que se realiza em sociedade<sup>60</sup>.

Dessa análise, mostra-se a diretriz da socialidade do novo Código, condizente com o objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), num Estado que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º)<sup>61</sup>. Porém, se este é o parâmetro para o intérprete, as dificuldades irão se mostrar na análise dos casos concretos. Diferentemente do que ocorre com o direito de propriedade, funcionalizado na Constituição e também no Código Civil de 2002 e do chamado poder familiar, delimitado também no Estatuto da Criança e do Adolescente, outros direitos, como o dos contratos, foram funcionalizados no Novo Código, como ensina Luiz Renato Ferreira da Silva, sem informar qual seria esta função social e os mecanismos para assegurar-la<sup>62</sup>.

Nesse contexto, se é trabalho da doutrina para fornecer parâmetros para preencher o conceito de função social, a delimitação nos direitos não funcionalizados legislativamente, partirá do trabalho da jurisprudência quando confrontada com os casos concretos.

## B – A BOA-FÉ OBJETIVA

Ao contrário da função social no direito privado, verifica-se que o conceito de boa-fé objetiva foi bastante desenvolvido pela doutrina e absorvido pela juris-

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. (org) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 7.

<sup>58</sup> NEGREIROS, Tereza *apud* PRATA, Ana. In Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 214.

<sup>59</sup> VARELA, Laura Beck e LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades *função social e reconstrução de um direito*. In A reconstrução do direito privado. MARTINS-COSTA, Judith (org). São Paulo: RT, 2002, 788.

<sup>60</sup> NEGREIROS, Tereza *apud* PRATA, Ana. In Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 218.

<sup>61</sup> Sobre a conexão entre função social do contrato e solidariedade social ver: SILVA, Luís Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 127-150, 2003.

<sup>62</sup> SILVA, Luís Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 135.

prudência<sup>63</sup>, tanto que nos parecem familiares suas três distintas funções: como cânone hermenêutico-integrativo do contrato; como norma de criação de deveres jurídicos e como norma de limitação ao exercício de direito subjetivos<sup>64</sup>. Enquanto baliza para avaliação da ilicitude do artigo 187 do Código Civil, interessa-nos esta terceira função. A boa-fé objetiva, sob essa perspectiva, atende a diretriz da eticidade que orientou a elaboração do Novo Código.

A boa-fé objetiva, como acentua Judith Martins-Costa, é norma técnica que oferece um conteúdo substancial específico<sup>65</sup>, advindo da análise do caso concreto, pois é dever relacionado com uma pessoa determinada<sup>66</sup>. Nessa perspectiva, é princípio do direito das obrigações, especialmente dos contratos<sup>67</sup>, apresentando-se como *norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção*<sup>68</sup>.

Assim, a boa-fé objetiva estabelece que no tráfego obrigacional determinados tipos de conduta, em razão das circunstâncias do caso, embora concedidas pelo direito às partes, são vedadas<sup>69</sup>. Como na questão da função social, também há íntima ligação do desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva com o desenvolvimento da teoria do abuso de direito, quando da sua recepção no espaço jurídico alemão<sup>70</sup>.

No campo do exercício inadmissível de posições jurídicas, recorreu-se a boa-fé para sistematizar uma série de casos, em geral expressos por máximas latinas. São exemplos:

a) *venire contra factum próprio* – traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente<sup>71</sup>. Judith Martins-Costa vê o artigo 187 como a *sede materiae* dessa figura no direito brasileiro. O *venire contra factum próprio* seria similar a figura do *estoppel* do direito anglo-saxão que agiria no âmbito processual, impedindo, por uma presunção *iure et de iure*, uma pessoa afirmar ou negar a existência

<sup>63</sup> Isso, como refere Jorge Cesa Ferreira da Silva, se deu a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 116.

<sup>64</sup> Conforme MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 427.

<sup>65</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 456.

<sup>66</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Borsoi, 1976, p. 36.

<sup>67</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 456.

<sup>68</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 457.

<sup>69</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 118. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 456.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 457.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 118.

<sup>70</sup> Conclui-se a partir MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, 687.

<sup>71</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 742.

de um fato determinado se antes exercitara um ato, fizera uma afirmação ou formulara uma negativa em sentido precisamente oposto<sup>72</sup>;

b) *Supressio* - situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, sem contrariar a boa-fé. Forma de agir que a doutrina, muitas vezes, reconduz ao *venire contra factum próprio*, diante da difícil distinção. Sieber, conforme Menezes Cordeiro, acentuava que o *venire* poderia não ter por base qualquer direito e duvidava que o *factum próprio* poderia ser a inatividade<sup>73</sup>;

c) *Surrectio*: faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente<sup>74</sup>;

d) *Tu quoque*: feriria a boa-fé o sujeito que viola uma norma jurídica e, posteriormente, pretende tirar proveito da situação decorrente da violação<sup>75</sup>. Seria a conhecida proibição de beneficiar-se da própria torpeza.

Conforme Judith Martins-Costa, a tendência de unificar esses casos, mediante o recurso da boa-fé objetiva foi vantajosa, corroborando o caráter técnico da norma, porquanto se fosse apenas o caso de reenvio a padrões éticos, tanto faria tratar-se de boa-fé ou abuso de direito, estaríamos apenas ampliando os poderes do juiz e não permitindo um juízo de base substancial e específico<sup>76</sup>.

Mota Pinto, analisando em especial a figura do *venire contra factum proprium*, argumenta que não haveria uma regra geral de coerência para o comportamento dos sujeitos jurídico-privados, isso só se estabeleceria quando vinculados por um negócio jurídico<sup>77</sup>. Defende o autor, porém, que o negócio jurídico não pode ser o único modelo de proteção das expectativas de não contradição da conduta da contraparte, concluindo que haveria uma proteção contra o comportamento contraditório para além do negócio jurídico, ainda que por exceção, sendo esta uma proteção “positiva” da confiança. Esse posicionamento amplia o âmbito da boa-fé objetiva que, como antes referido, tradicionalmente foi estudado no direito brasileiro, tendo por sede o direito das obrigações, em especial, dos contratos, sendo a análise feita a partir do comportamento exigido nos limites daquela relação negocial.

<sup>72</sup> MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. p. 148. Para requisitos e aplicação do *venire contra factum próprio*, a partir da experiência Argentina, neste mesmo artigo, p. 158.

<sup>73</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 797 e 810.

<sup>74</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 816.

<sup>75</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. V. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 837.

<sup>76</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.456.

<sup>77</sup> MOTA PINTO, Paulo. *Sobre a proibição do comportamento contraditório (venire contra factum proprium) no direito civil*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 16, out-dez 2003, p. 141.

## C – OS BONS COSTUMES

A baliza dos bons costumes, assim como a da função social, bem representa a diretriz da socialidade que guiou a elaboração do projeto do Novo Código Civil. No entanto, diferente da função social, não representa um limite funcional, porque não respeita à função, mas ao modo de exercício dos direitos<sup>78</sup>. Também não se confunde com a boa-fé objetiva, uma vez que essa tem um caráter jurídico, representando os bons costumes uma abertura da ordem jurídica a preceitos morais socialmente aceitos<sup>79</sup>. Nas palavras de Couto e Silva: [...]os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto que a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes, na relação jurídica<sup>80</sup>.

No entanto, apesar de ser conceito recorrente no direito, este costume qualificado de “bom” traz dificuldades para o intérprete. Vivemos numa sociedade com pluralidade de valores morais, como é de conhecimento geral, tornando-se difícil avaliar, em casos limites, o que contraria ou não os bons costumes<sup>81</sup>.

## 4 CONSEQUÊNCIAS DO EXERCÍCIO ILÍCITO DO DIREITO

Uma diferença marcante entre o dispositivo português relacionado com abuso de direito, que afirmam ter inspirado o legislador brasileiro, é a utilização naquele direito do termo “ilegítimo” para designar o agir abusivo, enquanto no Brasil se utilizou o termo “ilícito”. Porém, naquele direito consta o artigo do Capítulo “Do exercício e tutela de direitos”; no Código Civil brasileiro, o artigo 187 se insere no Livro dos Fatos Jurídicos, no Título referente aos Atos Ilícitos<sup>82</sup>. A diferença de uma palavra e o contexto onde estão inseridos os dispositivos dissipam a ilusão de que poderiam ter um tratamento igual em termos de conseqüências. No entanto, num caso ou no outro a redação utilizando as palavras “ilegítimo” e “ilícito” traz alguma confusão.

Ilegítimo, conforme Oliveira Ascensão<sup>83</sup>, não tem um significado jurídico preciso, o que pode ser motivo de crítica; ou promover uma maleabilidade necessária ao artigo quanto às conseqüências, possibilitando eventuais avanços tanto nos planos da validade como no da eficácia. Por outro lado, o termo “ilícito” possui uma delimitação tradicional. A ilicitude, em geral, é relacionada com a conduta

<sup>78</sup> OLIVEIRA ASCENSAO, José. *Direito Civil Teoria Geral, v. III – Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 275.

<sup>79</sup> OLIVEIRA ASCENSAO, José. *Direito Civil Teoria Geral, v. III – Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 275.

<sup>80</sup> *A obrigação como processo*. São Paulo: Borsoi, 1976.

<sup>81</sup> Um campo especialmente controvertido quanto a valores ético é o chamado biodireito, onde poderia torna-se difícil delimitar o agir conforme os bons costumes.

<sup>82</sup> Sobre a sutil diferença na redação e as diferenças em relação aos termos e topologia dos artigos português e brasileiro, referiu, em nota de rodapé, MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 97, mar-2005, p. 165.

<sup>83</sup> OLIVEIRA ASCENSAO, José. *Direito Civil Teoria Geral, v. III – Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002.

humana voluntária, daí sua limitação aos atos culposos; à transgressão direta e imediata da norma legal; ao resultado dano e ao dever de reparação<sup>84</sup>. Além disso, no conceito tradicional de ato ilícito *lato sensu* está contrariedade ao direito, o que faz com que o ato jurídico inválido tenha a natureza de ato ilícito<sup>85</sup>, ligando-se ao plano da validade, contrapondo-se ao fato do artigo prever a incidência no exercício de direitos por seu titular, assim, no plano da eficácia. Afirmo Judith Martins Costa que, no Código Português, o abuso incide no plano da validade, tendo como conseqüência lógica a nulidade; enquanto no direito brasileiro, a ilicitude age no plano da eficácia, não havendo como existir uma “nulidade por abuso de direito”. Consideramos que a outra conclusão não se poderia chegar quanto à delimitação conceitual do artigo. A redação é clara, utiliza a expressão “ato ilícito”; afora essa questão, dúvidas poderia haver caso sua topologia fosse outra, mas inserto no Título referente aos atos ilícitos, seu tratamento deve ter por base esta definição, mesmo que isso represente um rompimento com o tradicional tratamento doutrinário do ato ilícito.

Somente essa questão já mereceria um aprofundamento, no entanto, abstraído disso, vamos nos centrar neste ponto nas possíveis tutelas jurídicas para aquele que suporta o exercício inadmissível do direito, procurando relacioná-las com as diferentes posições doutrinárias sobre a natureza jurídica do ilícito do artigo 187 do Código Civil.

## A - ABUSO DE DIREITO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Na França, onde se originou a Teoria do Abuso de Direito por construção doutrinária e jurisprudencial, a sanção direta do abuso de um direito é o dever de reparar o dano causado, em natura, ou pelo equivalente<sup>86</sup>. Além do dano, para evitar a teoria objetiva e seus perigos de indevidas inserções do político no jurídico, defendem autores o recurso a noção de culpa<sup>87</sup>. Embora jurisprudência francesa tem alargado a responsabilização quanto o titular do direito o exerce causando prejuízo, havendo falta de um “interesse sério” no exercício; ou, quando há este interesse, utiliza o recurso de verificar se, um outro titular do mesmo direito agiria de forma diversa a evitar o prejuízo, numerosas decisões exigem a comprovação da intenção de prejudicar<sup>88</sup>.

A tese de Jossierand que inclui um elemento objetivo a ser averiguado a partir da função social atribuída ao direito subjetivo, é considerada generosa, mas

<sup>84</sup> Conforme: MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.198. No entanto, o autor entende este posicionamento metodológico incorreto.

<sup>85</sup> Conforme: MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.212.

<sup>86</sup> CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 484.

<sup>87</sup> Utilizam os autores o termo *faute*, que abrigaria o dolo e a culpa, porém esclarecem que, ao menos, a não intencional, que seria o agir com negligência ou imprudência. CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 479.

<sup>88</sup> CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 480.

perigosa<sup>89</sup>, desencadeando um desenvolvimento do abuso subjetivo, que segue em direção ao dever de indenizar e da necessária verificação dos pressupostos necessários da responsabilidade civil.

O estado atual da doutrina do abuso de direito, acreditamos, se revela no posicionamento francês e, lido dessa maneira, embora considerando que, em nosso direito, os elementos sejam objetivos – função social e econômica, boa-fé e bons costumes – a leitura pelo abuso de direito, desencadearia, da mesma forma, no dever de indenizar e no necessário exame de seus pressupostos obrigatórios – dano e nexo causal.

## B – O EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO AGIR ILÍCITO

Outras conseqüências poderíamos extrair do artigo 187, caso a leitura seja feita como exercício inadmissível de posições jurídicas.

Havendo os elementos da responsabilidade civil, independente de culpa, por certo uma conseqüência seria o dever de indenizar. Porém, em alguns casos, em que houvesse apenas um dano provável, como refere Maria Cláudia Cachapuz<sup>90</sup>, não ficaria sem abrigo a pretensão daquele que teve ameaçado seu direito. Esses casos poderiam versar sobre direitos da personalidade ou enriquecimento sem causa, como exemplifica Judith Martins Costa.<sup>91</sup>

Essa dissociação entre o ilícito e o danoso tem sido aprofundado em nossa doutrina na área processual<sup>92</sup>, tendo, nos últimos anos, ocorrido diversas modificações no Código de Processo, abrindo possibilidade de tutelas específicas e inibitórias.

Como refere Guilherme Marinoni, o surgimento de outras situações carentes de tutela levou a uma distinção entre o ilícito e o danoso, levando a construção de tutelas autônomas para impedir e remover o ilícito, independentemente do dano<sup>93</sup>. No caso do exercício inadmissível de posições jurídicas, o ilícito, livre da culpa e apenas com a probabilidade do dano, pode ter outras formas de tutela, como, por exemplo, a inibitória. Porém, Marinoni, a partir da doutrina italiana, vai mais longe, e entende que nem mesmo o dano provável seria necessário, afirmando:

<sup>89</sup> CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998, p. 479.

<sup>90</sup> CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Novo Código Civil*. Revista da AJURIS, n. 96, dez/2004, P. 143/169.

<sup>91</sup> Exemplos de MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 97, mar-2005, p. 165.

<sup>92</sup> Como refere MARTINS COSTA, Judith. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 97, p. 143-169, mar-2005, p. 165.

<sup>93</sup> *Tutela Especifica*. Arts. 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 13.

[...] se o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.<sup>94</sup>

A doutrina processualista, encontrará um correspondente adequado no direito material, a partir da leitura do artigo 187 como o exercício inadmissível de posições jurídicas.

## 5 CONCLUSÃO

A delimitação da natureza do ilícito do artigo 187 sugere um longo período de estudos e debates, tanto na doutrina como na jurisprudência. Incerto é o resultado quanto a enquadrar o artigo numa hipótese de abuso de direito ou como exercício inadmissível de posições jurídicas, se nos restringirmos a estas duas posições. Sempre pode surgir a solução *sui generis*, alargando, por exemplo, a noção de abuso de direito, ou, restringindo a noção do exercício inadmissível.

Entendemos que como restou consolidada a teoria do abuso não há uma adequação perfeita com as possibilidades do próprio artigo ou com o momento presente do direito privado em nosso país. O abuso foi pensado tendo como pressuposto o direito subjetivo, impregnado por uma visão individualista, numa sociedade bem menos complexa do que hoje se apresenta. Hoje, outras posições jurídicas podem ser exercidas, manifestamente, para além dos limites impostos no dispositivo legal. Bem como suas consequências podem exigir reparação de prejuízos, precaução contra danos prováveis, ou mesmo, uma cautela quanto a possíveis danos futuros.

Bem verdade que o artigo é de grande amplitude, lido dessa maneira, apresenta-se quase que totalmente sem barreiras. Mas seu intérprete nunca deverá abstrair a existência do termo manifestamente e tê-lo como um limite à utilização arbitrária da cláusula geral diante do caso concreto.

Por outro lado, para a segunda leitura vigorar, outras delimitações conceituais deverão ser estabelecidas, desvinculando-se o ilícito do culposo e do danoso. As balizas deverão ser bem entendidas e delimitadas o que dependerá do trabalho doutrinário e, sobretudo, do desenvolvimento jurisprudencial, que terá o caso concreto para avaliar e estabelecer seus critérios de preenchimento, por exemplo, da função social.

Do estudo feito, concluímos que o alcance da norma presente no artigo está encoberto por muitas indefinições, o que requererá tempo e estudo. Ainda é cedo para avaliarmos como as coisas restarão estabelecidas, mas a norma do artigo 187 é sem dúvida uma excelente oportunidade de desenvolvimento para o direito privado brasileiro.

<sup>94</sup> MARINONI, Guilherme. *Tutela Inibitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 45.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os contratos nos Códigos Cíveis francês e brasileiro. *Revista do CEJ*, n. 28, p. 5-14, jan-mar 2005.

CHABAS, François. MAZEAUD, Henri et Leon. MANZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil: Obligations – théorie générale*. 9ª ed. Paris: Montchrestein, 1998.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Novo Código Civil. *Revista da AJURIS*, n. 96, dez/2004, P. 143/169.

CAVALIERI Fº, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2ª ed. 4ª tiragem, revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: Borsoi, 1976.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso de direito. Lisboa: Centro de Estudos Técnicos da Direção-Geral das Contribuições Fiscais e Impostos – Ministério das Finanças, 1973.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código civil. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 151/198, 2003.

JOSERAND, Louis. De l'esprit des droits et leur relativité – Théorie dite de l'Abus des Droits. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1939.

MARINONI, Guilherme. Tutela Específica. Arts. 461, CPC e 84, CDC. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Guilherme. Tutela Inibitória. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). In MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 97, p. 143-169, mar-2005.

MARTINS COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito da ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187). Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/html1/artigos/documentos/texto382.htm](http://www.mundojuridico.adv.br/html1/artigos/documentos/texto382.htm), pesquisa realizada em 18.11.2004.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 7ª ed, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELLO, Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: plano da validade. 2ª ed, revista. São Paulo: Saraiva, 1997.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. Da boa-fé no direito civil. V. II. Coimbra: Almedina, 1984.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. Da boa-fé no direito civil. V. II. Coimbra: Almedina, 1984.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 21, março/2002, p. 101-113.

MOTA PINTO, Paulo. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 16, p. 135-182, out-dez 2003.

NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

OLIVEIRA ASCENSAO, José. *Direito Civil Teoria Geral*, v. III – *Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002.

PATAULT, Anne-Marie. *Introduction historique au droit des biens*. Paris: PUF, 1989. *Collection Droit Fondamental – Droit Civil*.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, v. 56. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 808, p. 11-19.

SARLET, Ingo Wolfgang. (org). Apresentação: algumas notas sobre a *ratio* e o *telos* desta obra. In *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 7-10, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 99/125, 2003.

THEODORO JR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. III, T. II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



# TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ICMS ECOLÓGICO E ALGUNS TRIBUTOS VERDES DE PAÍSES DESENVOLVIDOS

Luiz Ernani Bonesso de Araújo<sup>1</sup>  
Stefania Eugenia Barichello<sup>2</sup>  
Michele Oliveira Teixeira<sup>3</sup>

**RESUMO:** A atuação do Estado na preservação do meio ambiente tem se revelado imprescindível, pois mediante sua intervenção nas atividades econômicas ele pode estabelecer regras mínimas a serem observadas pela sociedade. Dentre os instrumentos econômicos usados pelo Estado moderno para a preservação do meio ambiente está o tributo, que constitui fonte de receita pública empregada na atividade financeira e pode ser utilizado tanto em seu aspecto fiscal quanto em seu aspecto extrafiscal. Diante deste contexto, o estudo contempla uma reflexão sobre a Tributação Ambiental, tendo como delimitação alguns tributos ecológicos já existentes como o ICMS ecológico no Brasil e outros exemplos em países desenvolvidos. A tributação ambiental é caracterizada pelo emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes em favor do meio ambiente, além de gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental.

**Palavras-chaves:** tributação ambiental, tributo extrafiscal, ICMS ecológico.

## 1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a preservação do meio ambiente tem motivado a elaboração de diversos documentos internacionais, nos quais está presente a noção de sustentabilidade. A atuação do Estado na preservação do meio ambiente tem se revelado imprescindível, pois, através da intervenção nas atividades econômicas, o Estado pode estabelecer regras mínimas a serem observadas pela sociedade.

Dentre os instrumentos econômicos usados pelo Estado moderno para a preservação do meio ambiente está o tributo. Esse instrumento, que constitui fonte de receita pública empregada pelo Estado na atividade financeira, pode ser utilizado tanto em seu aspecto fiscal quanto em seu aspecto extrafiscal. O tributo

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador e Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.

<sup>2</sup> Mestre em Comparative Study of Mercosur and the European Union pela Università Degli Studi di Udine, Itália. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do Centro Universitário Franciscano.

configura-se, dessa forma, em um eficaz instrumento na preservação ambiental, sobretudo quando empregado como veículo indutor de comportamentos nos sujeitos passivos, caracterizando a sua natureza extrafiscal.

Em se tratando do Direito Ambiental de um Direito “horizontal” que cobre os diferentes ramos do direito: privado, público e internacional e um Direito de “integração”, que tende a penetrar em todos os setores do direito para neles introduzir a idéia ambiental.<sup>4</sup>

E considerando que a proteção do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida da sociedade são princípios essenciais da dignidade da pessoa humana, reconhecidos constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, insurge-se a possibilidade de utilizar-se do sistema tributário nacional como mecanismo para a sua concretização.

Igualmente Oliveira, acredita na possibilidade da utilização do sistema tributário como “eficiente instrumento de transformação econômica e social e, pois, deve estar a serviço da preservação dos recursos ‘ambientais’, através do manejo adequado da tributação: a ‘tributação ambiental’, isto é, a tributação voltada para a defesa do meio ambiente”<sup>5</sup>.

Os interesses individuais evidenciados na necessidade momentânea do consumo massificado acabam distorcendo a necessidade de se proteger o meio ambiente. Ao lado de tais interesses existem, no entanto, interesses transindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à sadia qualidade de vida, nos quais o Estado tem papel fundamental de intervir mediante a regulamentação de instrumentos que protejam o meio ambiente.

Com tal propósito, o Estado possui dois tipos de instrumentos, os instrumentos econômicos (indução), e os de comando e controle (direção). Os instrumentos de direção caracterizam-se pela imposição de normas permissivas ou proibitivas, definidoras de instrumentos de comando e controle de emissões ou limitação de recursos, fiscalização e aplicação de sanções e a imposição do poluidor de reparar o dano causado. Por outro lado, os instrumentos de indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção econômica de acordo com as leis que regem o funcionamento do mercado, induzindo os produtores de externalidades negativas a se adequarem aos padrões estabelecidos.

Um dos instrumentos para intervenção na economia para a proteção do meio ambiente pelo Estado é a tributação ambiental. O tributo ambiental aparece, portanto, como uma das formas utilizadas na proteção do meio ambiente, através da intervenção do Estado no domínio econômico. É adotado em diversos países, sobretudo na Europa, constituindo-se num instrumento eficaz para a proteção ambiental, principalmente como mecanismo de indução de comportamentos sociais ecologicamente sustentáveis.

<sup>4</sup> LENZ, Leonardo Martim. **Proteção ambiental via sistema tributário**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6343>>. Acesso em: 20 mar. 2005.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p.43

## 2 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

A Tributação Ambiental pode ser conceituada como “o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental”<sup>6</sup>.

Conforme Modé<sup>7</sup>, a tributação ambiental diferencia-se do caráter sancionatório por “não se aplicar a atividades ilícitas. A tributação ambiental aplica-se tão somente a atividades lícitas, assim consideradas pelo legislador porque necessárias, em que pese o impacto causado ao meio ambiente”.

O tributo ambiental é um instrumento de intervenção na atividade econômica do qual o Estado pode se valer para a construção da sustentabilidade. “Tem uma função muito importante no processo de reforma social não só como fonte de receita mas, sobretudo, como forma de conscientização das pessoas acerca da importância e necessidade de preservação do meio ambiente”.<sup>8</sup>

Carneiro<sup>9</sup> aborda as modalidades de tributação ambiental, “enquanto instrumentos de viabilização de políticas públicas de meio ambiente que permitem uma razoável integração das variáveis da política ambiental à política econômica”, apresentando suas vantagens em termos de gestão de recursos ambientais. Segundo ele, esses tributos podem proporcionar, primeiramente, incentivos aos produtores e aos consumidores finais, resultando em uma readequação de seus processos, comportamentos e hábitos com vistas a uma utilização mais eficiente e equilibrada dos insumos naturais e dos produtos deles oriundos. Em segundo lugar, os tributos podem originar as receitas necessárias aos investimentos públicos em projetos de melhoria da qualidade ambiental, permitindo, ainda, a desoneração progressiva dos encargos incidentes sobre o trabalho e sobre o capital. E, em terceiro lugar, podem constituir mecanismos eficientes para o controle da proliferação de fontes não estacionárias ou difusas de poluição.

Nesse sentido, Oliveira percebe que o sistema tributário “pode atuar complementarmente ao sistema administrativo de licenças ambientais, que é indispensável à preservação e ao combate da poluição; também se revela útil na preservação dos recursos ambientais, adequando as espécies tributárias à tributação ambiental”<sup>10</sup>.

Na doutrina espanhola, os tributos ambientais são caracterizados por Molina<sup>11</sup> como ‘tributos de ordenamento’ e ‘tributos pelo uso dos bens ambientais’, valendo transcrever seus ensinamentos:

<sup>6</sup> COSTA, Regina Helena. Tributação Ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998. p.297-309, p.297.

<sup>7</sup> MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 123.

<sup>8</sup> ALMEIDA, Gilson César Borges de. **A extrafiscalidade na tributação ambiental**: um instrumento eficaz para a realização do desenvolvimento sustentável. 2003. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2003, p. 103.

<sup>9</sup> CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental: uma abordagem econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 27.

<sup>11</sup> MOLINA, Pedro Herrera. **Derecho Tributário Ambiental**. La introducción del interes ambiental en el ordenamiento tributário. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2000, p. 58.

Los auténticos tributos ambientales (...) son aquellos que constituyen un incentivo al cuidado del medio ambiente (*tributos de ordenamiento*). Lo que sucede (...) es que dicho incentivo puede consistir precisamente en el cobro de una cantidad por el uso de bienes ambientales que equivalga al coste de evitar la contaminación (*tributos por el uso de bienes ambientales*).<sup>12</sup>

De acordo com Almeida<sup>13</sup>, a tributação ambiental consiste em um instrumento de que o Estado pode se valer para intervir no domínio econômico, de forma a incentivar ou desincentivar comportamentos e induzir os agentes econômicos na adoção de condutas ambientalmente sustentáveis. A aplicação do tributo ambiental não visa punir o descumprimento de um comando normativo, visa sim, diante de uma atividade econômica que possa trazer algum dano ao meio ambiente, proceder a um ajuste buscando a sua realização de forma menos danosa possível.

## 2.1 Função do Tributo

A tributação ambiental pode ser utilizada tanto em seu aspecto arrecadatório, através do investimento do numerário arrecadado, quanto em seu aspecto extrafiscal, induzindo os contribuintes à adoção de condutas ambientalmente corretas.

Conforme MODÉ,

verificam-se duas finalidades nos tributos ambientais. A primeira delas, denominada fiscal, redistributiva, e a segunda, extrafiscal. A primeira finalidade visa à obtenção de receitas que serão aplicadas em ações que promovam a defesa do meio ambiente. A segunda finalidade, por sua vez, tem por objetivo introduzir comportamentos, que, na visão do estado, sejam ambientalmente desejáveis ou de menor poder ofensivo ao meio ambiente.<sup>14</sup>

Cabe ressaltar o que Oliveira ensina acerca do princípio do poluidor-pagador, quando pondera que

mesclando os sentidos *impositivo* (fiscal) e *seletivo* (extrafiscal) do princípio ambiental do poluidor-pagador, a lei tributária tem condições de proceder a um *discrimen* legítimo entre poluidores e não-poluidores, de forma a “premiar”, estes últimos, que, satisfazendo o espírito constitucional, orientado para promoção de equilíbrio ecológico (art. 225 da Constituição), colaboram para a preservação ambiental.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Os auténticos tributos ambientales (...) são aqueles que constituem um incentivo ao cuidado com o meio ambiente (tributos de ordenamento). O que sucede (...) é que tal incentivo pode consistir precisamente na cobrança de uma quantidade pelo uso de bens ambientais que equivalha ao custo de evitar a contaminação (tributos pelo uso dos bens ambientais). (tradução do autor)

<sup>13</sup> ALMEIDA, Gilson César Borges de. **A extrafiscalidade na tributação ambiental**: um instrumento eficaz para a realização do desenvolvimento sustentável. 2003. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2003.

<sup>14</sup> MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 72.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 28.

Por conseguinte, se por um lado o Estado cobra do poluidor, sob a forma de tributo, uma quantia devido à sua atividade predatória ao meio ambiente, por outro, pode incentivar atividades ambientalmente corretas, estimulando outras empresas a implementarem tecnologias não poluidoras em seus processos produtivos.

Conforme pode se observar acima, os tributos ambientais podem servir tanto para coibir comportamentos lesivos ao meio ambiente, como para estimular, através de incentivos fiscais ou isenções, condutas empresariais ou individuais ambientalmente corretas, as quais visem não degradar o meio.

### 2.1.1 A Prevalência do Caráter Extrafiscal na Tributação Ambiental

Como já se viu anteriormente, dentre os instrumentos econômicos que o Estado pode empregar na ação interventiva sobre o domínio econômico, tem-se o tributo. O tributo ambiental poderá surgir

com a finalidade fiscal objetivando corrigir comportamentos atentatórios ao meio ambiente, através do provimento de receita pública que para tal fim seja empregada. Entretanto, sua característica extrafiscal revela-se como mais eficaz na consecução da sustentabilidade ambiental. Tal fato constata-se em função de que por meio da extrafiscalidade é possível induzir condutas que se identifiquem com a proteção, preservação e promoção do meio ambiente.<sup>16</sup>

No que pertine à extrafiscalidade, faz-se necessário rememorar os ensinamentos de Molina quando percebe que os tributos podem ser distinguidos por sua finalidade extrafiscal e pelos seus efeitos extrafiscais, isto é, aquele tributo que se destina primordialmente a um fim distinto do arrecadatório, trata-se de um tributo extrafiscal<sup>17</sup>. Todavia, se tiver como finalidade principal a arrecadação, porém produzindo efeitos extrafiscais, dirá respeito a um tributo fiscal com efeitos extrafiscais.

Analisando o exposto acima, pode-se concluir que, no tributo ambiental com função extrafiscal, coexistirão ambas as funções: a fiscal e a extrafiscal, com prevalência, entretanto, da função extrafiscal, na medida em que a fiscal fica relegada a um plano secundário, de tal sorte que há tributos extrafiscais cuja finalidade é deixar de render e nada arrecadar para o fisco<sup>18</sup>.

Percebe-se, ainda, que mesmo os tributos de caráter arrecadatório, retributivo ou contraprestacional, portanto, com finalidade fiscal, podem vislumbrar uma característica diretiva das reações dos contribuintes, de modo a estimular ou desestimular o comportamento de pessoas em benefício do interesse coletivo, do bem comum, intervindo no campo econômico e social, o que mostra que mesmo nos tributos fiscais serão encontrados efeitos extrafiscais.

<sup>16</sup> ALMEIDA, Gilson César Borges de. **A extrafiscalidade na tributação ambiental**: um instrumento eficaz para a realização do desenvolvimento sustentável. 2003. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2003, p. 159)

<sup>17</sup> MOLINA, Pedro Herrera. **Derecho Tributário Ambiental**. La introducción del interes ambiental em el ordenamiento tributário. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2000.

<sup>18</sup> BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

Portanto, no tributo ambiental sempre se encontrará o caráter extrafiscal, seja como finalidade principal ou como efeito extrafiscal dentro dos denominados tributos fiscais. Oliveira, ainda, pondera:

quer quando se cria incidências novas, quer quando gradua diferentemente a carga tributária privilegiando atividades 'limpas' ou onerando produções de consumos poluentes, o que está em causa não é apenas, ou propriamente, a arrecadação fiscal, mas a 'finalidade' de promover a 'defesa do meio ambiente'<sup>19</sup>

A tributação ambiental é, portanto, de caráter extrafiscal, uma vez que se destina fundamentalmente a orientar a atuação do contribuinte, o que é evidente no caso dos impostos. Mesmo nos tributos ambientais, de caráter retributivo ou contraprestacional, pode-se vislumbrar uma finalidade diretiva das reações dos contribuintes.

### 3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O ICMS ECOLÓGICO

O ICMS é um tributo estadual, que representa grande parte da receita tributária dos Estados e constitui importante fonte de renda para os Municípios, conforme será abordado adiante, incidindo sobre a circulação de mercadorias e de alguns serviços. Encontra-se disciplinado no inciso II, do art. 155<sup>20</sup>, da CF, o qual traz que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Em seu art. 158, estabelece que pertencem aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação desse imposto, sendo que destes  $\frac{3}{4}$  (três quartos), no mínimo, deverão ser creditados segundo o critério valor adicionado e  $\frac{1}{4}$  (um quarto), conforme dispuser lei estadual. Quanto ao produto total da arrecadação do ICMS, os Estados dividem com os Municípios situados em seu território essa receita tributária, em razão do disposto no art. 158<sup>21</sup>, IV, da Constituição Federal. Entretanto, a forma pela qual será realizado esse repasse, do Estado para os Municípios, está inserida no § único do art. 158<sup>22</sup>, I e II, da CF/88.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 39.

<sup>20</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores.

<sup>21</sup> Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...) IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

<sup>22</sup> Art. 158 (...) Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I – três quartos, no mínimo, na proporção de valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

<sup>23</sup> ZEOLA, Senise Freire Chacha. ICMS – Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 8, n.30, p.179-197, abr-jun. 2003.

Coutinho *et al* sintetizam o tema, quando caracterizam o ICMS como

um tributo estadual que representa, em média, 90% (noventa por cento) da receita tributária dos Estados e constitui importante fonte de renda para os Municípios. Como visto, os Estados têm competência para determinar os critérios de distribuição de 25% (vinte e cinco por cento) da parcela da arrecadação do ICMS que cabe aos Municípios, representando 6,25% (seis vírgula vinte e cinco por cento) do total arrecadado.<sup>24</sup>

No Brasil, a experiência mais importante no campo da tributação ambiental é, sem dúvida, a implantação do chamado ICMS Ecológico que desponta dentre os instrumentos econômicos de intervenção do Estado em atividades da sociedade para proteção ambiental. Pelo texto atual da Constituição, os Estados podem legislar sobre os critérios de distribuição aos Municípios de um quarto da parcela do ICMS a eles pertencente, conforme o art. 158, § único, da Constituição, como já foi anteriormente citado. Alguns Estados têm estabelecido que a distribuição desses recursos observará o percentual de áreas ambientalmente protegidas existentes no Município.

O ICMS Ecológico surgiu no Estado do Paraná, através da Lei Complementar n. 59, de 1º de outubro de 1991, e hoje já se encontra efetivamente implantado também em vários outros Estados,

tais como São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Rondônia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Tocantins e Pernambuco. Além disso, inúmeros outros Estados, dentre os quais, Pará, Rio de Janeiro, Goiás, Santa Catarina e Ceará têm projetos do gênero em fase de discussão legislativa.<sup>25</sup>

A sua instituição se dá em face do dispositivo constitucional previsto no artigo 158, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o qual faculta aos Estados a distribuição de parcelas do ICMS cabíveis aos Municípios de acordo com o estabelecido em lei estadual, introduzindo um novo critério<sup>26</sup> na redistribuição da receita tributária, o critério ambiental. Conforme Almeida,

dessa forma, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no seu artigo 158, IV, que 25% do ICMS deve ser repassado aos Municípios; 75% dos quais constituem a parcela determinada através de rígida aferição decorrente da participação dos próprios municípios na arrecadação do ICMS. O percentual restante e correspondente a 25% poderá ser distribuído de acordo com o que

<sup>24</sup> COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes; NOYA, Ana Carla Buarque de Gusmão e NÓBREGA, Tatiana de Lima. Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 39, n.154, p. 189-201, abr-jun. 2002, p. 196.

<sup>25</sup> TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. A tributação como instrumento de Concretização do direito ao meio Ambiente: o caso do ICMS ecológico. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental: fauna, políticas públicas e instrumentos legais. 8. 2004. São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2004. p. 487-509, p. 499.

<sup>26</sup> ALMEIDA, Gilson César Borges de. **A extrafiscalidade na tributação ambiental**: um instrumento eficaz para a realização do desenvolvimento sustentável. 2003. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2003, p. 170.

dispuser a lei estadual. Nesse percentual situa-se a possibilidade de emprego do critério ambiental desde que devidamente estabelecido na lei.

Coutinho *et al* relatam, ainda, que o ICMS Ecológico foi criado com base em duas funções principais:

- 1) Estimular a adoção pelos Municípios de iniciativas de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, seja pela criação de unidades de conservação, ou pela manutenção de áreas federais ou estaduais, seja pela incorporação de propostas que promovam o equilíbrio ecológico, a equidade social e o desenvolvimento econômico.
- 2) Recompensar os Municípios que possuem áreas protegidas em seu território e que, dessa forma, estão impedidos de destinar a área para atividades produtivas tradicionais que poderiam gerar uma maior arrecadação e conseqüente participação na repartição do ICMS <sup>27</sup>

O ICMS Ecológico é caracterizado, portanto, por sua finalidade extrafiscal, uma vez que pela sua forma de ação induz a adoção de medidas que visam à sustentabilidade ambiental. “Cada município, buscando ser beneficiado por uma parcela maior de ICMS Ecológico, empenha-se no atendimento dos critérios previstos na lei”.<sup>28</sup>

Tem-se, ainda, a aplicação da extrafiscalidade devido à sua característica de seletividade quando da

incidência de alíquotas diferenciadas proporcionais incidentes sobre o volume das emissões ou o nível de utilização e correspondente reparação dos recursos naturais nas operações ou, ainda, sobre determinadas mercadorias na operação de circulação de mercadorias podem servir para estimular o contribuinte a realizar atividade econômico-ecológica.<sup>29</sup>

Conclui-se, portanto, que a política do ICMS Ecológico representa uma clara intervenção positiva do Estado, através da utilização de uma forma de subsídio, tal como um incentivo fiscal inter-governamental, representando um forte instrumento econômico extrafiscal com vistas à consecução de uma finalidade constitucional, influenciando na ação voluntária dos municípios que buscam um aumento de receita.

<sup>27</sup> COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes; NOYA, Ana Carla Buarque de Gusmão e NÓBREGA, Tatiana de Lima. Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 39, n.154, p. 189-201, abr-jun. 2002, p. 196.

<sup>28</sup> ALMEIDA, Gilson César Borges de. **A extrafiscalidade na tributação ambiental**: um instrumento eficaz para a realização do desenvolvimento sustentável. 2003. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2003, p.171.

<sup>29</sup> LEÃO, Cristine Madeira Mariano. **Ensaio sobre tributação ambiental – Considerações sobre a extrafiscalidade dirigida a promoção do desenvolvimento social sustentável através da aplicação do princípio do poluidor pagador no direito tributário**. Disponível em: <[http://cedit.pge.rs.gov.br/download/Artigo\\_Cristine%20Madeira%20Mariano%20Leao.rtf](http://cedit.pge.rs.gov.br/download/Artigo_Cristine%20Madeira%20Mariano%20Leao.rtf)>. Acesso em: 3 jan. 2005, p. 51.

### 3.1 A Tributação Ambiental nos Países Desenvolvidos

Nos países desenvolvidos, como Alemanha, Holanda, França, Bélgica, Estados Unidos da América, Canadá e Suécia, a experiência tem demonstrado que a introdução de um eficiente sistema de tributos ambientais é duplamente vantajosa: “de um lado, estimula o comportamento individual, que espontaneamente se orienta de um modo ‘ecológico’, para evitar a tributação mais gravosa e, de outro, não, custoso nem pouco eficaz como fiscalização inerente ao exercício do poder de polícia”.<sup>30</sup>

Nesses países, “a adoção de tributos ambientais é prática sustentada por razões de política ambiental, ou simplesmente, eles utilizam os efeitos da tributação como instrumentos de minimização da exploração inadequada do meio. São os chamados ecotaxes”<sup>31</sup>.

Na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro, em 1992, o problema da tributação ambiental foi analisado e, dentre outras conclusões sobre os problemas ambientais, um tributo ambiental (‘ecotax’) para ser eficiente deverá obedecer a quatro critérios: “1) eficiência ambiental; 2) eficiência econômica (baixo custo); 3) ser administrativamente barato e simples e 4) não provocar pequenos efeitos no comércio e na competitividade internacional”<sup>32</sup>.

Na **Alemanha**, com o fim de incentivar o uso da energia não-poluente, ocorreu uma revisão no seu modelo de desenvolvimento, aliviando os encargos para os salários e culminando na criação de mais empregos. Segundo Moreira,

tal decisão fez com que a Alemanha alcançasse, em comparação internacional, um nível elevado de proteção ambiental. Sob a égide do desenvolvimento sustentável, as prioridades da política do meio ambiente deslocaram-se da redução das emissões de poluentes para um emprego mais eficiente de energia, para o fechamento do ciclo das matérias-primas e para a redução da exploração predatória das espécies<sup>33</sup>.

Ainda nesse sentido, Moreira aponta que com uma reforma tributária ecológica, com a renúncia ao aproveitamento da energia nuclear, com um programa ambicioso de redução das emissões de CO<sub>2</sub> e com uma construção de uma economia de reciclagem, a Alemanha mostrou que “é possível criar padrões de proteção ambiental que não inviabilizam o desenvolvimento econômico. Na

<sup>30</sup> COSTA, Regina Helena. Tributação Ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998. p.297-309, p.298.

<sup>31</sup> NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 186.

<sup>32</sup> COSTA, Regina Helena. Tributação Ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998. p.297-309, p. 298.

<sup>33</sup> MOREIRA, Luciana Ribeiro Lepri; VOLOCHKO, Leandro. Internalização da Variável ambiental na reforma tributária. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (org). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 445-488, p. 454.

busca da sustentabilidade, a ação estatal é tão necessária como a responsabilidade própria dos setores econômicos e dos consumidores”<sup>34</sup>.

Na **Holanda**, como ensina Rosembuj<sup>35</sup>, os tributos sobre a contaminação da água

gravam a los sujetos que efetúan vertidos en las aguas bajo dominio público y su recaudación corresponde al Servicio del Agua, que subvenciona las inversiones ambientales de los particulares. El efecto estimulante de los tributos há sido significativo: la reducción de la contaminación industrial parece fundar-se, en gran medida, en su eficacia económica (sobre todo en la industria química e alimentaria).<sup>36</sup>

Na **França**, merecem destaque a tributação industrial e dos combustíveis. Na tributação industrial, segundo Nunes, o investimento realizado na “compra de equipamentos para o tratamento de águas residuais ou poluição de detritos emitidos para a atmosfera tem regime de amortização especial, sendo possível ao investidor, após a completa instalação, amortizar o investimento em 100%”<sup>37</sup>. Sendo que o mesmo se dá com equipamento adquirido visando diminuir o consumo de energia, e os relativos à reciclagem de matérias primas. Em relação aos combustíveis, existe uma diferenciação na tributação da gasolina com ou sem chumbo, sendo esta a mais barata e, portanto, mais apelativa ao consumidor.

A **Bélgica** possui um imposto ambiental, de 1993, “cujos sujeitos passivos são os utilizadores de todos os bens de consumo descartáveis, desde aparelhos de barbear e câmeras fotográficas, até pilhas e embalagens, com sistema de isenções e restituições ao contribuinte que fizer uso do material reciclável”<sup>38</sup>.

Nos **Estados Unidos**, um mecanismo de financiamento estatal da preservação ambiental é fornecido pelo chamado *Superfund*: “trata-se, como o nome diz, de um gigantesco fundo público (previsão de recursos da ordem de milhões de dólares), o qual é destinado ao combate da poluição por resíduos perigosos (*hazardous wastes*)”<sup>39</sup>. Conforme os ensinamentos de Oliveira, o *Superfund*

<sup>34</sup>MOREIRA, Luciana Ribeiro Lepri; VOLOCHKO, Leandro. Internalização da Variável ambiental na reforma tributária In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (org). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 445-488, p. 456.

<sup>35</sup> ROSEMBUJ, Túlio. **Los tributos y la protección del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 1995, p. 97.

<sup>36</sup>Operam aos sujeitos que despejam resíduos nas águas de domínio público e sua arrecadação corresponde ao Serviço de Água, que subvenciona as inversões ambientais dos particulares. O efeito estimulante dos tributos é significativo: a redução da contaminação industrial parece fundar-se, na maioria das vezes, em sua eficácia econômica (sobre tudo na indústria química e alimentícia), (Tradução do autor).

<sup>37</sup>NUNES, Jane Elizabeth Cesca. **Instrumentos de Tutela Ambiental na União Européia e no Mercosul**: um estudo sobre os Tributos e o Meio Ambiente. 2000. 194f. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-Americana) - Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana. Centro de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2000, p. 134.

<sup>38</sup>NUNES, Jane Elizabeth Cesca. **Instrumentos de Tutela Ambiental na União Européia e no Mercosul**: um estudo sobre os Tributos e o Meio Ambiente. 2000. 194f. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-Americana) - Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana. Centro de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2000, p. 133.

<sup>39</sup>OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 17.

compõe-se de receitas provenientes da arrecadação do imposto sobre petróleo e derivados e do imposto sobre produtos químicos e derivados. Respalhada por esses volumosos recursos, a autoridade ambiental pode determinar limpeza (*clen-up*) de determinado local degradado pelos resíduos perigosos. O(s) administrado(s) responsável(eis) pela limpeza que não a fizer(em) sujeitar-se-á(ao) ao ressarcimento, em triplo, salvo hipóteses de justa causa, quando se dá, apenas, o reembolso das despesas efetuadas pelo poder público.<sup>40</sup>

Rubec apud Loureiro salienta que no **Canadá** a primeira experiência de tributação ambiental, conhecida como de “doações ecológicas”, define que qualquer pessoa, seja física ou jurídica (incluindo organizações não-governamentais) pode doar áreas para o governo, podendo ter dedução de até 100% do Imposto de Renda devido. “A lei requer que, na obtenção do benefício, a doação seja certificada como ecologicamente sustentável, certificação que pode ter origem num órgão governamental ou não, mas sempre sob supervisão, ou delegação do Ministério do Meio Ambiente”.<sup>41</sup>

Conclui-se, portanto, que os países que vêm adotando tributos ambientais para a obtenção de um equilíbrio ecológico vem se utilizando de incentivos fiscais de maneira que as atividades mais poluidoras podem ser tributadas com alíquotas mais pesadas, ao passo que atividades menos nocivas à natureza recebem tratamento tributário mais leve.

#### 4 CONCLUSÃO

Nesse sentido, o Estado desenvolve um relevante papel uma vez que, através de sua intervenção no desenvolvimento das atividades econômicas, estabelece como regra o respeito ao meio ambiente. O Estado pode empregar para a proteção do meio ambiente dois tipos de instrumentos. O primeiro grupo preocupa-se com as medidas ressarcitórias ou indenizatórias, através das quais se pretende indenizar os danos causados para proceder a restauração ambiental. O segundo grupo atenta aos instrumentos preventivos em que, mais que reparar os danos causados, se pretende desincentivar aquelas condutas danosas ao meio ambiente. Nesse segundo grupo, o tributo é adotado como instrumento preventivo.

Como visto, o tributo constitui a principal fonte de receita pública derivada e utilizada pelo Estado na realização de suas missões constitucionais. Assume assim, o tributo, uma finalidade fiscal enquanto fonte de receita pública. De outro lado, o tributo também pode ser empregado como instrumento de indução de comportamentos dos sujeitos passivos, apresentando nesse sentido a presença de uma finalidade extrafiscal.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente**: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 17.

<sup>41</sup> LOUREIRO, Wilson. **Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no Estado do Paraná**. 2002. 189f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002, p.39.

A partir do conceito de extrafiscalidade, chega-se ao conceito de Tributação Ambiental, emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental.

Viu-se, ainda, que a tributação ambiental pode ser utilizada tanto em seu aspecto arrecadatário, denominado fiscal, através da obtenção de receitas que serão aplicadas em ações que promovam a defesa do meio ambiente, quanto em seu aspecto extrafiscal, induzindo os contribuintes à adoção de condutas ambientalmente corretas. Portanto, os tributos ambientais podem servir tanto para coibir comportamentos lesivos ao meio ambiente, como para estimular, através de incentivos fiscais ou isenções, condutas empresariais ou individuais ambientalmente corretas, as quais visem a não degradar o meio.

Deve-se salientar, ainda, que não se pode confundir os instrumentos econômicos como licenças para contaminar ou como direito de poder poluir. Primeiramente, porque é um absurdo compreender-se que a ordem que prevê uma sanção pecuniária em face de ato ilícito constitui-se numa autorização para sua realização e, em segundo lugar, porque o tributo não se institui através de ato ilícito e sim de sanções administrativas.

Verificou-se, também, que os tributos podem ser distinguidos por sua finalidade extrafiscal e pelos seus efeitos extrafiscais, ao passo que aquele tributo que primordialmente visa a um fim distinto do arrecadatário, é um tributo extrafiscal. Todavia, se tiver como finalidade principal a arrecadação, porém produzir efeitos extrafiscais, será considerado um tributo fiscal com efeitos extrafiscais. Devido a isso, em um tributo ambiental sempre se encontrará o caráter extrafiscal, seja como finalidade principal ou como efeito extrafiscal, dentro dos denominados tributos fiscais.

A tributação ambiental será, fundamentalmente, de natureza extrafiscal, uma vez que se destina fundamentalmente a orientar a atuação do contribuinte. Pois, mesmo nos tributos ambientais de caráter retributivo ou contraprestacional (com finalidade principal fiscal), pode-se vislumbrar uma finalidade diretiva das reações dos contribuintes, portanto efeitos extrafiscais.

O crescimento econômico sem limites e a idéia de abundância e de inesgotabilidade dos recursos naturais não suscitava nenhuma preocupação com a proteção do meio ambiente. Porém, a sociedade e o Estado vêm tomando consciência da importância de compatibilizar o crescimento econômico com a questão ambiental, o que pode ser visto com a emergência de ações que têm como fim a preservação e a recuperação ambiental, de que o desenvolvimento econômico está sujeito a contingências ambientais, ou seja, de que de nada adianta produzir sem limites se essa produção não estiver inserida no conceito de desenvolvimento em parceria com respeito ambiental, conjugando desenvolvimento social, econômico, cultural e ambiental.

Como exemplos de tributo ambiental no Brasil encontram-se a taxa de preservação ambiental exigida no arquipélago de Fernando de Noronha, Distrito

Estadual de Pernambuco, caracterizada como um tributo fiscal com efeitos extrafiscais, na medida em que tem como fim primeiro a arrecadação, mesmo que para preservação ambiental, o que caracteriza efeitos extrafiscais; a contribuição de melhoria estabelecida por meio de uma lei municipal do Rio de Janeiro (por proprietários de certos imóveis valorizados por obras públicas tais como arborização de ruas e praças, construção ou ampliação de parques, proteção contra a erosão, aterros, e outras obras de embelezamento, como também a hipótese de projeto de tratamento paisagístico); como exemplo de contribuição de intervenção no domínio econômico presente no § 4º, do art. 177, da CF, relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível; e, como imposto ambiental, o ICMS Ecológico.

Conforme foi estudado, o ICMS Ecológico ratifica o convencimento da propriedade do emprego extrafiscal da tributação ambiental. Sem dúvida, o ICMS Ecológico, criado no Estado do Paraná, no ano de 1991, fundado em norma permissiva inserida na Constituição Federal que autoriza aos estados o emprego da parcela do ICMS devido aos municípios em função da repartição tributária, nos termos dispostos em lei estadual, desponta como eficaz exemplo da tributação ambiental no direito pátrio.

O sucesso comprovado do ICMS do Estado do Paraná se estende, até o presente momento, a outras unidades da federação brasileira, nas quais a legislação já existente ou em fase de discussão revela novos matizes para a sua aplicação.

Como foi visto, alguns países desenvolvidos vêm adotando tributos ambientais para a obtenção de um equilíbrio ecológico, como Alemanha, Holanda, França, Bélgica, Estados Unidos da América, Canadá e Suécia. Essa experiência tem demonstrado um eficiente sistema de tributos ambientais que, por um lado, estimulam ações no sentido de uma orientação ecológica e, por outro, desestimulam ações contrárias ao meio ambiente para evitar a tributação mais gravosa.

Conclui-se com este trabalho que a Tributação ambiental pode ser um importante fator de educação ambiental, na medida em que pode conscientizar a população para uma conduta ecologicamente correta e reverter o uso predatório de recursos naturalmente, sem imposições de penas e multas sobre os contribuintes. O tributo extrafiscal não representaria uma elevação da carga tributária, já que tem por fim estimular condutas não poluidoras e desestimular as poluidoras, através de incentivos fiscais conhecidos por benefícios ou estímulos fiscais que se manifestam sob forma de imunidade ou de isenções tributárias.

Importa ressaltar, também, que os possíveis impactos arrecadatários causados pelos impostos ambientais podem ser quase sempre suplantados pelos benefícios por eles trazidos, tanto no que diz respeito à melhoria na qualidade de vida global, quando à diminuição dos gastos públicos com a reparação dos danos causados ao meio e à própria saúde da população.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gilson César Borges de. *A extrafiscalidade na tributação ambiental: um instrumento eficaz para a realização do desenvolvimento sustentável*. 2003. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2003.

ARAÚJO, Cláudia Campos; FERREIRA, Maria Isabel Reis; CASTILHO, Patrícia; SANTOS, Simone Marques dos. *Sistema Tributário e Meio Ambiente*. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental: fauna, políticas públicas e instrumentos legais. 8. 2004. São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2004. p. 521-532.

ARAÚJO, João Augusto Aquino de. *A tributação ambiental como instrumento de proteção ambiental*. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental: fauna, políticas públicas e instrumentos legais. 8. 2004. São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2004. p. 565-581.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; CORBELINE, Bianca e SCHONARDIE, Elenise. *Crise e Direito Ambiental*. **Revista de Direito**. Santa Cruz do Sul, n.14, p. 197-205, jul-dez. 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Atualiz. por DERZI, Mizabel de Abreu Machado*. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAIRNCROSS, Frances. **Meio Ambiente: custos e benefícios**. São Paulo: Nobel, 1992.

CAMPOS, Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. *O desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica*. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 7, n.26, p.77-91, abr-jun. 2002.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1998.

CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental: uma abordagem econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Regina Helena. *Tributação Ambiental*. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 1998. p.297-309.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes; NOYA, Ana Carla Buarque de Gusmão e NÓBREGA, Tatiana de Lima. Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 39, n.154, p. 189-201, abr-jun. 2002.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Legislação Ambiental e atividade econômica. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p.114-125, mar-abr 2002.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito Ambiental Econômico e ISO 14000: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DRESSLER, Maria de Lourdes Freitas. O Direito tributário a serviço da educação ambiental. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte, ano 1, n.3, p.224-259, mai-jun 2002.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. Princípios ambientais tributários e extrafiscalidade.. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 9, n.34, p. 78-83, abr-jun. 2004.

FERRAZ, Roberto. Tributação e meio ambiente: o **green tax** no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 8, n.3, p. 117-135, jul-set. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

GUZMÁN, Tomás López-Guzmán ; VICENTE, Fernando Lara de. Efectos distributivos de los tributos ecológicos: el caso de España. In: Jornadas de Economía Crítica. 9. 2004. Madrid. **Anais...** Madrid, Universidad de Córdoba, 2004. p. 1-18.

IRIGARY, Calos Teodoro José Huguency. O emprego de instrumentos Econômicos na Gestão Ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEÃO, Cristine Madeira Mariano. **Ensaio sobre tributação ambiental - Considerações sobre a extrafiscalidade dirigida a promoção do desenvolvimento social sustentável através da aplicação do princípio do poluidor pagador no direito tributário**. Disponível em:

<[http://cedit.pge.rs.gov.br/download/Artigo\\_Cristine%20Madeira%20Mariano%20Leao.rtf](http://cedit.pge.rs.gov.br/download/Artigo_Cristine%20Madeira%20Mariano%20Leao.rtf)>. Acesso em: 3 jan. 2005.

LENZ, Leonardo Martim. **Proteção ambiental via sistema tributário**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6343>>. Acesso em: 20 mar. 2005.

---

RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 135-151, jul./dez. 2007

LOUREIRO, Wilson. **Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no Estado do Paraná**. 2002. 189f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Engenharia Florestal, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

LUZ, Luis Augusto Stumpf. **Tipo tributário aberto: uma perspectiva ambientalista**. 1998. 154f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 1998.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **Visão sistêmica no direito ambiental pátrio**. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental: fauna, políticas públicas e instrumentos legais. 8. 2004. São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2004. p. 521-532.

MINAS GERAIS. Lei n.º 12.040, de 28 de dezembro de 1995. Dispõe sobre a distribuição da parcela de receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios, de que trata o inciso II do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 1995

MIRALÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MOLINA, Pedro Herrera. **Derecho Tributário Ambiental**. La introducción del interes ambiental em el ordenamiento tributário. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2000.

MORIN, Edgar e KERN, Anne. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MOTTA, Ronaldo Serroa da. **Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina: aspectos conceptuales y el caso de Brasil**. Santiago, Cl: CEPAL, 2001.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

NUNES, Jane Elizabeth Cesca. **Instrumentos de Tutela Ambiental na União Européia e no Mercosul: um estudo sobre os Tributos e o Meio Ambiente**. 2000. 194f. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-America) - Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana. Centro de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2000.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PARANÁ. Lei Complementar n.º 59, de 01 de outubro de 1991. Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, que alude o art.2.º da Lei n.º 9491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências. **Diário Oficial do Estado do Paraná**, Curitiba, 1991.

PICCIAREDDA, Franco; SELICATO, Pietro. **I Tributi e L'ambiente**. Profile ricostruttivi. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n.º 11.038, de 17 de novembro de 1997. Dispõe sobre a parcela do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) pertencente aos Municípios. **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1997.

ROSEMBUJ, Túlio. **Los tributos y la protección del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 1995.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. A tributação como instrumento de Concretização do direito ao meio Ambiente: o caso do ICMS ecológico. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental: fauna, políticas públicas e instrumentos legais. 8. 2004. São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2004. p. 487-509.

ZEOLA, Senise Freire Chacha. ICMS – Instrumento de proteção e conservação do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 8, n.30, p.179-197, abr-jun. 2003.



# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS DIFERENTES MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Isabel da Cunha Bisch\*

## 1 INTRODUÇÃO

Na doutrina jurídica brasileira, é comum dividir os modelos de controle de constitucionalidade de atos normativos em dois grandes sistemas, quais sejam, o americano e o europeu, situando-se o modelo aqui adotado como misto, eclético, ou mesmo como um controle *sui generis*. O presente artigo pretende, além de trazer outra abordagem ao tema, à luz das atuais experiências européias, conferir diferente enquadramento ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

## 2 CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O movimento político e jurídico denominado constitucionalismo, bandeira das idéias liberais que triunfaram com as revoluções dos séculos XVIII e XIX<sup>1</sup>, visava, em seu início, ao estabelecimento de regimes constitucionais, ou seja, à instituição de governos moderados, limitados em seus poderes e submetidos a Constituições escritas. O cerne da idéia liberal dessas revoluções era a crença existente na “[...]capacidade do direito para regular e limitar o Estado e a política, por meio de uma lei, a Constituição [...]”<sup>2</sup>

De acordo com os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>3</sup>, no esquema político liberal, a Constituição, ao estabelecer a estrutura e os limites do Estado, representava a garantia dos direitos humanos fundamentais, uma vez que impediria a violação desses pelos órgãos estatais. Nesse entender, a Constituição

---

\* Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

<sup>1</sup> Em virtude desses movimentos, surgiram as primeiras Constituições Ocidentais escritas, como a Constituição Americana (1787) que, promulgada após a declaração de independência dos Estados Unidos, estabeleceu um pacto consolidando e já limitando a ordem política que se formava, e a Constituição Francesa (1791), consequência direta dos valores que embasara a Revolução de 1789 e produto das forças que pregavam a idéia de liberdade, contrárias ao Antigo Regime, à Monarquia absoluta e ao despotismo (Cf. OTTO, Ignácio de. **Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes**. Barcelona: Editora Ariel, S/A, 1988).

<sup>2</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 103-104.

<sup>3</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1999b.

designaria a organização do Estado, estabelecida por escrito e declarada de modo solene, para fim de resguardar os direitos naturais do homem, impedindo o arbítrio daqueles que detivessem o poder.<sup>4</sup> Tal visão liberal, de que todo o Estado deve ter uma Constituição escrita, formal, e rígida,<sup>5</sup> difundiu-se a partir do início do século XIX. De fato, tornou-se consenso no pensamento político ocidental “que todo o Estado deve ter sua organização fundamental.”<sup>6</sup>

Na segunda década do século XX, surgiu uma nova concepção de Constituição, formulada por Hans Kelsen. Em sua clássica visão piramidal e escalonada do ordenamento jurídico, Kelsen propôs que a organização do Estado deveria derivar de uma norma suprema, que desse validade às demais normas existentes.<sup>7</sup> Assim escreveu o jurista austríaco:

[...] dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. [...] A ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta o fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental- pressuposta.<sup>8</sup>

Entende-se que as idéias kelsenianas traçaram novos conceitos para o direito constitucional ao conferir às constituições um aspecto normativo supremo. Tal supremacia, nas palavras de García de Enterría, assim seria explicada: “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico [...] Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*”.<sup>9</sup> Enterría

<sup>4</sup> Estampava-se, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem (1789), a função primordial das Cartas Políticas à essa época, nos seguintes termos: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.

<sup>5</sup> Por constituição rígida se entende aquela lei fundamental do Estado que só se altera por um procedimento especial, distinto do modo ordinário do estabelecimento de regras jurídicas. (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999a, p. 13-14).

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, 1999b, p. 85.

<sup>7</sup> “O fundamento último de validade de um sistema jurídico não pode [...] ser um fato nem uma norma moral. Mas deve ser uma norma, se a fundamentação da última norma positiva do sistema deve seguir o mesmo procedimento estabelecido para as demais normas, segundo o princípio de que ‘o fundamento de validade de uma norma só pode ser a validade de outra norma’. Para Kelsen, a norma que confere validade à última norma positiva do ordenamento, a constituição, é a norma fundamental. A norma fundamental não é uma norma posta, positiva. É uma norma meramente pensada, uma norma pressuposta [...] é uma norma *jurídica* na medida em que cumpre funções de relevância jurídica. Ela confere validade a uma constituição que seja o fundamento positivo de um ordenamento jurídico [...]. A norma fundamental pode ser formulada do seguinte modo: ‘Devemos nos comportar de acordo com aquilo que diz a constituição.’ (BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo Jurídico Contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 41)

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-247.

<sup>9</sup> ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985, p. 48-49.

esclarece que a pretensão de permanência dos textos constitucionais além de lhes assegurar clara superioridade sobre as normas ordinárias, lhes confere caráter de norma jurídica, impedindo que os mesmos sejam concebidos como um mero compromisso ocasional de grupos políticos, ou um mero mecanismo de articulação, substituível a qualquer momento.

Dessa compreensão de supremacia da Constituição, decorre uma condição de constitucionalidade a que estão sujeitos todos os atos estatais. Com efeito, nenhum destes vale se não estiver formal e materialmente em conformidade com a Lei Maior, sob pena de se deixar cair no vazio todas as garantias asseguradas em um nível superior hierárquico pelo poder constituinte. Afinal, se um ato inconstitucional prevalecer, a Constituição não será a lei suprema, mas estará, sim, à mercê de mudanças que eventuais atos contrários a ela adotem. Conclui-se, então, que a averiguação da validade das leis em relação à Lei Maior é condição essencial para a sua Supremacia. Tal averiguação, objeto desse estudo, faz-se pelo hoje denominado controle de constitucionalidade. É precisa, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao referir que

O controle de constitucionalidade é a garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistir ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente do Poder Legislativo. Ao contrário, quando não só é previsto pela Carta, mas tem meios de impor-se efetivamente, esta é a Lei Suprema, a que todos os Poderes têm de curvar-se.<sup>10</sup>

Porém, deve-se ressaltar, a existência de um controle de constitucionalidade é intrínseca à existência de sistemas constitucionais de caráter escrito-rígido<sup>11</sup>, já que só onde se haja estabelecido uma formal diferenciação entre as leis Constitucionais e as leis ordinárias - de tal forma a reconhecer a superioridade daquela em frente a esta - é que existe a necessidade de comprovar a adequação das primeiras frente às segundas.<sup>12</sup>

Diante do exposto, surge a seguinte indagação: a quem cabe declarar a inconstitucionalidade de uma lei, como escusa para seu descumprimento? Em

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218.

<sup>11</sup> Interessante a colocação do Ministro Paulo Brossard sobre a inexistência de lei inconstitucional na Inglaterra: "A teoria da inconstitucionalidade das leis supõe uma Constituição como Lei Suprema, hierarquicamente superior às demais leis, que lhe devem fidelidade e nela encontram a origem de sua validade; supõe que os Poderes do Estado estejam sujeitos a essa lei maior, com atribuições por ela definidas e competência por ela limitada. Por que na Grã-Bretanha não há lei inconstitucional? Porque nela o Parlamento é soberano, não sofre limitação de nenhuma lei inconstitucional, de modo que, não tendo limitação ao seu poder de legislar, tudo quanto ele fizer será legal [...]. Naquele país não existe Constituição no sentido do Direito continental e americano, como lei hierarquicamente superior, a limitar o Poder Legislativo, ainda que a Constituição histórica da Grã-Bretanha tenha mais rigidez e solidez que muita Constituição rígida e formal de outros países." (BROSSARD, Paulo. *Constituição e Leis a Ela Anteriores. Revista Trimestral de Direito Público*, 4/1993. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 23-24).

<sup>12</sup> Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos das Declarações de Inconstitucionalidade**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

outras palavras: a quem cabe a competência para afastar do ordenamento jurídico as disposições normativas inconstitucionais?

Conforme propõe Celso Ribeiro Bastos<sup>13</sup>, é inviável a solução dessa competência a todos aqueles atingidos por eventual inconstitucionalidade, urgindo que as Constituições prevejam qual o órgão competente para controlar a adequação de cada norma aos mandamentos da Lei Maior.<sup>14</sup> Cabe verificar, portanto, como se dá e a quem compete a realização do controle de constitucionalidade nos dois grandes modelos hoje existentes, quais sejam, o modelo americano e o europeu<sup>15</sup>, para então apreciar qual(is) o(s) mecanismo(s) utilizado(s) no Brasil para se controlar a conformidade dos atos normativos estatais à nossa Lei Fundamental.

### 3 MODELO AMERICANO: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM JURISDIÇÃO CUMULADA

A promulgação da Constituição norte-americana em 1787 foi o marco inicial do triunfo do movimento jurídico-político denominado constitucionalismo, acima já referido. Tal constituição representou, em síntese, o modelo das assim chamadas Constituições ‘rígidas’, contrapostas às constituições flexíveis.<sup>16</sup> Exatamente por ser um recurso solene do constituinte para limitar os poderes e, principalmente, por ser um documento escrito, essa Carta precisaria de uma autoridade dotada de força para interpretá-la, controlando os atos dos poderes que ela mesmo instituiu.<sup>17</sup>

Para entendermos os fundamentos que deram origem ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, nos moldes desenvolvidos, temos de analisar o art. VI, cláusula 2<sup>a</sup>, da Constituição norte-americana, que assim dispõe:

“This Constitution [...] shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”<sup>18</sup>

Esse texto, interpretado pelo Chief of Justice John Marshall no julgamento do case *Marbury x Madison*, em 1803, teve profundo caráter inovador, pois determinou o “poder e o dever dos juízes de negar aplicação aos atos normativos

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 391.

<sup>14</sup> Sobre essa hipótese, Hans Kelsen já referia que “se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos.” (KELSEN, 1998, p. 301).

<sup>15</sup> Diga-se, desde já, que a maioria dos países europeus, em que pese guardarem, entre si, diferentes peculiaridades em relação ao controle de constitucionalidade das leis, têm como traço comum o controle da lei em abstrato por um órgão jurisdicional próprio para tanto.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 46. À página 47 da obra ora mencionada, Cappelletti cita como exemplo de modelo flexível o Estatuto Albertino, que entrou em vigor na Itália em 1848 e só foi completamente substituído em 1948.

<sup>17</sup> Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 137.

<sup>18</sup> “Essa Constituição [...] deve ser a Lei Suprema da Terra, e os Juizes de todos os Estados por ela devem ser limitados, mesmo que qualquer coisa na Constituição ou Leis dos Estados a ela sejam contrários.” Tradução nossa.

contrários à Lei Fundamental.”<sup>19</sup> Informa-nos Ferreira Filho<sup>20</sup> as palavras utilizadas por Marshall na construção da doutrina do controle jurisdicional (judicial review), quando rejeitou a constitucionalidade, e, por conseguinte, a aplicação de uma norma federal. Assim teria o mesmo se pronunciado:

“Ou a Constituição é a lei superior, que não pode ser modificada por meios ordinários, ou está no mesmo nível dos atos legislativos comuns e, como outros atos, pode ser alterada quando aprouver à legislatura. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então uma lei, contrária à Constituição, não é direito; se a última é verdadeira, então constituições escritas são tentativas absurdas, da parte do povo, para limitar o poder, por sua própria natureza ilimitável.”<sup>21</sup>

Raul Machado Horta<sup>22</sup> atenta que, na doutrina desenvolvida por Marshall, o controle judiciário de constitucionalidade seria decorrência primordial do conceito de constituição escrita, de modo que a previsibilidade desse no corpo da Lei Fundamental apenas ofereceria argumentos adicionais para sua efetivação.

Não é, contudo, só pelo fato de o texto constitucional americano ser escrito e, por isso mesmo, necessitar de interpretação, que a competência do controle de constitucionalidade foi remetida ao Poder Judiciário, sem maiores divergências. Tal atribuição vai muito além disso: diz respeito, sobretudo, à própria família jurídica em que esse país está inserido, a saber, o common law.<sup>23</sup> Com efeito, os Estados Unidos espelharam-se, na construção de seu Direito, nessa tradição jurídica, originada na Inglaterra, caracterizada pela grande força conferida aos precedentes judiciais e, conseqüentemente, pelo grande poder conferido aos juízes. A estrutura sócio-jurídica americana, então, é “[...] construída sobre o direito dos juristas, com matéria normativa extraída diretamente das decisões [...]”.<sup>24</sup> Nesse contexto, o direito estatal legislado, apesar de existir, não encontra grau de primazia jurídica. Aliás, o conteúdo das disposições de lei (statutes), no common law, só passa a integrar plenamente o direito depois de seu alcance ser trabalhado, interpretado, pelos magistrados<sup>25</sup> de forma que os comandos normativos escritos não são fonte primeira do Direito.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, 1984, p. 47.

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, 1999a, p.33.

<sup>21</sup> Refere Mauro Cappelletti que “se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou na América e no mundo algo de novo e inexistente, ela foi porém, ao mesmo tempo [...] não um gesto de improvisação, mas antes um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 63).

<sup>22</sup> HORTA, 2003, p. 138.

<sup>23</sup> É firme a sustentação de Cezar Saldanha Souza Junior no sentido de que a principal diferença entre a tradição jurídica do *common law* e a família romano-germânica não se cinge a especificidades jurídicas formais, mas, encontra-se, sobretudo, nas forças sociológicas e nas relações entre sociedade e Estado existentes em cada família de Direito. (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Tese para concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito de São Paulo. Porto Alegre, 2002a).

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 75. Para o autor, Direito dos Juristas, deve ser compreendido como aquele construído principalmente pelo Poder Judiciário, órgão responsável para solucionar os conflitos e questões sociais, e dar certeza, continuidade e coercibilidade às pautas geradoras de maior integração social.

<sup>25</sup> Para uma completa análise dessa constatação, ler SOUZA JÚNIOR, 2002a.

Mas, retomando o julgado histórico, foi pelo caso *Marbury x Madison* que se aferiu recair o controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos naturalmente no campo de ação dos juízes.<sup>26</sup> Destarte, para determinar o Direito a aplicar, cumpriria ao juiz examinar, como questão preliminar, a constitucionalidade da lei e repeli-la no caso dessa incidir em violação à Constituição.<sup>27</sup>

Nesse compasso, construiu-se, no direito norte-americano, a doutrina segundo a qual qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que se sobressaia a incompatibilidade de norma legislativa ordinária com a norma constitucional<sup>28</sup>, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda.<sup>29</sup> Dessa forma, “todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento.”<sup>30</sup>

Veja-se que, hoje, os Estados Unidos são vistos como o país exemplo de controle descentralizado de constitucionalidade, onde todas as Cortes ganham força para invalidar leis, se essas contrariarem a Constituição.<sup>31</sup> Foi o que o jurista espanhol Victor Ferreres Comella<sup>32</sup> denominou de sistema monista, ou sistema de controle de constitucionalidade com jurisdição cumulada, em que um mesmo ramo do Judiciário exerce duas funções. O Poder Judiciário, dessa forma, participa, concomitantemente, do domínio fundamental (nível constitucional) e do domínio concreto (nível infraconstitucional) das questões controvertidas surgidas.<sup>33</sup>

<sup>26</sup> Sobre tal fato, assim afirmou Bernard Schwartz: “The authority of the American Courts to review the constitutionality of the laws does not find its source in any express delegation to them in the Constitution. It is a power which has been assumed by the Supreme Court itself in one of the most daring decisions ever rendered by a judicial tribunal.” (SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. Cambridge: University Press, 1955, p. 09)

<sup>27</sup> Disserta Lúcio Bittencourt sobre certas objeções direcionadas ao *judicial review*: “Argui-se [...] que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois enquanto em relação ao Congresso, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juizes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular. A essa objeção, responde, com muita propriedade, NEUMANN, lembrando que o que caracteriza a democracia americana não é, propriamente, a intervenção do povo na feita das leis, mas, sim, o respeito a certos direitos fundamentais e imutáveis da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário, justificando-se, por essa forma, a supremacia deste.” (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 21-22)

<sup>28</sup> Cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 76.

<sup>29</sup> Ou, no dicção de Bernard Schwartz: “When an act of Congress is appropriately challenged in the courts as not conforming to the Constitutional mandate the judicial branch of the Government has only one duty, to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former.” (SCHWARTZ, 1955, p. 3)

<sup>30</sup> Cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 77

<sup>31</sup> Ressalve-se, entretanto, haver firmada jurisprudência norte-americana no sentido de se efetuar, sempre que possível, a análise da constitucionalidade de um ato pela maioria do quórum mínimo de Juizes de um Tribunal (regra do full bench) e evitar, ao máximo, a declaração de inconstitucionalidades pelas Cortes, considerada a delicadeza e importância da questão. (Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2002).

<sup>32</sup> COMELLA, Victor Ferreres. *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism*. In: *Avenues in Comparative Constitutional Law*, 2004, Austin, Estados Unidos. **Paper** apresentado em 27 de fevereiro de 2004 na UT Austin School of Law.

<sup>33</sup> Cf. SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 125.

O fato de os americanos reconhecerem o direito de os juízes fundarem suas decisões na Constituição, antes que nas leis, permitindo-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais, também foi objeto de análise do francês Alexis de Tocqueville.<sup>34</sup> Sobre os efeitos das declarações de inconstitucionalidade pelos Magistrados, referiu mencionado autor:

[...] a lei censurada não é destruída: a sua força moral é diminuída, mas o seu efeito material de modo algum fica suspenso. Somente pouco a pouco, e por força de golpes repetidos da jurisprudência, é que afinal vem a sucumbir.<sup>35</sup>

Grande conhecedor do Direito Constitucional norte-americano, Rui Barbosa explicou, no mesmo sentido, o procedimento de declaração de inconstitucionalidade das leis pelo Judiciário norte-americano:

O que elles (juizes) fazem aos actos inconstitucionaes de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-n'os. Deixam-n'os subsistir no corpo das leis, ou dos actos do executivo; mas a cada individuo, por elles aggravado, que vem requerer contra elles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir.<sup>36</sup>

Quanto ao papel dos precedentes judiciais, Cappelletti<sup>37</sup> destaca que no sistema de “controle difuso” existente nos Estados Unidos, atua o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual, ‘a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction.’<sup>38</sup> Assim, o resultado final do vínculo aos precedentes é que, embora também nas demais Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema de impugnações, a questão de constitucionalidade poderá acabar por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela Supreme Court, cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários.

Nesse compasso, sendo o caso concreto julgado pela instância jurisdicional máxima e sendo declarada a inconstitucionalidade de determinada lei, a decisão deixa de ter efeitos apenas entre as partes litigantes da causa apreciada, para assumir verdadeira eficácia ‘erga omnes’. Como bem ensina Cappelletti, uma vez

<sup>34</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 83

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>36</sup> BARBOSA, Rui. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira, IV volume, Arts. 55 a 62, Do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva & CIA, 1933.

<sup>37</sup> CAPELLETTI, 1984, p. 80.

<sup>38</sup> “Uma decisão da Suprema Corte, em qualquer questão, vincula todas as Cortes inferiores a essa mesma decisão.” Tradução nossa.

sendo julgada inválida pela Supreme Court, “uma lei americana, embora permanecendo ‘on the books’, é tornada “a dead law”, uma lei morta.”<sup>39</sup> Registre-se, entretanto, ser a tônica do controle de constitucionalidade americano o fato de a decisão que afastou o ato inconstitucional não beneficiar terceiros, devendo, para a configuração de tal efeito, chegar a controvérsia à jurisdição da Corte Suprema.<sup>40</sup> Poderia se dizer, com fulcro no mestre Jorge Miranda<sup>41</sup>, que a fiscalização constitucional americana é subjetiva, já que se prende a um interesse direto e pessoal de alguém, em um caso em que a ofensa à Lei Fundamental repercute em lesão de direitos e interesses privados.

Por fim, de acordo com a precisa explicação de Alfredo Buzaid<sup>42</sup>, no esquema americano, as Cortes não se pronunciarão sobre a constitucionalidade de uma lei, salvo em litígio regularmente submetido a seu conhecimento por pessoa que tenha entendido ofensa a seu direito em virtude da existência de uma norma inconstitucional. Da mesma maneira, no direito americano, o exame sobre eventual inconstitucionalidade de uma lei representa questão prejudicial ao exame da causa, nunca a questão principal, já que ela não figura como objeto do processo. Compreende-se, portanto, que não existe no sistema americano um modelo de controle de constitucionalidade que seja alheio a um caso concreto, isto é, distante de um conflito de interesse entre as partes litigantes.<sup>43</sup>

#### 4 MODELO EUROPEU: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA

Diferentemente do Direito americano, em que a competência para o exercício do controle de constitucionalidade das leis é aferida a todas as Cortes Judiciais, na análise dos casos concretos, no continente europeu foi criada nova técnica para ser analisada a adequação das leis à Constituição.<sup>44</sup>

Vigora, na maioria dos países europeus<sup>45</sup>, uma verdadeira separação entre a jurisdição do poder judiciário e a jurisdição constitucional. Nas palavras

<sup>39</sup> CAPPELLETTI, 1984, p. 81

<sup>40</sup> FERREIRA FILHO, 1999a, p.38

<sup>41</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 498.

<sup>42</sup> BUZOID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva. 1958.

<sup>43</sup> De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, Kelsen teria observado que a deficiência desse sistema seria reconhecida pela própria doutrina americana, afigurando-se evidente que o interesse quanto à constitucionalidade das leis configura interesse público, que não coincide, necessariamente, com os interesses privados. (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7)

<sup>44</sup> “[...]The European Constitutional Courts are, first of all, outside the Judiciary, and moreover they play the role of an umpire in case of conflicts among the branches of the government. It is clear that the constitutional philosophies underlying the two institutional systems are quite apart’. (PASQUINO Pasquale; FERREJOHN John. *Constitutional Adjudication: Lesson from Europe*. . In: *Avenues in Comparative Constitutional Law*, 2004, Austin, Estados Unidos. **Paper** apresentado em 27 de fevereiro de 2004 na UT Austin School of Law p.1)

<sup>45</sup> Suíça, Finlândia e Dinamarca, por exemplo, são países europeus que não adotam esse modelo pelo fato de não possuírem Cortes Constitucionais. Ver, a propósito, COMELLA, 2004, p. 22.

do espanhol Victor Ferreres Comella<sup>46</sup>, vige o modelo de jurisdição separada, ou dualista, em que a jurisdição nacional é dividida em duas partes: as cortes ordinárias de um lado, responsáveis pela solução de conflitos que demandem exame de legislação infraconstitucional e, do outro lado, as Cortes Constitucionais, que são as únicas competentes para se manifestarem acerca de suscitações de inconstitucionalidades de leis, de modo especializado. A grande novidade desse modelo é a criação de técnica peculiar, em que a inconstitucionalidade de uma lei poderá ser declarada em tese, em uma ação específica, cuja finalidade é o exame da validade da norma em si.

Explique-se que a adoção de um modelo centralizado está basicamente ligado ao grande valor conferido à lei na Europa, já que se a todas as Cortes fosse concedido o poder de rever a constitucionalidade da legislação, conflitos e desacordos inevitavelmente surgiriam entre elas. Conseqüentemente, tal fato tornaria as leis mais incertas tanto para os cidadãos quanto para as autoridades governamentais. A existência de uma única jurisdição com força para rever a legislação (a Corte Constitucional) aparece, então, como solução para eliminar o risco de divergência na aplicação das leis pelo Judiciário. Traçando-se um paralelo com a família jurídica do common law, no direito romano-germânico é a lei, ao invés dos precedentes judiciais, que define, em primeira escala, o que é direito, através de normas explícitas editadas pelo Poder Legislativo, as quais prevêm hipóteses de conduta que pretendem regular.<sup>47</sup>

A instituição de Cortes Especializadas é uma inovação das Constituições européias do segundo pós-guerra<sup>48</sup>, sendo, inegavelmente, um fenômeno decorrente do autoritarismo existente em certos regimes europeus do século XX.<sup>49</sup> De fato, em tais regimes, os juízes eram forçados a aplicar leis autoritárias, devido à característica do sistema romano-germânico de cumplicidade dos magistrados com o que dizem os comandos legislativos. Na realidade, foi demonstrado em países europeus, como a Itália e a Alemanha, que o legislador pode representar ameaça às liberdades dos cidadãos, em frente à concepção tradicional do Estado de Direito como um Estado submetido à Lei. Assim, se as leis, que deveriam representar a garantia de liberdade, acabam por perverter todo o ordenamento jurídico, devido ao autoritarismo de seus elaboradores, é compreensível e aceitável o papel de um outro Poder, o Tribunal Constitucional, que atuará como verdadeiro Legislador Negativo<sup>50</sup>, analisando a compatibilidade das normas com a Constituição e as eliminando do ordenamento, no caso de ser configurada violação.

Tais Cortes foram estruturadas com força de rever a legislação posta, resolver conflitos entre departamentos governamentais e proteger direitos fundamentais. Mas, desde sua introdução, elas cresceram suas atividades e, portanto, sua impor-

<sup>46</sup> COMELLA, 2004, p. 2.

<sup>47</sup> Cf. SOUZA JÚNIOR, 2002a.

<sup>48</sup> Tais Cortes foram previstas, por exemplo, na Constituição Italiana (1948), Alemã (1949), Portuguesa (1976), Tcheca (1968), Turca (1961), Iugoslava (1963).

<sup>49</sup> PASQUINO Pasquale; FERREJOHN Jonh, 2004, p.4.

<sup>50</sup> Cf. ENTERRÍA, 1985, p. 132-133.

tância. Hoje, 17 dos 25 países que compõem a União Européia possuem Cortes Constitucionais.<sup>51</sup>

Na verdade, Hans Kelsen é o primeiro doutrinador a pensar a instituição Tribunal Constitucional. No projeto para a Constituição austríaca de 1920, Kelsen lançou um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura romano-germânica, em que um Tribunal especializado concentrava, em abstrato, a fiscalização constitucional circunscrita inicialmente às lides federativas. Kelsen elaborou visão segundo a qual o Tribunal Constitucional, além de fundar a Supremacia Jurídica da Constituição, garantiria a autonomia das entidades membros e a harmonia de suas relações recíprocas. Assim, o Tribunal Constitucional, ao tempo de Kelsen, teria como função essencial proteger o sistema federalista.<sup>52</sup> Em seu célebre discurso debate com Carl Schmitt a respeito de quem deveria ser o guarda da Constituição<sup>53</sup>, Kelsen defendeu que esse papel caberia ao Tribunal Constitucional, que não deveria integrar o poder judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes.

De qualquer forma, independentemente de como os países europeus vieram a vislumbrar a autonomia da Corte Constitucional em relação ao Poder Judiciário<sup>54</sup>, o certo é que a Europa é vista como o continente que possui um controle concentrado de constitucionalidade. Essa informação tem como implicação imediata o entendimento de que a inconstitucionalidade de uma lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de aplicação do direito 'válido' nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional.<sup>55</sup> Tal modelo tem por condão, em regra, através de um processo objetivo, direcionado a um órgão centralizado, "[...] expelir do sistema a lei ou ato inconstitucional, para que haja o bom funcionamento da mecânica constitucional."<sup>56</sup> Na lição de Mauro Cappelletti<sup>57</sup>, os juizes da Europa continental são habitualmente magistrados de carreira, pouco adequados para assumir uma tarefa de controle das normas, que é atividade inevitavelmente criadora e que vai muito além da mera função de ser intérprete da lei.

Portanto, no modelo de jurisdição separada (especializada), ou dualista, a peça comum entre os países europeus que possuem Tribunal Constitucional seria o fato de que somente tais cortes têm o poder de invalidar as leis, caso essas violem a Constituição. Entretanto, é bom que se esclareça, há Cortes Constitucionais européias que não apenas revisam a legislação, mas também desempenham

<sup>51</sup> Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Portugal, Espanha, República Tcheca, Hungria, Polônia, Lituânia, Eslováquia, Eslovênia, Chipre, Malta e Latvia.

<sup>52</sup> Após a Segunda Guerra, as novas cortes ganharam força também para proteger direitos fundamentais.

<sup>53</sup> Cf. SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 107 e p. 114-115.

<sup>54</sup> Hoje, não só na Alemanha, como na Espanha, o Tribunal Constitucional é visto com um poder político do Estado, um poder independente dos demais poderes. Cf. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, 2002 b, p. 117.

<sup>55</sup> Cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 84.

<sup>56</sup> Cf. BASTOS, 1998, p. 399.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro. 'Necessidad y legitimidad de la Justicia Constitucional' - in FAVOREU, Louis (org.) Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Traduzido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

outras funções.<sup>58</sup> Como exemplos da primeira espécie de tribunal constitucional, a qual Comella chama de modelo dualista puro (a única função dos Tribunais Constitucionais é o controle de constitucionalidade), estariam incluídos Bélgica e Luxemburgo. De acordo com o autor, Itália e a França teriam, igualmente, como função precípua a revisão da constitucionalidade da legislação, mas com outras atribuições adicionais, que não os retirariam dessa mesma classificação. E, como exemplos da segunda espécie de Corte, em que o controle de constitucionalidade seria uma das diversas outras relevantes funções<sup>59</sup>, Comella refere a Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal.

Conforme os ensinamentos do professor espanhol, a função do controle de constitucionalidade, comum tanto ao modelo dualista puro quanto ao “impuro”, pode advir através de “ações diretas” que instituições públicas proponham diretamente à Corte Constitucional, atacando as leis em abstrato, bem como através de questões constitucionais, em que um juiz ou corte ordinária, resolvendo um caso concreto e estando em dúvida sobre sua constitucionalidade, remete a questão, em abstrato, à Corte Constitucional. Tal incidente constitucional existe, por exemplo, na Áustria, Bélgica, Itália, Espanha, Alemanha e Luxemburgo.<sup>60</sup> De acordo com José Levi do Amaral Júnior<sup>61</sup>, o promotor desse incidente é o próprio Juiz.

Na França, onde o controle de constitucionalidade é político<sup>62</sup>, não se admite esse incidente, em que um juiz ordinário remete a questão constitucional ao Tribunal. Aliás, em tal país, o controle de constitucionalidade somente ocorre antes de a lei entrar em vigor, quando o Conselho Constitucional se manifesta acerca de sua constitucionalidade. Por essa razão, não há qualquer maneira de um Juiz de determinada Corte ordinária francesa alegar ser determinada norma inconstitucional.

Outras Cortes Constitucionais têm autoridade não só para fazer o controle de constitucionalidade das leis por meio da ação direta ou em questão incidental que eventualmente surja nas cortes ordinárias, mas também para revisar decisões de juízes ou tribunais inferiores que tenham violado direitos fundamentais. É o caso da Alemanha e da Espanha. Assim, se o indivíduo considera que o Judiciário

<sup>58</sup> COMELLA, 2004, p. 2-5.

<sup>59</sup> Victor Ferreres Comella, enquadra tais Cortes Constitucionais como pertencentes a um modelo dualista impuro. (Ibidem, p.5).

<sup>60</sup> Luís Afonso Heck, ao escrever sobre o a Corte Alemã, aduz que a finalidade de estarem os juízes obrigados a submeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, no caso de sucederem dúvidas sobre ela, é, por um lado, “[...] impedir que cada tribunal individual passe por sobre a vontade do legislador federal ou estadual [...]” e, por outro, manter o Tribunal Constitucional Federal como guarda da Constituição. (HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995, p. 133).

<sup>61</sup> AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 53.

<sup>62</sup> Na Constituição Francesa de 1958, o poder de controlar a conformidade das leis à própria Constituição é atribuído a um órgão político, o *Conseil Constitutionnel*. Mauro Cappelletti explica que a idéia que está na base da exclusão desse controle a um órgão jurisdicional, é o princípio da separação dos poderes, e conseqüente inoportunidade de qualquer interferência do poder judiciário na atividade legislativa das assembleias populares. (CAPPELLETTI, 1984, p. 31).

não protegeu seus direitos fundamentais, no final do processo jurídico, pode impetrar uma “constitutional complaint” ao Tribunal Constitucional.<sup>63</sup> Tais recursos são denominados *verfassungsbeschwerde* na Alemanha e recurso de amparo na Espanha. Luís Afonso Heck, examinando o recurso alemão, o define como “o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação sustentada de um direito constitucional do promovente, por um titular do poder público, a um tribunal constitucional [...]”.<sup>64</sup> Na ótica do autor, o *verfassungsbeschwerde* permite que o Tribunal Constitucional Federal contribua definitivamente na defesa dos direitos fundamentais, porquanto esses serão protegidos contra cada prejuízo causado por ações do Poder Estatal. Para Gilmar Ferreira Mendes, o *verfassungsbeschwerde* é uma das mais significativas competências da Corte Constitucional e foi introduzido no texto constitucional do país em 1969, sendo, anteriormente a essa data, previsto somente em lei federal.<sup>65</sup> O espanhol Manuel Aragón Reyes reforça a importância desse tipo de suscitação de inconstitucionalidade para a construção do conteúdo dos direitos fundamentais, ao afirmar que na Espanha e na Alemanha os direitos fundamentais são definidos pelo Tribunal Constitucional não só por ser este o supremo intérprete da Constituição ou por deter o monopólio do controle de constitucionalidade, mas porque tais países prevêem o mecanismo do “recurso de amparo”. Afirma, nesse sentido, o jurista: “[...] el Tribunal Constitucional será, en plenitud, el supremo intérprete de la Constitución en la medida que tenga atribuido el recurso de amparo”.<sup>66</sup>

Enfim, cabe citar, baseando-se na lição de Victor Comella, as principais características do controle de constitucionalidade com jurisdição separada.<sup>67</sup>

- 1) As Cortes Constitucionais Europeias detêm o monopólio no controle de constitucionalidade (judicial review)
- 2) Os juízes dessas Cortes, em regra, não são vitalícios, tendo um mandato a ser cumprido (de 9 a 12 anos).
- 3) Os juízes não pertencem somente à carreira do Judiciário, mas igualmente de campos como a advocacia ou magistratura., e devem ser aprovados pelo Parlamento
- 4) Em regra, os Tribunais Constitucionais decidem questões, ao invés de casos concretos.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Aponta Victor Ferreres Comella que Áustria, Bélgica, França, Itália e Luxemburgo não possuem essa espécie de procedimento contra ato judicial que tenha violado direito fundamental da parte. (Cf. COMELLA, 2004, p. 4).

<sup>64</sup> HECK, 1995, p. 138.

<sup>65</sup> MENDES, 1998a, p. 14-15.

<sup>66</sup> REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, p. 180. Ver, também, HABERLE, Peter. A jurisdição constitucional na fase atual de desenvolvimento do estado constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas; Atlas, v. 244, jan./abr. 2007, p. 208-230.

<sup>67</sup> Ou seja, com jurisdição exclusiva para resolver questões de ordem constitucional, ao invés de casos que envolvam aplicação de legislação infraconstitucional.

<sup>68</sup> Para Cezar Saldanha Souza Junior, o papel da Corte Constitucional é o “[...] de construir e renovar o que a sociedade historicamente tem dificuldades de alcançar de um modo direto: um consenso, acima do plano partidário ideológico do Governo e do Legislativo, sobre os limites entre o domínio do direito o domínio da política. Com a reserva da jurisdição constitucional, nele concentrada, o Tribunal Constitucional pode arbitrar, em última instância, a área em que a política deve ter superioridade sobre o direito (no qual este deve estar a serviço daquela) e a área em que o direito deve gozar de supremacia sobre a política (empregando, para isso, os instrumentos do controle de constitucionalidade, invalidando as disposições legislativas que violam o direito consagrado na Constituição).” (SOUZA JÚNIOR, 2002a, p. 92)

## 5 O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ADOTADO NO BRASIL

O Brasil, desde a Constituição de 1891, possui um controle de constitucionalidade com jurisdição cumulada, no qual os órgãos judiciários responsáveis pela aplicação do Direito ordinário são também competentes para afastar leis por eles consideradas inconstitucionais.<sup>69</sup> Para tanto, é utilizada a técnica do controle em concreto, em que a apreciação da validade dos atos normativos pode ser feita individualmente, em cada lide processual, por todas as esferas do Judiciário (via incidental). Posteriormente, implantou-se no país também a técnica europeia de controle de constitucionalidade, aqui realizada através de ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal<sup>70</sup> (órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro), de modo que a validade das leis também pode ser auferida de modo abstrato.<sup>71</sup>

Dessa maneira, no nosso sistema<sup>72</sup>, o controle repressivo de constitucionalidade<sup>73</sup> é efetuado pelo Poder Judiciário, que pode prestá-la de modo difuso, ou exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando a inconstitucionalidade é declarada em tese.<sup>74</sup> Ou seja, pelo primeiro modo, denominado via de exceção ou de defesa, qualquer indivíduo pode, ao propor causa perante o Poder Judiciário para reclamar reparação de um direito lesado ou prevenir ocorrência de eventual lesão, suscitar, como questão incidental ao processo, a invalidade da lei no caso concreto. Já pelo segundo modo, denominado via de ação, o objeto da questão

<sup>69</sup> Cf. FERREIRA FILHO, 1999a, p. 39. Mas, como será visto adiante, se a inconstitucionalidade for declarada por órgão fracionário de Tribunal, deve ser respeitado o art. 97 da CRFB (regra do full bench).

<sup>70</sup> E, com a Constituição de 1988, também perante os Tribunais de Justiça, no caso de controle de leis municipais ou estaduais diante das Constituições estaduais.

<sup>71</sup> Quanto à competência do grau jurisdicional máximo brasileiro (STF) para atuar no controle concentrado de constitucionalidade, fazem pensar as palavras de Nelson Nery Junior, ao colocar que: “[...] o perfil constitucional de nosso Tribunal Federal Constitucional não se nos afigura o melhor, porquanto carece de legitimidade para apreciar, em último e definitivo grau, as questões constitucionais que lhe são submetidas, já que é órgão do Poder Judiciário, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República sem critério de proporcionalidade ou representatividade dos demais poderes. A ilegitimidade do STF como Corte Constitucional está na nomeação vitalícia dos ministros (deveria haver mandato por prazo determinado) e no fato que os poderes Judiciário e Legislativo não participam eficazmente da escolha de seus membros [...]. O Executivo, portanto, é o único dos Três Poderes que pode indicar e nomear juiz integrante do tribunal constitucional brasileiro [...]. O monopólio dado ao STF para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo somente se refere à ação direta de inconstitucionalidade. Como é curial, os juízos singulares e tribunais inferiores podem julgar- ou melhor, devem fazê-lo, proferindo juízo constitucional positivo, vale dizer, decidir que determinada lei ou ato normativo se encontra em consonância com a Constituição [...]. Nós copiamos deliberadamente o modelo norte-americano de organograma constitucional, como se extrai do texto da Constituição de 1891 e das que lhe seguiram. Assim, não havia no Brasil o controle abstrato da constitucionalidade das leis até 1965. A ação direta de Inconstitucionalidade foi introduzida entre nós pela Emenda Constitucional 16, de 26.11.1965.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002, p. 23-27).

<sup>72</sup> FERRARI, 1999, p. 68.

<sup>73</sup> Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, controle repressivo de constitucionalidade é aquele que ocorre depois de perfeito o ato, após a lei ser promulgada. (FERREIRA FILHO, 1999a, p. 35).

<sup>74</sup> Destaque-se que o Brasil também adota o controle preventivo de constitucionalidade, no art. 66 § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal controle é atribuído ao Presidente da República, que o exerce por intermédio do veto. Esse dispositivo autoriza o Presidente a vetar o projeto de lei que lhe parecer inconstitucional. O veto, contudo, pode ser superado pelo Congresso Nacional (art. 66, § 4º da CRFB). Há, da mesma forma, controle preventivo através dos pareceres da Comissão de Constituição e Justiça dos órgãos legislativos.

a ser julgada é o próprio vício de validade da lei, sem que haja partes buscando a subtração dos efeitos da lei reclamada como inconstitucional.<sup>75</sup> Há, nesse último caso, um verdadeiro controle abstrato das normas em defesa da Carta maior, controle esse que é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e proposto diretamente perante ele.<sup>76</sup>

Cabe consignar, enfim, que o Brasil, permanecendo com um sistema de jurisdição cumulada, não instituiu uma Corte Constitucional, com competência exclusiva para atuar como guardião da Constituição, mas adotou dois modos de efetuar o controle de constitucionalidade de leis em defesa de sua Lei Fundamental (pela via incidental e pela via concentrada) pelos órgãos judiciários. Há, assim, no Direito Brasileiro, tanto a possibilidade de uma lei ser declarada inconstitucional por um Juiz de Direito, na análise de um caso concreto, quanto a possibilidade de essa mesma lei ser levada através de ação direta perante o STF para que sua constitucionalidade seja apreciada em tese, em um processo objetivo. Assim, mesmo sendo o Supremo Tribunal Federal a Máxima Instância para apreciar a questão constitucional surgida na via difusa e a única Instância competente para efetuar o controle em abstrato<sup>77</sup>, essa convergência não traz lógica ao sistema. Nas pensadas palavras de Cezar Saldanha Souza Júnior,

Embora o Tribunal seja o mesmo, os pressupostos, as técnicas, os efeitos, as conseqüências, a própria concepção de inconstitucionalidade que está implícita em cada um dos modelos são diferentes e, em certo sentido, até contraditórios.<sup>78</sup>

Com efeito, possui o Brasil um modelo de controle de constitucionalidade cumulado (sem Tribunal Constitucional), com técnicas distintas para o Judiciário apreciar a validade das leis. Não se pode negar, nesse aspecto, que a coexistência dessas modalidades - as quais possuem dinâmicas, origens e princípios próprios - em um país que não possui Tribunal Constitucional, pode dar margem a muitas distorções.

## 6 CONCLUSÃO

Diante das atuais conjunturas, é possível constatar ser ultrapassada a antiga dicotomia entre modelo concentrado e modelo difuso, ou entre modelo europeu e modelo americano. Afinal, o próprio recurso de amparo espanhol ou o *verfassungsbeschwerde* da Alemanha demonstram ser possível um controle incidental em países que também possuem controle abstrato dos atos normativos. O grande traço diferenciador, hoje, é de fato a presença ou não de um monopólio da ju-

<sup>75</sup> Cf. BASTOS, 1998, p. 408.

<sup>76</sup> SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 140.

<sup>77</sup> Lembrando-se, sempre, a competência dos Tribunais de Justiça para efetuar o controle de leis estaduais e municipais frente às Cartas estaduais.

<sup>78</sup> SOUZA JUNIOR, 2002b, p. 140.

risdição constitucional em um tribunal especializado; isto é, a existência ou não de separação entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional. No caso brasileiro, como examinado, não existe tal separação, podendo-se concluir que vige aqui o modelo monista de controle de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2002.

BARBOSA, Rui. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira, IV volume, Arts. 55 a 62, Do Poder Judiciário.** São Paulo: Saraiva & CIA, 1933.

\_\_\_\_\_. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo.** In: *Trabalho Jurídicos.* Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo Jurídico Contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998.

BITTENCOURT, Lúcio C.A. *O controle de constitucionalidade das leis.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BROSSARD, Paulo. *Constituição e Leis a Ela Anteriores.* **Revista Trimestral de Direito Público**, 4/1993, São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed., Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle de inconstitucionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y democracia.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism.* In: *Avenues in Comparative Constitutional Law*, 2004, Austin, Estados Unidos. **Paper** apresentado em 27 de fevereiro de 2004 na UT Austin School of Law.

ENTERRIA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.** 3. ed. Madrid: Civitas, 1985

---

RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 153-169, jul./dez. 2007

FAVOREU, Louis. **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Traduzido por Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4.ed. São Paulo: RT, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1999a.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999b.

\_\_\_\_\_. *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 230, out/dez 2002.

\_\_\_\_\_. **O Poder Constituinte**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999c.

FRIEDMAN M. Lawrence. **Law in America. A Short History**. New York: The Modern Library, 2002.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Milano: Giuffré, 1981.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Do efeito vinculante**. Tese de Doutorado, apresentada na Universidade de São Paulo, USP, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998a.

\_\_\_\_\_. *O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro*. **Revista dos Tribunais**, nº23 -abril-junho de 1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998b.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Teoria das Constituições Rígidas**. 2.ed. São Paulo: Bushatski, 1980.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo I.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1991. tomo II.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed.rev.atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002.

OTTO, Ignácio de. **Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes**. Barcelona: Editora Ariel, S/A, 1988.

PASQUINO Pasquale; FERREJOHN Jonh. *Constitutional Adjudication: Lesson from Europe*, In: *Avenues in Comparative Constitutional Law*, 2004, Austin, Estados Unidos. **Paper** apresentado em 27 de fevereiro de 2004 na UT Austin School of Law.

REYES, Manuel Aragón. **El Juez Ordinario entre Legalidad y Constitucionalidad**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

SCHWARTZ, Bernard. **American Constitutional Law**. Cambridge: University Press, 1955.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Tese para concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito de São Paulo. Porto Alegre, 2002a.

\_\_\_\_\_. **O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002b.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001.



# LA INALIENABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS SISTEMÁTICO SOBRE EL CONOCIDO CASO DEL “LANZAMIENTO DE ENANOS”<sup>1</sup>.

Sheila Stolz\*

**Abstract/ Resumen:** Se suelen mencionar tres características formales típicas con las que se pueden identificar y distinguir los derechos humanos de cualquier otra figura jurídica, a saber: su carácter *universal*, su carácter *inviolable* o *absoluto* y su carácter *inalienable*. Aunque todos los rasgos identificadores generen controversias teórico-prácticas, el presente artículo tratará solamente del tercer carácter identificador-distintivo. Esta elección se justifica, debido al hecho de que no resulta fácil crear una noción precisa y ampliamente aceptada de *inalienabilidad*. Por ello, este artículo tratará de contestar sintéticamente las siguientes preguntas: a) ¿qué se debe entender por *inalienabilidad*?, b) ¿en qué sentido la *inalienabilidad* debe ser considerada una característica esencialmente propia de los derechos humanos?, c) ¿cuál la diferencia entre la *inalienabilidad* y la *inviolabilidad*? y, después de procurar responder razonablemente las indagaciones antepuestas, intentará dar una respuesta adecuada y plausible al último cuestionamiento que trata de saber cuáles son las exigencias básicas de la *inalienabilidad*.

**Palabras-clave:** Inalienabilidad. Derechos Humanos. Controversias Teórico-Prácticas.

## 1 INTRODUCCIÓN

Los manuales de derechos humanos y fundamentales suelen hablar de tres características formales típicas con las que se pueden identificar y distinguir los derechos humanos de cualquier otra figura jurídica, a saber:

- 1) su carácter *universal*, puesto que se predicen de todos los seres humanos, con independencia del sistema jurídico en que vivan;
- 2) su carácter *inviolable* o *absoluto*, ya que tienen la máxima fuerza debido a la importancia de los bienes que protegen prevaleciendo sobre cualquier otra

\*Profesora de Derecho de la Fundação Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doctoranda en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra – ÚPF, Barcelona, España. Mestre en Derecho. E-mails: sheila.stolz@upf.edu, sheilastolz@furg.br

<sup>1</sup>Notas de esclarecimiento de la autora:

a) Este paper es fruto de las investigaciones jurídicas concretizadas en el ámbito del Proyecto de Investigación: “Os Direitos Humanos e Fundamentais: fundamentação, garantias legais e eficácia”, realizado junto al Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade – GTJUS vinculado al Departamento de Ciências Jurídicas de la FURG. Alumno vinculado al Proyecto de Investigación: Caroline Trennepohl da Silva;

b) las citas mencionadas en el decurso de ese paper, originalmente escritas en inglés, fueran traducidas por la autora y son de su entera responsabilidad.

pretensión o requerimiento moral o jurídico, con excepción de las colisiones entre derechos humanos;

3) su carácter *inalienable*, dado que no cabe renunciar a ellos, eso es, deben ser respetados tanto por uno mismo como por los demás.

Y, aunque todos los rasgos identificadores generen controversias teórico-prácticas, el presente artículo tratará solamente del tercer carácter identificador. Esta elección se justifica, en primer lugar, debido a que no resulta fácil crear una noción precisa y ampliamente aceptada de *inalienabilidad*. Gran parte de los autores que trabajan con este tema entiende la *inalienabilidad* en su sentido más literal, eso es, como la imposibilidad de renunciar a su titularidad o bien de alienar, ceder o transferir el derecho humano de que se trata. De conformidad con esta noción los derechos humanos serían calificados como *irrenunciables e intransmisibles*. Sin embargo, la *inalienabilidad* es entendida también, como la imposibilidad de que un tercero prive de estos derechos a sus titulares y eso equivale a calificar los derechos humanos como *inviolables, imprescriptibles e inembargables*. En segundo lugar, se aceptamos las calificaciones anteriores, hay que afirmar también la indisponibilidad práctica de los derechos humanos –en el sentido de que tanto sus titulares no pueden usarlos a su capricho, como los terceros no pueden imponer conductas y circunstancias que contradigan, infrinjan y vulneren tales derechos.

Con base en lo expuesto, creo que cabe hacerse las siguientes preguntas: a) ¿qué se debe entender por *inalienabilidad*?, b) ¿en qué sentido la *inalienabilidad* debe ser considerada una característica esencialmente propia de los derechos humanos?, c) ¿cuál la diferencia entre la *inalienabilidad* y la *inviolabilidad*? y, después de intentar contestar razonablemente las indagaciones antepuestas, hay que responder al último cuestionamiento y que trata de saber ¿cuáles son las exigencias básicas de la *inalienabilidad*?

En definitiva, a lo largo de estas páginas procuraré responder de la forma más breve y precisa posible todos estos cuestionamientos utilizándome de las herramientas fornecidas por la teoría y la práctica jurídicas.

## 2 EL CONCEPTO DE INALIENABILIDAD: APROXIMACIONES PRELIMINARES

Tradicionalmente este concepto constituye una de las notas definidoras de los bienes de dominio público – concibiéndose que tales bienes no pueden ser cedidos, vendidos y/o transferidos por la Administración Pública mientras conserven dicha calificación<sup>2</sup>. En esta primera acepción, la *inalienabilidad* es pensada

<sup>2</sup> Entre otros administrativistas véase: a) GARRIDO, Fernando Falla. 6ª ed. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: CEC, 1982, pp. 498-501; y, BALLESTEROS, Luis Ángel Moffa. *Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del dominio público*. En GONZÁLEZ, J. V. García (ed.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Madrid: Iustel Publicaciones, 2007. La *inalienabilidad*, la *imprescriptibilidad* e la *inembargabilidad* de los bienes públicos están previstas en el artículo 132.1 de la Constitución Española. La *inalienabilidad* en Brasil también es entendida de una forma similar a española pues, como bien subraya Hely Lopes Meirelles al interpretar el artículo 67 del antiguo Código Civil brasileño, el objetivo de dicha norma fue considerar peculiarmente *inalienable* los bienes públicos en cuanto destinados al uso común del pueblo u a fines administrativos especiales (véase en: MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 1993, p. 443). Como es de conocimiento público la *inalienabilidad* de los bienes públicos fue mantenida en el artículo 100 del nuevo Código Civil.

como aquello que no puede ser *enajenado*, es decir, transmitido o pasado a otro sea en forma de dominio, sea en la forma de algún otro derecho sobre el bien. No obstante, el término *enajenar* puede ser entendido también como *disponer* –la disposición equivale a ejercer sobre un bien las facultades o actos propios del dominio-. Consecuentemente, una cosa, un bien, será *inalienable* cuando su propietario no esté autorizado a realizar sobre ella/el actos de disposición y, en consecuencia, serán inalienables aquellos derechos sobre los cuales su titular no puede disponer. Los actos de disposición pueden tratarse de *actos jurídicos* como, por ejemplo, la renuncia, la compraventa, la donación o, también, de *actos de disposición física* –destrucción material del bien-, o de *actos de disposición total* –si el propietario transmite la propiedad de su casa- o *parcial* –si transmite el derecho de usufructo, por ejemplo.

Un derecho es *inalienable* cuando sobre él están excluidos todos los actos de disposición mencionados arriba. En otros términos, un derecho es inalienable cuando su titular no puede disponer jurídicamente de él –renunciándole, vendiéndole, donándole-, ni tan poco puede disponer total o parcialmente del bien objeto del derecho imposibilitando, por tanto, su ejercicio. La aseveración de que es inalienable el derecho a la integridad física equivale a la afirmación de que el titular de éste derecho no puede disponer jurídicamente de él, esto es, no puede, por ejemplo, vender una parte determinada de su cuerpo ni, mucho menos, disponer físicamente de él, mutilándose voluntariamente.

Si la inalienabilidad es examinada desde el punto de vista *enajenable* con referencia a disposición en su rasgo temporal o definitivo, el titular de un derecho inalienable no podría siquiera disponer temporalmente de él, ya se trate de una disposición de carácter jurídico o de carácter físico como, por ejemplo, una mutilación o otra conducta contraria a la salud cuyos efectos, aunque pudieron ser curados, demandarían largo tiempo.

De acuerdo con estos presupuestos se puede argüir que la inalienabilidad en relación con los derechos humanos puede ser definida como aquella calidad distintiva que impide a sus titulares realizar, sobre ellos, actos que imposibiliten su futuro, bien como, su pleno ejercicio y disfrute.

Desde otra perspectiva cabe calificar como derechos inalienables aquellos “cuyo titular no lo puede perder, independientemente de lo que haga”<sup>3</sup>. En otras palabras, el titular de un derecho fundamental no puede, por lo menos a principio, disponer de dichos derechos en el sentido de que le está vedado “la renuncia, por el cual el titular abandona su derecho; el abandono condicional, por el cual el titular suspende su derecho temporalmente; la transmisión, por el cual el titular dona, entrega o vende su derecho a otro individuo; la prescripción, por la cual el titular cesa de estar calificado como poseedor de su derecho; y la revocación, por la cual una persona distinta del titular ejerce el poder de privar al titular de su derecho”<sup>4</sup>. Estas formas de disposición jurídica deben complementarse además,

<sup>3</sup> MEYERS, Diana. *Inalienable Rights. A Defense*. New York: Columbia University Press, 1985, p. 4.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 9.

con los actos de disposición física. Derechos inalienables son, pues, aquellos que no pueden perderse por ninguna de las formas de disposición mencionadas en los párrafos anteriores.

Y si es correcta la afirmación de que los derechos humanos son inalienables hay que enfrentarse a dos dificultades conceptuales y prácticas: la primera es entender cómo puede un derecho convertirse en un deber para su titular; y, la segunda, hay que explicar coherentemente para qué sirve un derecho del que no se puede disponer. Sin embargo, antes de contestar estas indagaciones creo oportuno recuperar la notoria decisión sobre el “lanzamiento de enanos” pues, después de analizar sus argumentaciones, será más sencillo presentar la solución o soluciones dadas por la teoría.

### 3 EL “LANZAMIENTO DE ENANOS”

El «*dwarf-tossing*» o «*dwarf-thrower*» -“lanzamiento de enanos”<sup>5</sup> - comenzó a practicarse a finales de los años ochenta en algunos bares y discotecas de Australia y Estados Unidos. En efecto, la práctica de entretenimiento denominada lanzamiento de enanos consiste en arrojar un enano – que tiene su cabeza protegida por un casco - contra una zona de la discoteca donde hay preparada una red o una cama de aire para que él aterrice sin contusiones. La moda se expande y llega a varios países europeos, no obstante fue en Francia donde primero se transforma en litigio judicial – con secuencias que lo llevan al Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>6</sup>.

Sucintamente los hechos son los siguientes: en 1991 el ministro francés de Interior emitió una circular sobre vigilancia de espectáculos públicos en la que intimaba a las autoridades municipales a que se mantuvieron alerta sobre los eventos donde se promovieran los lanzamientos de enanos. En dicha circular se prohibía este tipo de actividad teniendo como base el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dice: “*Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. En octubre del mismo año, M. Manuel Wackenheim –ciudadano francés que tiene enanismo y que se dedicaba a la actividad de lanzamientos de enanos profesionalmente- apeló ante los tribunales la prohibición de una velada de lanzamientos que iba a tener lugar en una discoteca de Morsang-sur-Orge. La prohibición en tela fue anulada en 1992. No obstante, en 1995, el Consejo de Estado decide que el denominado lanzamientos de enanos es una atracción que denigra la dignidad humana y dado el hecho de que ésta es parte del orden público, cabe a los poderes públicos por ella, dignidad, velar. En 1996 Manuel Wackenheim recurrió al Comité de Derechos Humanos de la ONU arguyendo que la prohibición del lanzamiento de enanos había tenido

<sup>5</sup> En este artículo será tratado un caso específico, pero creo interesante mencionar que también el Estado de Florida prohibió el lanzamiento de enanos en 1989 y la Asamblea Legislativa del Estado de Ontario, en Canadá, decide, a través del Hill 97 2003 o Dwarf Tossing Ban Act/2003, prohibir este tipo de actividad.

<sup>6</sup> Dicho Comité fue establecido en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

consecuencias negativas sobre su vida que terminaran afectando su dignidad pues, la iniciativa del Gobierno francés de prohibir el lanzamiento de enanos, nada más hizo que violar sus derechos de libertad, al trabajo, al respeto a la vida privada, a un adecuado nivel de vida y a no ser discriminado. Como Wackenheim no agotó los recursos judiciales internos (en Francia), requisito esencial para que el Comité emitiese su comunicación sobre la esencia de la materia alegada, el Comité acaba por pronunciarse únicamente sobre la aludida discriminación fundamentada en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup> y que, en este caso, se concretiza con la estipulación de una norma jurídica prohibiendo el lanzamiento de enanos para las personas que tienen enanismo. El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual no toda *distinción* entre las personas constituye necesaria y obligatoriamente una discriminación prohibida por el artículo 26 del Pacto. Una distinción entre las personas crea una discriminación cuando no se basa en motivos objetivos y razonables. En el caso Wackenheim es necesario saber, de acuerdo con el Comité, si esta legalmente justificada la distinción entre las personas a las que se aplica la prohibición enunciada por el Estado francés y las personas a las que no se aplica dicha prohibición. En el caso en tela la prohibición del lanzamiento estipulada por el Estado francés se aplicaba únicamente a los enanos y no a otras personas y la razón para tal distinción es, conforme el entendimiento del Comité –que sigue es este punto las argumentaciones del Estado francés- que sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados. Así pues, la distinción entre las personas afectadas por la prohibición, a saber, los enanos, y aquéllas a las que no se aplica dicha prohibición, a saber, las personas que no son enanas, se funda en una razón objetiva y no reviste carácter discriminatorio porque en ella intervienen particulares consideraciones de dignidad humana que son compatibles con los objetivos del Pacto. Por consiguiente, el Comité concluye que la distinción entre el autor y las personas a las que no se aplica la prohibición enunciada por el Estado Parte se basa en motivos objetivos y razonables<sup>8</sup>. En este sentido ambos, Comité y Estado francés, entienden que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Dos razones pueden ser expuestas para que se objete los argumentos esgrimidos por el Comité. La primera razón, débil en su presunción, podría argüir que no es verdad el hecho en que se basa la diferenciación ya que el lanzamiento de un no enano es posible dependiendo de cuán pesado sea el no enano y de cuán fuerte sea el lanzador y ello porque, en principio, nada impide el lanzamiento de

<sup>7</sup> El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reza: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

<sup>8</sup> Comunicación número 854/1999, “Wackenheim v. France” adoptada el 15 de julio de 2002 en la quincuagésima séptima sesión; Report of Human Rights Committee Vol. II, General Assembly, Official Records, Fifty-seventh Session, Supplement n.º 40(A/57/40). El Comité decide que la prohibición por las autoridades francesas de la actividad del “lanzamiento de enanos” no constituye una discriminación en virtud del artículo 26 del Pacto citado, como afirma el autor.

personas en general. La segunda razón no discute los hechos, sino que apela a una presunción fuerte, eso es, al valor de la libertad. En este caso cabe la pregunta: ¿enano o no, cabe al individuo hacer con su cuerpo o su vida lo que quiera? Si la respuesta a esa afirmación dijera que no nos es permitido disponer de nosotros mismos a nuestra entera voluntad, ni siquiera en aquellas situaciones en las que nuestro comportamiento no causa daño a nadie más que a nosotros mismos, creo que llegaríamos a la conclusión que muchas de las normas que nos gobiernan son *paternalistas*. Bien, si ello es así, y sin entrar en los debates pasados y actuales sobre el paternalismo estatal, creo que cabe encontrar una respuesta coherente a la pregunta: ¿a qué renunciaba Wackenheim cuando contrataba a una discoteca para que sus clientes se entretuviesen arrojándole por los aires?

Antes de contestar a esta pregunta creo que deberíamos hacernos una propuesta: de pensar que somos seres capaces de ejercer nuestra autonomía moral porque somos individuos adultos, por ejemplo. Fundamentados en los presupuestos anteriores, creo que podríamos hacer un ejercicio hipotético en el cual sabemos lo que nos conviene hacer en la vida y hacia dónde pensamos dirigir nuestros proyectos existenciales. Además, sabemos qué tipo de elecciones y renunciaciones hicimos, hacemos y haremos y, después de todo, probablemente, llegaremos a la conclusión de que es cierto que muchas de nuestras actitudes, planes, proyectos, renunciaciones, serán estructuradas con base en las interacciones que mantenemos con los demás. Veamos un ejemplo para aclarar en donde pretendo llegar. Trabajar es una forma de integrarse al mercado, de desarrollar una actividad profesional, de poder planear la vida con base en la remuneración recibida, pero también es renunciar al ocio y, algunas veces, dependiendo del tipo de trabajo que hagamos, a nuestra integridad personal – en los casos de las actividades peligrosas, insalubres y/o con riesgo-. Por ello, cabe la pregunta: ¿por qué es peor ser lanzado como enano que trabajar de enano de circo, o en una mina de carbón, o como basurero, actividades consideradas por nuestros ordenamientos jurídicos como plenamente lícitas? Y, conforme a lo dicho hasta aquí, ¿por qué no dejar que el propio Wackenheim decida o que quiere hacer de su vida?

Pueden haber condiciones o compromisos asumidos por los individuos que no consisten en estas renunciaciones parciales y tolerables – como el ejemplo del trabajo- porque no son irreversibles, sino una suerte de renuncia total que, como bien señalaba Mill<sup>9</sup>, al no poder ser transigidas acaban haciendo con el individuo que las asuma abdique plenamente de su libertad, lo que equivaldría, a juicio de Mill, a venderse como esclavo. Y, aunque partiéramos de la suposición que la esclavitud fue totalmente abolida, hay pactos asimilables a la esclavitud cuya validez también puede ser objetable no sólo por herir la libertad, sino porque compromete otros bienes tan personalísimos que a los individuos se les debe garantizar que puedan arrepentirse sin costes para ellos mismos. Una forma de obstaculizar este tipo de

<sup>9</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859). En H. B. Acton (ed.), "Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government", Londres: Dent & Sons, 1992, pp. 69-185, pp. 171-172.

compromiso irreversible puede ser encontrada, por ejemplo, cuando la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses no toma en consideración las cláusulas contractuales en las que las llamadas madres de alquiler – que gestan un embrión ajeno- se comprometen de por vida y voluntariamente a renunciar a la maternidad.

En definitiva, lo que se prohíbe, por respeto a un derecho básico –a la libertad individual-, no es la libre disposición de nuestras capacidades, talentos, bienes, sino la renuncia permanente y sin posibilidad de arrepentimiento que podamos, por circunstancias diversas o adversas, venir a hacer.

#### 4 OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INALIENABILIDAD

La definición de inalienabilidad, bien como, el caso judicial traído a colación, permiten recuperar la dimensión del deber como íntimamente ligada a la titularidad del derecho, frente al conocido rompimiento que la modernidad planteó entre derecho y deber. Por ello, es necesario, construir una noción más completa y profunda de los derechos humanos que manifieste no sólo su dimensión jurídica, sino también, su auténtica dimensión moral – como bienes esenciales de la persona y a que ella misma se ve obligada a respetar además de poder exigir su respeto por parte de los demás.

Es mayoritariamente aceptado que los bienes que son objeto de protección por parte de los derechos humanos gozan de una especial relevancia frente a los demás bienes, puesto que derivan de las exigencias inherentes a la dignidad de la persona humana – y de ahí que deban ser respetados y protegidos con especial perseverancia y ahínco. Si esto es correcto, esa especial relevancia de los derechos humanos que les confiere su conexión con la dignidad humana exige que sean protegidos inclusive contra la voluntad del sujeto titular de los mismos. La respuesta a este interrogante dependerá, indiscutiblemente, de aquello que cada uno entienda por **dignidad humana** y su valor como fundamento de los derechos humanos.

La actual concepción de dignidad tiene sus orígenes en la construcción teórico-filosófica de Immanuel Kant y en donde señalaba que “(...) los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio, y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho (y es objeto de respeto). Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, eso es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin”<sup>10</sup>. Y, aunque creo que hay un fundamento moral bastante razonable en los argumentos de Kant, no puedo compartir su asunción que acaba por distinguir entre “ser humano” y “persona” cuando afirma que la autonomía personal es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. Pienso que la dignidad humana es ontológica y eso es lo mismo que afirmar que: puedan o no, los seres humanos o las personas, ejercer actos o atributos propios de la

<sup>10</sup> KANT, I. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. México D. F.: UNAM, 1978, p. 24.

racionalidad, ellas siguen siendo seres humanos o personas. En otros términos, si bien es cierto que determinados seres humanos no son plenamente racionales y, como tal, no pueden ejercer su plena autonomía, creo que los niños, los que poseen algún tipo de problema psíquico, los enfermos terminales, entre otros, son seres humanos, eso es, personas.

No obstante la aserción antepuesta parezca coherente y correcta, decir y aseverar que la inalienabilidad de los derechos humanos es una consecuencia de la inexorabilidad de la dignidad humana, produce dos nuevos cuestionamientos: 1) ¿es obligatorio el ejercicio de dichos derechos siempre y en todos los casos? Quizá podríamos entrar en un acuerdo y afirmar que el derecho a la integridad física, por ejemplo, es siempre exigible y debe respetarse siempre y en todos los casos. Y, si ello es así, estaríamos de acuerdo en decir que no hay, como afirman algunos autores, “torturas justificables”<sup>11</sup> porque todas ellas atentan contra la dignidad. Pero no parece sensato afirmar que quien goza del derecho a la intimidad no pueda nunca y bajo ninguna circunstancia publicar sus diarios íntimos, por ejemplo; 2) ¿qué acontece cuando se produce un conflicto entre dos derechos fundamentales que exigen conductas en principio opuestas o contradictorias? Si se entiende que los derechos humanos son, en sentido absoluto, irrenunciables, sería imposible establecer prevalencia entre ellos lo que convertiría los conflictos sobre este tipo de derechos en cuestiones irresolubles y a las cuales los tribunales no serían capaces de resolver.

Con base en ambos cuestionamientos pienso que es necesario trazar una distinción entre la titularidad de los derechos y su efectivo ejercicio. No es lo mismo renunciar a un derecho que a su ejercicio. La inalienabilidad se refiere a la titularidad de los derechos – su atribución a todos los seres humanos como exigencia ineludible e irrenunciable de su dignidad -. Sin embargo, eso no significa que tales derechos deban ser obligatoriamente ejercidos siempre y en todo caso. Evidentemente el titular de un derecho puede preferir, en un determinado momento, no ejercerlo o, también, sacrificarlo altruistamente a favor de una causa que considera valiosa o, incluso, perdonar la violación de dicho derecho si esa toma de decisión es la que le parece la más adecuada<sup>12</sup>. La inalienabilidad permite la renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho en un caso concreto, eso es, no obliga al titular de un derecho a ejercerlo siempre, pero sí le protege frente a la imposibilidad de ejercerlo o a la obligación impuesta de sacrificarlo – porque ello supondría renunciar de hecho a su titularidad - circunstancia que resulta imposible dado las exigencias de la dignidad humana. El contenido de los derechos humanos incluye, consecuentemente, la facultad de ser ejercidos o no, según la voluntad de su titular. Ejemplificando: la libertad religiosa incluye la elección o la facultad de no profesar ninguna fe; el derecho al voto incluye la posibilidad de abstenerse de votar<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Entre los autores conocidos que defiende este tipo de argumento se encuentra SHUE, Henry. En LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*. Oxford - New York: Oxford University Press, 2002, pp. 47-60, p. 57.

<sup>12</sup> MEYERS, Diana. *Inalienable Rights. A Defense*, op. cit., p. 13.

<sup>13</sup> Por lo menos así es en aquellos Estados que no establecen la obligatoriedad del voto.

La posible renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho supone no sólo el respeto a la dignidad, sino también, a la noción de *reversibilidad* – ya tratada en el caso del lanzamiento de enanos-. En otras palabras, la inalienabilidad requiere la *reversibilidad* como una condición imperativa, consustancial, puesto que ella, la reversibilidad, es la posibilidad del ejercicio futuro del derecho. La reversibilidad es exigida en aquellos casos en que la titularidad y el ejercicio del derecho se encuentran intrínsecamente unidos de una forma que es imposible establecerse diferencias entre ambos. Algunos autores dicen que el ejemplo paradigmático de estos casos es el derecho a la vida, ya que no cabe renunciar al ejercicio del derecho a la vida sin renunciar a su titularidad. Además, es con base en la manutención o desplome de dicho argumento que se centra el debate actual en torno a la legitimidad o no de la eutanasia activa voluntaria. Sin embargo, como este tema además de complejo, exige un tratamiento particularizado que extrapola los límites de este *paper*, creo que en se tratando de la eutanasia lo mejor es abstenerse de emprender comentarios a respecto más allá de usarla como ejemplificación argumentativa.

Retomando el hilo expositivo, cabe mencionar, que algunos autores consideran que la inalienabilidad se proyecta sobre las conductas del propio titular del derecho y sobre las conductas de los demás en relación con ese derecho. Consecuentemente, un derecho humano sería inalienable cuando su titular no puede perderlo voluntariamente ni, tan poco, ser afectado por actos y conductas de terceros que ocasionen su pérdida. En este sentido estricto la inalienabilidad<sup>14</sup> se proyecta solamente sobre el titular de los derechos, eso es, significa que el propio titular de los derechos está obligado a respetar sus propios derechos, eso es, está inmunizado normativamente frente a sí mismo en todo aquello que puede suponer la destrucción o el comprometimiento del futuro ejercicio de los derechos.

La denominada *inviolabilidad* de los derechos humanos se refiere a la obligación de terceros en abstenerse de practicar conductas que, o puedan causar su pérdida, o incidir negativamente sobre el derecho de una persona. La inalienabilidad se refiere, por tanto, al titular de los derechos ya, la inviolabilidad, que suele ser designada como un carácter absoluto de los derechos humanos, tiene por objeto la conducta y acciones de los demás e impone límites a éstas cuando inciden sobre la esfera jurídica del titular de un determinado derecho. Y, aunque ambos términos inalienabilidad e inviolabilidad pueden confundirse, puesto que es fácil concebir como inalienable no sólo lo que no puede enajenarse, sino también, aquello del cual no se puede despojar, arrebatar, quitar a su titular, hay que tener claro que este último aspecto tiene que ver más bien con la *inviolabilidad*<sup>15</sup>. Por todo ello, creo que se puede argüir que ambos rasgos de los derechos fundamentales son distintos aunque complementarios.

<sup>14</sup> McCONNELL, Terrance. The Nature and Basis of Inalienable Rights. *Law and Philosophy*, n.º 3, 1984, p. 25. Véase también del mismo autor: *Inalienable Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

<sup>15</sup> FEINBERG, Joel. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1980, pp. 240-253.

## 5 APUNTES FINALES

De acuerdo con lo expuesto en todo el texto pienso que se puede formular un catálogo de exigencias inalienables básicas fijadas a partir de la dignidad humana y compatible con la dimensión histórica, abierta y dinámica de los derechos humanos, a saber:

- 1) el derecho a la vida, que proscribe tanto los atentados directos contra la vida -derecho a la integridad física y a la salud- como los atentados considerados "indirectos" fruto, por ejemplo, de la miseria de aquellos que no cuentan siquiera con un mínimo de satisfacción de sus necesidades materiales básicas -entendimiento este que se refleja en la igual consideración y respeto por todos los seres humanos y que conlleva a exigir y garantizar concretamente la llamada igualdad material;
- 2) el derecho a la autodeterminación, que se concretiza a través de las libertades individuales;
- 3) y, como los seres humanos solemos nos relacionar y convivir en grupos, colectividades, sociedades, la dimensión humana relacional debe ser entendida en términos de convivencia pacífica, de cooperación, de solidaridad. En esta dimensión están comprendidos los derechos de titularidad colectiva y de difícil delimitación pero de necesaria garantía en cuanto a su contenido y satisfacción. Como ejemplos de tales derechos se pueden citar los diversos tipos de derechos asistenciales y humanitarios y, también, la solidaridad con las generaciones futuras que tienen derecho a recibir de nosotros un medio ambiente apto para el desarrollo de la vida de todas las especies que no sólo la humana.

## BIBLIOGRAFIA

BALLESTEROS, Luis Ángel Moffa. Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad del dominio público. En GONZÁLEZ, J. V. García (ed.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Madrid: Iustel Publicaciones, 2007.

FEINBERG, Joel. *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*. Princeton: Princeton University Press, 1980.

GARRIDO, Fernando Falla. 6ª ed. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: CEC, 1982.

KANT, I. *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*. México D. F.: UNAM, 1978.

McCONNELL, Terrance. *The Nature and Basis of Inalienable Rights*. Law and Philosophy, n.º 3, 1984.

\_\_\_\_\_. *Inalienable Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 1993.

MEYERS, Diana. *Inalienable Rights. A Defense*. New York: Columbia University Press, 1985.

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966*. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

*Report of Human Rights Committee Vol. II, General Assembly, Official Records, Fifty-seventh Session, Supplement n.º 40(A/57/40)*.

SHUE, Henry. En LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*. Oxford - New York: Oxford University Press, 2002.



# ADVOCACIA PÚBLICA: ESTUDO CLASSIFICATÓRIO DE DIREITO COMPARADO\*

Cláudio Grande Júnior\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988, consolidou-se, no Brasil, a secessão da advocacia pública, atribuindo-se as funções de advocacia do Estado, de advocacia da sociedade e de advocacia dos necessitados a instituições distintas. Todas três têm status de função essencial à Justiça, sendo a primeira desempenhada pelo Ministério Público, a segunda pela Advocacia Pública em sentido estrito e a última pela Defensoria Pública.

Seria assim em todo o mundo? Quem estuda apenas o ordenamento jurídico brasileiro é tentado a considerar tais oposições naturais, mas o direito comparado faz ver que não são aceitas em toda parte e que certas nações, julgadas democráticas, aderiram a fórmulas diferentes. Estudos de direito comparado são inevitáveis em investigações históricas e filosóficas mais profundas referentes a qualquer instituto jurídico. Conseqüentemente, a comparação é útil ao melhor conhecimento e aperfeiçoamento do direito nacional, possibilita averiguar o estágio evolutivo deste e o que seria proveitoso importar de outros sistemas jurídicos. É fundamental para a descoberta de novos caminhos e justiça para um novo mundo.

Não menos ponderáveis são a extensão e freqüência que tomam as relações internacionais, exigindo que se conheça, cada vez mais, o direito público e privado de outros povos. É imprescindível se saber quem representa em juízo um Estado, uma entidade federada ou alguma outra espécie de pessoa jurídica de direito público. Observar-se-á, adiante, que essa relevante atribuição, bem como as de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Público, nem sempre são designadas, mundo afora, a instituições totalmente correspondentes às nossas. Como as variáveis são infinitas, serão deixadas de lado as diferenças secundárias entre os ordenamentos jurídicos e recorrer-se-á ao agrupamento em famílias jurídicas proposto por René DAVID: romano-germânica, *common law*, direitos socialistas e outros sistemas.<sup>1</sup> Ao final, formular-se-á uma nova classificação comparativa dos sistemas de advocacia pública existentes no mundo contemporâneo.

\* Tese apresentada para apreciação no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, com enquadramento no tema I.9: "As carreiras jurídicas à luz da Constituição Federal e o papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito".

\*\* Procurador do Estado de Goiás

<sup>1</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21 e ss.

## 2 ADVOCACIA PÚBLICA NO BRASIL

### 2.1 Origens e Organização

A independência do Brasil ocorreu ao tempo da difusão, no Ocidente, dos direitos e garantias fundamentais, quando se consolidava a idéia de que o Estado não pode submeter, irresponsavelmente, os indivíduos à sua vontade. Para aplicar sanções penais, o próprio Estado passou a se sujeitar a um processo penal no qual há separação entre as funções de acusar e julgar, além de o princípio da paridade de armas ter imposto ao Poder Público a obrigação de munir os acusados com a defesa técnica de um advogado. De um modo geral, o Estado não pôde mais satisfazer suas pretensões civis, e mesmo as tributárias, sem observância do devido processo legal. Por outro lado, admitida a possibilidade de responsabilização estatal por danos causados a terceiros, o Estado precisou contar com advogados para se defender em juízo.

Por isso, no Brasil, a idéia de advocacia pública tradicionalmente engloba as funções de acusação penal pública, fiscalização dos interesses indisponíveis, assistência judiciária aos necessitados e representação judicial, assessoramento e consultoria jurídica às entidades estatais. Em linhas gerais, compreende as atribuições do Ministério Público (advocacia da sociedade), da Defensoria Pública (advocacia dos necessitados) e da Advocacia Estatal. É o que hoje se pode chamar de advocacia pública *latu sensu*. Esse sentido foi o originalmente empregado pelo constituinte, ao assentar as Funções essenciais à Justiça, em 1988. Lembra Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que, a partir da distinção entre advocacia privada e pública, instituiu-se a subdivisão desta, tomada no seu sentido lato, em três ramos: Ministério Público, Advocacia de Estado e Defensoria Pública, postando-os como Procuraturas Constitucionais.<sup>2</sup>

Atualmente, contudo, pode-se falar na advocacia pública *strictu sensu*, entendida apenas como Advocacia de Estado, em razão de a Emenda Constitucional nº 19/98 ter renomeado, como “Da Advocacia Pública”, a Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República. A dita seção trata da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Assim, em que pesem as críticas,<sup>3</sup> emprega-se, no presente trabalho, a noção de Advocacia Pública em sentido estrito, entendida como a função permanente, constitucionalmente essencial à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, que compreende o conjunto de atividades atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todos as descon-

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia pública e o princípio da eficiência. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, out./dez. 1999.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*.

centrações e descentralizações verificáveis nos diferentes Poderes que, juntos, constituem a entidade federada.<sup>4</sup>

Os advogados públicos são organizados em carreiras, de acordo com a esfera federativa a que estão vinculados. Desse modo, temos a Advocacia-Geral da União, as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal e as Procuradorias-Gerais dos Municípios, todas integradas por advogados públicos. Daí se conclui que advogado público é gênero, do qual, entre nós, são espécies o Advogado da União, o Procurador da Fazenda Nacional, o Procurador Federal, o Procurador do Banco Central, o Procurador do Estado, o Procurador do Distrito Federal e o Procurador do Município, bem como os Assessores, Consultores e Técnicos Jurídicos abrangidos pela regra de transição do art. 69 do ADCT. Por seu turno, o art. 9º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB apresenta um rol exemplificativo de advogados públicos.<sup>5</sup>

Os interesses patrocinados pelos advogados públicos não são os do governo ou dos governantes. As conveniências destes são patrocinadas por advogados particulares, ao passo que aquele significa somente a condução política das atividades estatais e sequer tem personalidade jurídica. Os interesses patrocinados são os do Estado, assim entendido a entidade estatal e as pessoas jurídicas que integram sua administração indireta. Não se pode confundir defesa do Estado com defesa do governo, se bem que, por vezes, possa isso ocorrer, uma vez que este dá tônica à atuação estatal. Em suma, deve-se ter sempre em vista que o patrocínio do Estado consiste exatamente na defesa dos interesses que a pessoa pública encarna e é vocacionada a realizar.<sup>6</sup> Tais vocações estatais evoluíram e se transformaram ao longo da história. Do mesmo modo, a advocacia pública acompanhou essas feições.

Chama a atenção o tratamento assimétrico dispensado pela Constituição à advocacia pública. Para a União (art. 131) foram previstas a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). A primeira representa judicial e extrajudicialmente a União. Não é apenas a representação do Poder Executivo, mas, sim, da União como um todo, compreendendo seus três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, e o Ministério Público. Estranhamente, as funções de consultoria e assessoramento jurídico estão restritas ao Poder Executivo, o que dá a entender que os demais Poderes e o Ministério Público podem ter suas próprias assessorias jurídicas. O equívoco resulta do fato de o Poder Executivo capturar a maior parte da atividade administrativa e, pois, dirigir o conjunto de órgãos e entidades componentes da Administração Pública. Conseqüentemente, as atividades de assessoramento e consultoria estão voltadas predominantemente

<sup>4</sup> GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Superação das antinomias entre a legislação e a Constituição no exercício da advocacia pública.** A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 45-75, abr./jun. 2007.

<sup>5</sup> GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Op. cit.*

<sup>6</sup> OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública - algumas reflexões.* *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 03 mai. 2004.

para esse Poder.<sup>7</sup> A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por sua vez, existe especificamente para representar a União na cobrança da dívida ativa de natureza tributária. Noutra ponta, indiretamente escorada no art. 131, que prevê a representação da União diretamente pela AGU ou órgão a esta vinculado, a Lei 10.480/02 criou a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU, encarregada da representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais e das respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, bem como da apuração da liquidez e certeza dos créditos dessas entidades. O ingresso nas classes iniciais das carreiras dessas instituições faz-se mediante concurso público de provas e títulos, embora o Advogado-Geral da União seja de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 131, § 1º).

A representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados e Distrito Federal foram incumbidas aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132). O constituinte foi mais coerente ao não restringir a consultoria apenas ao Poder Executivo, porém silenciou acerca do assessoramento jurídico. O art. 132 determina, outrossim, que os Procuradores sejam organizados em carreira. Esta se materializa na instituição chamada de Procuradoria-Geral do Estado ou do Distrito Federal, sem olvidar que algumas Constituições Estaduais preferiram outras denominações, como, à guisa de exemplo, Advocacia-Geral do Estado. O ingresso na carreira depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Inexiste norma constitucional expressa acerca do provimento do cargo de Procurador-Geral do Estado ou do Distrito Federal, de modo que em algumas unidades federativas ele deve ser de carreira, noutras não.

Por fim, a Constituição de 1988 nada dispõe, especificamente, sobre a advocacia pública no âmbito municipal. Talvez um lapso decorrente da então recente inclusão dos Municípios no pacto federativo brasileiro.<sup>8</sup> Em parte verdade, pois Cesar Antonio Alves CORDARO esclarece que a quantidade de Municípios e a diversidade de situações engessariam essas unidades estatais se tratadas todas igualmente, impondo um encargo excessivo a pequenas localidades, “jejunas de recursos e, muitas vezes, sem a real necessidade de serviço jurídico estruturado nas proporções de uma Procuradoria Geral”.<sup>9</sup>

Mas é fato incontroverso que os Municípios, como entidades estatais, estão investidos de autonomia político-administrativa e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica de direito público interno. Destarte, necessitam de representação judicial e extrajudicial. E como seus agentes políticos devem rigorosa observância à Constituição e aos princípios da administração pública, torna-se

<sup>7</sup> OMMATI, Fides Angélica. *Op cit.*

<sup>8</sup> A Constituição de 1988 inovou, criando mais um nível federativo com a inclusão dos municípios como entidade federada.

<sup>9</sup> CORDARO, Cesar Antonio Alves. A Advocacia Pública e os Municípios. *Revista Trimestral de Advocacia Pública*, a. 3, n. 5. p. 12-13, mai. 1997. Disponível em: <<http://members.tripod.com/~ibap/artigos/caac1.htm>>. Acesso em: 8 jul. 2006.

imperioso reconhecer a consultoria jurídica e o “necessário assessoramento técnico, através de um órgão especializado, estruturado através de cargos acessíveis mediante concurso de provas e títulos, cujos ocupantes tenham a garantia da estabilidade”.<sup>10</sup> Por outro lado, é inegável que existem Municípios sem condições de instituírem e estruturarem autênticas Procuradorias. Logo, inteligente a solução de Emenda Constitucional, estabelecendo critério de obrigatoriedade vinculado ao número de habitantes.<sup>11</sup> Ainda assim, todas as municipalidades precisam, ao menos, criar cargos de provimento efetivo de advogados públicos.

## 2.2 Atribuições

Viu-se que a advocacia pública compreende as funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria, assessoramento e controle jurídico interno das pessoas jurídicas que integram a Administração Pública. Surgiram nessa ordem, sendo as funções subseqüentes decorrências naturais das precedentes. O Estado, por ser de direito e a ele se submeter, deve-se apresentar sempre como uma pessoa jurídica, tanto em juízo como extrajudicialmente, representada pelo agente público legalmente investido para tanto. Eis a origem da função de representação judicial e extrajudicial. Ensina Hans KELSEN que ser pessoa ou ter personalidade jurídica é o mesmo que ter um complexo de deveres jurídicos e direito subjetivos; a pessoa é tão-somente a personificação dessa unidade. Mais tarde, objetivando-se evitar equívocos na representação extrajudicial e retumbantes derrotas na representação judicial, nasceram a consultoria e o assessoramento, como atividades preventivas voltadas ao encarrilhamento da atuação governamental ao Estado de Direito. Tal fato, por fim, é reforçado com a função de controle, que irrompe como consequência natural das três primeiras, por ser desempenhada no exercício daquelas. Exemplificando, o advogado público pode constatar irregularidades no momento de subscrever, como representante do Estado, uma escritura pública de alienação de bem imóvel (representação extrajudicial) ou, quando reconhecido o acerto de uma decisão judicial desfavorável, dispensa-se a interposição do recurso judicial em tese cabível (representação judicial).

A sombra do controle interno recrudescer na atividade de orientação jurídica, que se biparte em consultoria e assessoramento. A primeira é exercida com larga autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica e de toda a sociedade, pois com ampla liberdade aponta qual a melhor decisão ou o melhor caminho, em termos jurídicos, a seguir. A segunda é função ancilar e de apoio, exercida com menor autonomia e em benefício do Estado, para operacionalizar, conforme o ordenamento jurídico, uma decisão política. Aí reside uma distinção fundamental em relação ao Ministério Público brasileiro, que exerce apenas advocacia para a sociedade, enquanto a advocacia pública serve tanto para a sociedade (consultoria) como para o Estado (assessoramento).

<sup>10</sup> CORDARO, Cesar Antonio Alves. *Op. cit.*

<sup>11</sup> *Idem.*

A consultoria proporciona controle tanto prévio como posterior da Administração Pública. Aquele alerta sobre a possível prática de ilegalidades, este avalia a possibilidade de anulação, revogação ou convalidação de atos administrativos. O mesmo ocorre com o assessoramento, que também possibilita o controle concomitante da atividade administrativa.

A atuação estatal se legitima, em parte, pela procedimentalização. Não há ato administrativo sem prévio procedimento. Os advogados públicos, ao desempenharem suas atividades de consultoria, assessoramento jurídico e mesmo representação do ente público, ao longo dos procedimentos, possibilitam o controle interno da Administração Pública.

Mas o controle interno exercido pela advocacia pública só se revelará por completo com a obrigatoriedade de manifestação dos advogados públicos, somada à atribuição de natureza vinculativa aos seus trabalhos. Esse desiderato enfrenta as dificuldades de se imputar caráter vinculativo aos pareceres, o que contraria a própria natureza dos mesmos de mera manifestação opinativa. A obra principal de Hely Lopes MEIRELLES aponta uma solução para o problema:

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.<sup>12</sup>

Esse ato subsequente, que aprova o parecer e vincula a Administração, precisaria ser praticado também por um advogado público. Faria pouca diferença se partisse de autoridade alheia à advocacia pública. O mais coerente seria que o chefe da instituição de advocacia pública, ou seja, o Procurador-Geral ou Advogado-Geral, praticasse o ato administrativo vinculador do Poder Público. O descumprimento desse ato deveria sujeitar os infratores à responsabilização. Arrematando, para se poder reconhecer um autêntico controle interno, o chefe da advocacia pública, ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela precisaria dar ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária, por força do comando expresso do art. 74, § 1º, da Constituição da República. Acredita-se que tal sistemática operacionalizar-se-ia perfeitamente sob a guarida de garantias funcionais e institucionais que ainda se encontram em fase embrionária.

As Constituições de alguns Estados, como a do Ceará, expressamente conferem às suas Procuradorias de Estado a atribuição de fiscalizar a legalidade dos atos do Poder Executivo, verdadeira função de controle interno da ação administrativa. As de Goiás e do Rio de Janeiro são incisivas na obrigatoriedade do controle interno de legalidade dos atos do Poder Executivo pelas respectivas Procuradorias-Gerais de Estado.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 185.

Mas qual seria o alcance desse controle interno exercido pela advocacia pública brasileira? Seria apenas de legalidade? O art. 70 da Constituição da República confia aos sistemas de controle interno a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Dispõe ainda:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Desse modo, fica claro que o controle interno não é desempenhado exclusivamente por advogados públicos. São imprescindíveis os trabalhos de profissionais das áreas de contabilidade, economia, finanças, administração pública, meio ambiente e outras. Doutro prisma, não se pode descuidar que a Constituição impõe um sistema de controle integrado entre os três Poderes. Precisa, pois, é a observação de Catherine Vasconcelos de CASTRO, Francisca Rosileide de Oliveira ARAÚJO e Luciano José TRINDADE:

Com efeito, a Constituição Federal exige que o sistema de controle interno seja mantido de forma integrada por todos os poderes, sendo que a Advocacia Pública é a única instituição que, no exercício de suas atribuições essenciais à Justiça, detém a exclusividade do aconselhamento jurídico de todos os poderes e órgãos da Administração Pública, em cada unidade federativa. Somente com a participação da respectiva instituição da Advocacia Pública é que o sistema de controle interno poderá ser mantido de forma integrada pelos três poderes, pois, de uma lado, as atribuições constitucionais de consultoria jurídica foram cometidas com exclusividade à Advocacia Pública, e de outro lado, nenhum órgão integrante da estrutura de um dos poderes poderá exercer qualquer espécie de controle interno sobre órgãos dos outros poderes.<sup>13</sup>

Logo, a parte jurídica do controle interno é exercida pela advocacia pública. E ganha força, no Brasil, o entendimento de que esse controle jurídico interno do Estado Democrático e Social de Direito não pode se limitar à mera legalidade

<sup>13</sup> CASTRO, Catherine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A advocacia pública no estado democrático de direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre*, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003, p. 248. Disponível em: <<http://www.pge.ac.gov.br/biblioteca/revista/revista3/revista%203.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2006.

em sentido estrito. Busca-se enquadramento na preleção de João Batista Gomes MOREIRA:

Nesta nova postura, a vinculação da Administração é à lei e ao Direito, como, aliás, está na Lei brasileira de processo administrativo (Lei n.º 9.784/99). O Estado de Direito, na sua concepção teórica mais perfeita — diz Jhering —, é uma espécie de tear executando com precisão os movimentos prescritos pela lei, mas a esse modelo faltaria *vitalidade*. (...) O excesso de zelo é tão pernicioso quanto a impunidade.

No Estado social, ao princípio da legalidade da Administração Pública acrescentam-se, tomando como referência a Constituição brasileira, os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e *eficiência*, de forma entrelaçada e reciprocamente instrumentalizada. (...) A subordinação àqueles outros princípios colocados expressamente na Constituição, principalmente ao princípio da eficiência, é indicação segura de que os *trilhos* da Administração não mais se limitam à lei *strictu sensu* (O princípio da legalidade, mesmo para o administrador, deve ser compreendido não como um limite intransponível, mas uma das referências na promoção do interesse público primário — que nem sempre coincide com a expressão literal da lei — a partir das normas e princípios constitucionais. Antes não se admitia pudesse a Administração reportar-se autônoma e diretamente à Constituição, todavia, tendo-se nesta inserido um capítulo específico da Administração Pública, parece indiscutível tal abertura ao agente administrativo, dentro de sua esfera de competência, e não apenas ao juiz.

(...)

Inicialmente concebido sob a feição de um puro legalismo, o princípio da legalidade caminhou para a substantivação. Na nova perspectiva, pode-se considerar que os demais princípios são coadjuvantes, senão aspectos, da legalidade (...).

Visto sob todos esses aspectos, o princípio da legalidade vem adquirindo ao longo do tempo, a versão de princípio da *legitimidade* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto), princípio da *juridicidade* (Eduardo Soto Kloss e Cármen Lúcia Antunes Rocha) e princípio da *constitucionalidade* (Juarez Freitas) ou da *supremacia constitucional*.

(...) O controle de legalidade da Administração quer dizer hoje, ao mesmo tempo, controle de constitucionalidade; significa que também se controla a Administração em relação ao cumprimento do sistema de valores da Constituição. Verifica-se o que se convencionou chamar “ativismo constitucional da Administração Pública”, a ponto de afirmar-se que o direito administrativo é (ou deve ser) o direito constitucional concretizado.<sup>14</sup>

O significado do vocábulo *controle* guarda relação com a questão da existência de limites. Estes devem ser preestabelecidos, para que o controle possa ser racionalmente exercido. De um lado, existem os parâmetros e, de outro, os objetos do controle. Os primeiros são as normas constitucionais vigentes, que formam o bloco de constitucionalidade. No controle interno de constitucionalidade, o objeto

<sup>14</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 404-7.

e fiscalização se restringe somente aos atos administrativos emanados pelo próprio Poder (Executivo, Legislativo, Judiciário ou Ministério Público) que se autofiscaliza.

Mas nem todos os órgãos ou agentes de um Poder são titulares da atribuição de controle interno. Os controles desempenhados pelo Poder Público são necessariamente institucionalizados, obedecendo a uma lógica racional de hierarquia e distribuição de tarefas.<sup>15</sup> Somente a alguns órgãos pode ser confiada a titularidade do controle interno, principalmente de constitucionalidade, porque, do contrário, ruiriam a coordenação e subordinação necessárias à Administração Pública. Importante no antigo controle interno de legalidade, a advocacia pública mostra-se decisiva no atual sistema de controle interno de legitimidade, juridicidade ou constitucionalidade, subsidiando o ativismo constitucional da Administração Pública, que dinamiza o direito administrativo como concretização constitucional.

Citando Manuel ARAGÓN, Juliano Taveira BERNARDES memora que os controles institucionalizados podem ser políticos ou jurídicos. A diferença não recai sobre o objeto de controle. “O traço distintivo é que o controle jurídico se encontra atrelado a parâmetro jurídico indisponível (parâmetro de caráter objetivo), enquanto o controle político trabalha com parâmetros subjetivos (não normativos)”. Estes são pautados pela livre apreciação do órgão controlador, que tem ampla liberdade de critério, pois seu juízo de valoração repousa em razões políticas (vantagem, conveniência e oportunidade), ao passo que a outra forma de controle (jurídico) opera sob racionalidade jurídica, baseada em regras de interpretação e aplicação das normas.<sup>16</sup>

Para garantir que o controle interno de constitucionalidade exercido pelos advogados públicos seja efetivamente jurídico, pautado em parâmetros jurídicos indisponíveis (parâmetros de caráter objetivo) e operado sob racionalidade jurídica, com a menor interferência possível de parâmetros políticos (subjetivos e, por conseqüência, disponíveis), as instituições de advocacia pública brasileira tentam conseguir atualmente, em nível constitucional, autonomia administrativa, funcional e financeira. Com o mesmo desiderato, as entidades associativas de advogados públicos buscam ampliar garantias (por exemplo, vitaliciedade e inamovibilidade) e prerrogativas para o exercício da advocacia pública, bem como estabelecer que os Procuradores-Gerais ou Advogados-Gerais sejam membros das respectivas carreiras, a fim de conferir maior seriedade técnica ao controle interno desempenhado.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 300-306.

<sup>16</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30.

### 3 A ADVOCACIA PÚBLICA NOS GRANDES SISTEMAS OCIDENTAIS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

#### 3.1 Importância para os Estados de Direito Ocidentais e Conseqüentes Reflexos no Extremo Oriente

Num Estado absolutista, o poder soberano não encontra limitação, é insuscetível de qualquer controle. Constituiu-se em um Estado de polícia, que cria uma ordem jurídica dirigida somente aos súditos. O Estado paira sobre essa ordem jurídica e a ela não se submete, exerce poder de polícia ilimitado sobre os indivíduos, sendo juridicamente irresponsável e indemandável.

Diversamente, no Estado de Direito, o ordenamento jurídico é imposto pelo Estado que a ele também se submete, juntamente com os indivíduos. Estado de direito é aquele que realiza suas atividades sob a ordem jurídica, subordinando-se ao direito.

Assim como o Deus criador do mundo, no mito da sua humanização, tem de vir ao mundo, de submeter-se às leis do mundo – o que quer dizer: à ordem da natureza –, tem de nascer, sofrer e morrer, assim também o Estado, na teoria da sua autovinculação, tem de submeter-se ao Direito por ele próprio criado.<sup>17</sup>

Responsável e demandável juridicamente, o Estado precisa contar com a defesa técnica de juristas. Da mesma forma para demandar judicialmente os indivíduos, além de necessitar de perene consultoria e assessoramento jurídico. Com efeito, é importante estudar como isso ocorre nos diversos Estados soberanos e com qual grau de autonomia, porque ajuda a analisar como cada Estado reporta-se ao ordenamento jurídico, inclusive por mecanismos de controle jurídico interno.

A proteção do cidadão contra a Administração Pública, adverte René DAVID<sup>18</sup>, é obtida por vias diversas nos vários ordenamentos jurídicos. Pode ser confiada em certos países a organismos jurisdicionais, noutros ser assegurada por mecanismos internos da Administração, ou ainda resultar da supervisão de comissões parlamentares ou de um mediador. Isso repercute nas atribuições e na organização da advocacia pública de cada Estado.

A ausência de correspondência entre as noções, as categorias jurídicas e mesmo as funções desempenhadas pelo direito nos diversos países, constitui uma das maiores dificuldades para tal tipo de pesquisa. Inarredável considerar tal realidade. Logo, o presente estudo se restringirá aos sistemas jurídicos de matrizes ocidentais, dado ao modo diverso como o direito é encarado em outras partes do mundo. Lembra René DAVID:

Os povos do Extremo Oriente não depositam sua confiança no direito para assegurar a ordem social e a justiça. Certamente que neles existe um direito, mas

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 352.

<sup>18</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 16.

este direito tem uma função subsidiária. (...) As soluções precisas que o direito comporta, o recurso à coerção que ele implica são vistos com um extremo desprezo; a preservação da ordem social repousa essencialmente sobre métodos de persuasão, sobre técnicas de mediação, sobre um apelo constante à autocrítica por um lado e ao espírito de moderação e de conciliação por outro.<sup>19</sup>

Segundo o mesmo autor, na concepção tradicional chinesa o direito é bom para os bárbaros, os despreocupados com a moral e os criminosos incorrigíveis. O ideal é que as leis jamais sejam aplicadas e os tribunais nunca venham a proferir decisões. As pessoas estão naturalmente dispostas a procurar a origem dos conflitos nos seus próprios erros, incúria ou inabilidade, do que atribuí-los à má-fé ou inaptidão do próximo. Até o início do século XX, quem pretendesse obter, em matéria de direito privado, a intervenção do Estado, deveria acusar a outra parte de haver cometido um crime. Após a Revolução de 1911, foram instituídos leis e códigos à moda do direito romano-germânico. Todavia, por detrás dessa fachada, as concepções tradicionais subsistiram. Sentiu-se uma guinada mais forte com a vitória do comunismo, em 1949, quando a China aderiu aos sistemas constitucionais de matriz soviética. Ainda assim, os processos judiciais são raros, pois a grande maioria das questões é resolvida em nível pré-judiciário.

Mas importa destacar a existência das Procuradorias Populares, órgãos do Estado aos quais está confiada a vigilância sobre a aplicação das leis e atribuições semelhantes às da extinta *Prokuratura* soviética, que será estudada adiante. A vigente Constituição da República Popular da China, de 1982, institui a Suprema Procuradoria Popular, as procuradorias populares locais, procuradorias militares e outras procuradorias populares especiais (art. 130). Elas não podem sofrer interferência da parte dos órgãos administrativos, de organizações públicas ou dos particulares (art. 131). Entretanto, essa aparente autonomia deve se amoldar aos seguintes princípios que alicerçam a Constituição chinesa de 1982: 1º) o socialismo; 2º) a ditadura democrático-popular; 3º) o marxismo-leninismo e o pensamento de Mao Tse-Tung; 4º) a direção do Partido Comunista Chinês. Os órgãos do Estado da República Popular da China submetem-se ao princípio do centralismo democrático, de modo que são constituídos pelos congressos populares, respondem perante eles e estão sujeitos à sua fiscalização (art. 3º). Por conseqüência, a Suprema Procuradoria Popular norteia o trabalho das demais e as procuradorias populares de nível superior orientam as atividades das de nível inferior (art. 132). A investidura é semelhante a dos integrantes do Poder Judiciário. O Congresso Nacional Popular elege e tem competência para destituir o Procurador-Geral da Suprema Procuradoria Popular e supervisionar os trabalhos da Suprema Procuradoria Popular (arts. 62 e 63). Também, sob proposta do Procurador-Geral, nomeia e exonera os Procuradores-Gerais-Adjuntos, os procuradores da Suprema Procuradoria Popular, os membros da Comissão da Procuradoria e o Procurador-Chefe da Procuradoria

<sup>19</sup> DAVID, René. *Op. Cit.*, p. 583.

Militar, além de aprovar a nomeação e a demissão dos procuradores-chefes das procuradorias populares das províncias, regiões autônomas e municipalidades diretamente dependentes do Governo Central (art. 67). A Suprema Procuradoria Popular é responsável perante o Congresso Nacional Popular. As procuradorias populares locais são responsáveis perante os órgãos de poder político que as estabelecerem e perante as procuradorias populares de nível superior (art. 133). Os congressos populares locais, a partir do nível do distrito, elegem e podem destituir os procuradores chefes das procuradorias populares do nível correspondente, além de superintenderem os trabalhos da procuradoria popular do respectivo nível. Neste ponto, difere da *Prokuratura* Soviética, na qual os procuradores de nível inferior estavam submetidos unicamente ao Procurador-Geral. A eleição ou a destituição dos procuradores chefes das procuradorias populares devem ser comunicadas às procuradorias populares de nível imediatamente superior, para efeito de aprovação pelos congressos populares do respectivo nível (art. 101).

Boa parte da explanação acerca do direito chinês é aplicável ao Japão. Segundo René DAVID,<sup>20</sup> os primeiros movimentos jurídicos têm início, nesse país, em 646. O caminho trilhado sugere que o direito galgaria certa importância social. Entretanto, a impotência da justiça criminal e as guerras civis do século XII conduziram a um novo regime feudal, organizado pelo “código de cavalaria”, fundado na obrigação de fidelidade absoluta do vassalo para com o suserano. Cada classe social é regida por seu estatuto particular, que exclui direitos do inferior em face do seu superior, impossibilitando o florescimento da idéia de direitos subjetivos. Mesmo as relações entre pessoas de uma mesma classe não são disciplinadas pelo direito. Regras de comportamento chamadas *giri*, análogas aos ritos chineses, regulam todas as ocasiões da vida e, segundo certos japoneses, substituem até mesmo a moral.

A condição insular do Japão propiciou seu isolamento e o desconhecimento do Ocidente por milênios. Só em 1452, com a chegada dos portugueses e respectivos missionários católicos, tomam conhecimento da Europa. O posterior desembarque dos frades franciscanos espanhóis expõe a disputa entre os grandes impérios ibéricos ultramarinos e o risco de o Japão ser dominado por um deles. A reação se deu com a admissão do confucionismo como doutrina oficial e o estabelecimento de uma política de isolamento, o que impediu a circulação de idéias, inclusive jurídicas. Assim, as funções judiciárias não se distinguiram das demais funções públicas, inexistiam escolas de direito, juízes profissionais, Ministério Público, advogados e nem notários. Mas vale destacar que uma política de estreita vigilância e delação é inaugurada em 1597 com a constituição, em todo o país, de grupos de cinco pessoas, denominados *goningumi*, encarregados de:

Denunciar os crimes, manter a ordem pública, dar a conhecer à polícia as mudanças dos seus membros ou a presença de estranhos; o grupo, considerado como solidário do ponto de vista fiscal e penal, deve estar de acordo

<sup>20</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p. 603 e ss.

para que um processo possa ser intentado; intervêm na vida familiar dos seus membros, fornecendo-lhes conselheiros ou testemunhas, controla a maneira como as terras são exploradas; esta instituição, que marcou profundamente o espírito japonês durante a era dos Tokugawa, deixou até os nossos dias diversos traços no Japão.<sup>21</sup>

Em 1846 e 1853, os estadunidenses norte-americanos aportaram no Japão, solicitando a abertura dos portos e a celebração de tratados comerciais. A superioridade naval dos forasteiros causou impacto. Com as subseqüentes visitas de russos, ingleses e franceses, os japoneses vislumbram a necessidade de se modernizarem, para não serem dominados por nenhuma potência ocidental. A partir de 1868, com a era Meiji, principia-se a ocidentalização do direito japonês. Dada a urgência, preferiu-se munir o país de códigos do que seguir o sistema da *common law*. Juristas estrangeiros são contratados para a intensa codificação procedida ao longo da segunda metade do século XIX. Em 1889, o Imperador outorga uma Constituição em moldes de um Estado de direito do tipo ocidental. A organização administrativa é atualizada por meio de leis. Entretanto, como na China, os japoneses não vêem com bons olhos a intervenção de um juiz. As demandas e, conseqüentemente, os juristas são pouco numerosos. Os norte-americanos, ao ocuparem o país ao final da segunda guerra mundial, deram uma nova Constituição (1946) e reformaram a organização judiciária e a administrativa. Por trás dessa fachada, os japoneses continuam avessos aos assuntos públicos e preferem abandonar o governo aos grandes. Atitudes arbitrárias do Estado levantam poucos protestos, juízes motivam sumariamente suas decisões e o controle de constitucionalidade é exercido com extrema prudência pelo Supremo Tribunal.

Sobre a advocacia pública, a Constituição japonesa simplesmente dispõe que as matérias relacionadas aos *attorneys* e *public procurators* fazem parte do poder normativo da Suprema Corte, passível de delegação às cortes inferiores, no que a estas diz respeito (art. 77). Até a Segunda Guerra Mundial, o Ministério da Justiça (*Shihosho*), chefiado pelo *Shiho Daijin*, controlava uma vasta gama de trabalhos legais e judiciais, incluindo a administração da Justiça, supervisionando o trabalho das cortes. Na atual Constituição, os tribunais foram desmembrados do antigo Ministério da Justiça e a administração do Judiciário transferida para a Suprema Corte. Nessa esteira, a Lei n.º 120, de 1948, substituiu o Ministério da Justiça pela Procuradoria-Geral (*Homucho – Attorney General's Office*), que absorveu todas as funções remanescentes daquele e, dirigida pelo *Homu Sosai*, se estabeleceu como órgão superior de consultoria jurídica do Governo, além de atuar nas causas judiciais civis e administrativas das quais o Estado fosse parte, diligenciar na proteção dos direitos humanos e proceder às pesquisas e estudos jurídicos necessários a auxiliar os órgãos legislativos no permanente desenvolvimento do direito. Em 1949, a Procuradoria-Geral foi renomeada *Homufu*. No entanto, em 1952, voltou a ser Ministério da Justiça (*Homusho*), reorganizado e chefiado,

<sup>21</sup> DAVID, René. *Op. cit.*, p. 606.

agora, pelo *Homu Daijin*. As funções de auxílio jurídico aos trabalhos legislativos retornaram ao Gabinete do Primeiro Ministro. Afora essa ressalva, mesmo após a reforma de 2001, constata-se que o Ministério da Justiça monopoliza as funções de assessoramento e consultoria jurídica, bem como de representação judicial do Estado e promoção da persecução penal. Também administra os serviços notariais e de registros públicos, supervisiona a execução penal, tutela os direitos humanos, auxilia as vítimas de crimes, cuida do serviço de inteligência e controla a entrada e saída de pessoas do território japonês.<sup>22</sup>

Funções que, no Brasil, são repartidas entre Ministério Público, Advocacia Pública, Ministério da Justiça e até mesmo Poder Judiciário, como é o caso da administração dos serviços notariais e de registros públicos, estão concentradas, no Japão, no *Homusho*.

O estudo desses aspectos do direito japonês é comparativamente interessante, principalmente para se averiguar como a advocacia pública se adaptou num Estado que se viu abruptamente obrigado a evoluir de monarquia divina para monarquia parlamentarista. Do mesmo modo, interessa observar o resultado desse embate entre as tradições milenares e um sistema jurídico romano-germânico transplantado a um país oriental com forma de governo semelhante à inglesa, mas obrigado a aceitar uma Constituição nos moldes estadunidenses.

### 3.2 Advocacia Pública nos Sistemas Jurídicos da *Common Law*

A *common law* tem origem na Inglaterra e é profundamente marcada pela história desse país. René DAVID adverte que o direito inglês está limitado à Inglaterra e ao País de Gales. Não é o direito do Reino Unido, nem mesmo da Grã-Bretanha,<sup>23</sup> embora os tenha por demais influenciado, ao se expandir geograficamente. Algumas vezes, por engano, chamado de consuetudinário, é, na verdade, jurisprudencial, porque elaborado pelos Tribunais Reais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*). Historicamente, não é atribuição do legislador estabelecer o direito, tarefa incumbida ao Judiciário, alçado, assim, mais do que em qualquer outro lugar, à condição de verdadeiro Poder. A lei, chamada em inglês *statue*, desempenha função secundária e só pode ser aplicada pelo juiz se houver um precedente das cortes superiores que a tenham interpretado. Construídas pelos juizes, as normas jurídicas, na *common law*, são menos abstratas que nos direitos romano-germânicos, porque visam dar solução a um processo e não à formulação de uma norma geral de conduta para o futuro. “Sua preocupação imediata é a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade.”<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Cf. JAPANESE GOVERNMENT. *The Ministry of Justice*. Disponível em: <<http://www.moj.go.jp/ENGLISH/index.html>>. Acesso em: 11 mar. 2007.

<sup>23</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p. 353.

<sup>24</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p. 25.

Tradicionalmente não é feita, no direito inglês, a dicotomia entre direito público e direito privado, pois enxerga-se, no primeiro, uma forma de o Estado e sua Administração não se submeterem ao direito. Segundo René DAVID, a distinção fundamental ensinada ao estudante de direito é a que distingue a *common law* da *equity*. Por muito tempo não se admitiu a existência de um direito administrativo. Acreditava-se que esse ramo seria uma forma de livrar o Estado das normas de direito comum e do controle jurisdicional do Poder Judiciário. *Common law* também guarda o significado de existência de um regime comum ou único para o Poder Público e os particulares, sujeitando-os às mesmas normas e aos mesmos juízes, embora contemple algumas imunidades ao poder político, como a famosa irresponsabilidade civil do Estado – *the king can do no wrong* – só suplantada na metade do século XX. Entretanto, a complexidade do mundo contemporâneo possibilitou a superação dos preconceitos. A vastidão de regulamentos administrativos e a infinidade de litígios opondo Administração Pública e cidadãos levaram à constituição de tribunais administrativos, embora, diferentemente da França, sujeitos à revisão judicial. A tais organismos, denominados *Boards*, *Comissions* ou *Tribunals*, é reconhecida uma competência “quase-judiciária”.

Nesse contexto, não existe propriamente um Ministério Público. Lá, suas atribuições são exercidas por juristas comuns (*lawyers*) empregados pela Coroa.<sup>25</sup> Explica René DAVID:

A presença de um agente representante do Poder Executivo parece aos ingleses inconciliável com a autonomia e com a dignidade do Poder Judiciário. O estatuto reconhecido ao Ministério Público parece-lhes, por outro lado, que destrói a igualdade que é necessário assegurar, em matéria penal, entre a acusação e o acusado. Do mesmo modo, não se encontrará, na Inglaterra, um Ministério da Justiça, embora espíritos brilhantes preconizem a instituição de tal ministério.<sup>26</sup>

Os *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam os governos do Reino Unido e dos Estados integrantes da *Commonwealth*. São chefiados pelos *Attorneys General*, em certos lugares chamado de *Advocate General*, como na Escócia, desde 1999. Restrito à Inglaterra e ao País de Gales, o *Her Majesty's Attorney General for England and Wales* assessora e aconselha juridicamente a Coroa e o Gabinete, representa-os perante os tribunais, supervisiona a persecução penal a cabo dos *prosecutors* e atua em processos judiciais de interesse público.<sup>27</sup> Com efeito, os *Attorneys General's Offices* absorvem atribuições que, no Brasil, são divididas entre Ministério Público e Advocacia Pública.

<sup>25</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 283. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.com/libros/libro.htm?l=1476>> Acesso em: 20 set. 2006.

<sup>26</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p. 427.

<sup>27</sup> Cf. THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE. Disponível em: <<http://www.attorneygeneral.gov.uk/>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

A *common law* expandiu-se geograficamente graças à colonização e ao fenômeno da recepção. Atualmente, 53 países compõem a *Commonwealth*,<sup>28</sup> a grande maioria ex-colônias britânicas, das quais se destacam África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica e Nova Zelândia. Contudo, adverte René DAVID, a *common law* sofreu alterações necessárias para sua adaptação às condições particulares de cada país no qual esse sistema foi admitido.<sup>29</sup> Convém distinguir a *common law* na Europa e fora da Europa, onde foi recebida em maior ou menor extensão, conforme as peculiaridades de cada país. O mencionado rigor com a paridade de armas, que não admite nem mesmo existência de Ministério Público ou Ministério da Justiça, sofreu mitigação noutras nações que seguem o sistema da *common law*, mesmo as parlamentaristas, e muito mais nas presidencialistas, cujo melhor exemplo são os Estados Unidos da América do Norte.

A *common law* foi aplicada com ressalvas nas treze colônias norte-americanas, até porque não apresentava respostas satisfatórias aos problemas novos com que se deparavam os colonos, tanto que estes viam com mais simpatia a edição de leis e códigos do que os habitantes da metrópole. Com a independência, surgiu algo completamente novo: uma Constituição escrita. As boas relações com a França tornaram afável a via da codificação para a consolidação da autonomia do direito estadunidense perante o inglês. Até meados do século XIX hesitou-se entre a codificação e a *common law*. Em razão da hegemonia do idioma inglês e do maior nível de escolaridade dos descendentes britânicos, a *common law* triunfou, salvo no Estado da Louisiana. Mas a vitória não foi completa, pois certas particularidades do sistema estadunidense decorrem da influência da matriz romano-germânica. Como na Inglaterra, as normas legais só integram o ordenamento jurídico quando seu alcance é determinado por decisões judiciais e são vistas como peças secundárias do sistema, que trazem certos aditivos ou retificações de pontos particulares a serem interpretados restritivamente. Tal sentir não se aplica à Constituição dos Estados Unidos, porque ela não é uma lei “como as outras”, mas a viga de sustentação do sistema, que merece interpretação por métodos mais avançados. De tal modo, o direito constitucional e o *administrative law* constituem ramos profundamente diferentes na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nestes, o que se pode chamar de direito administrativo implica essencialmente no estudo das normas sobre funcionários públicos (*officials*) e sobre organização e funcionamento de grandes comissões federais e estaduais (*administrative agencies*) sem equivalente na Inglaterra. Um “poder administrativo” se desenvolveu ao lado dos três Poderes tradicionais: Legislativo, Executivo e Judiciário.

A doutrina moderna considera que se desenvolveu na sociedade um quarto poder – *administrative power* – distinto dos poderes tradicionais. Como o Poder Executivo, este poder foi confiado ao Presidente dos Estados Unidos.

<sup>28</sup> Cf. COMMONWEALTH SECRETARIAT. Disponível em: <<http://www.thecommonwealth.org/subhomepage/151236/>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

<sup>29</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p. 447.

Mas, diferentemente do Poder Executivo, é exercido em colaboração e sob o controle de um certo número de grandes comissões instituídas pelo Congresso.<sup>30</sup>

Percebe-se o afastamento dos arquétipos básicos da *common law*, porque suas fontes normativas também se centram no direito legislado, nas regras das agências públicas (*agency rules*) e nas decisões administrativas (*decisions*). Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY explica que as agências públicas podem ser reguladoras, orientando-se para a regulamentação da vida pública (transporte, comunicações, alimentos, remédios, relações trabalhistas, seguros, mercado financeiro, comércio interestadual e outros) ou de assistência social, ocupando-se com veteranos, idosos e deficientes. Elas podem formular normas, aplicá-las e resolver disputas. Noutras palavras, exercem os três poderes da clássica taxinomia de Montesquieu. Mas tão amplos poderes estão sujeitos a um controle. O poder normativo, por ser delegado pelo Poder Legislativo, pode ser por este retomado. E os julgamentos administrativos estão sujeitos à revisão judicial. Contudo, as ações judiciais contra as agências públicas são limitadas pela doutrina da imunidade da Administração, que não permite ao Poder Público responder ações que tenham por fundamento jurídico inexecução de contratos e responsabilidade civil. A situação vem mudando desde a promulgação do *Federal Tort Claims Act*, em 1946, que autoriza o ajuizamento de ações em face da Administração Pública federal ou, de maneira direta, em face dos seus agentes, juridicamente fundamentada na culpa destes. Há quem diga que um sistema de direito administrativo que não possibilita ao cidadão agir em juízo para recuperar perdas e danos é um sistema com os dias contados.<sup>31</sup> Até hoje, porém, “os remédios contra a administração pública são menos dirigidos à compensação financeira e mais orientados a ordens específicas para comportamentos de fazer ou não fazer (*injunctive relief*)”.<sup>32</sup>

Ao contrário da Inglaterra, possui verdadeiros Ministérios Públicos, integrantes dos Poderes Executivos (*Executive Branchs*), tanto federal como estaduais.<sup>33</sup> Suas vastas atribuições variam de uma unidade federada para outra, mas é possível verificar um núcleo em comum. Ele representa o Estado em juízo nas causas judiciais de todas as naturezas, desde as de persecução penal, passando pelas tributárias, até as cíveis nas quais o Estado é demandado. Também assessora e presta consultoria jurídica aos órgãos e agências estatais, tanto que certos gastos públicos dependem de sua prévia aprovação. Noutro plano, é defensor da Constituição, das leis e dos interesses difusos e coletivos, especialmente em sede de direito sanitário, educacional, econômico, consumerista, das crianças, dos adolescentes, dos idosos e das vítimas de crimes. A Procuradoria-Geral, chamada de

<sup>30</sup> DAVID, René. *Op. cit.*, p. 504 e 505.

<sup>31</sup> SCHWARTZ, Bernard. *An introduction to American administrative law*. 2.ed. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1962, p. 218, *apud* GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p. 123.

<sup>32</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p. 123.

<sup>33</sup> A forma federal de Estado também difere a *common law* estadunidense da inglesa, que ignora as noções de direito federal e de direito estadual.

*Attorney General Office*, é chefiada pelo Procurador-Geral (*Attorney General*), que comanda não um Ministério Público, mas um desmesurado Ministério da Justiça.

O *attorney general* dos Estados Unidos é na realidade um ministro da justiça e só tem em comum o nome com o *attorney general* inglês, que é um jurista empregado pelo governo. Ele está à frente de um verdadeiro ministério público; cada tribunal federal possuiu um *U.S. attorney* que intervém sobretudo como *amicus curiae* em todos os processos em que se discute a constitucionalidade de uma lei federal.<sup>34</sup>

Conforme visto acima, as atribuições dos *U.S. Attorneys* equivalem às imputadas aos Procuradores da República brasileiros antes da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, compreende funções tanto de advocacia da sociedade como de advocacia do Estado. Os *U.S. Attorneys* têm mandato de quatro anos e são nomeados pelo Presidente da República, dependendo de confirmação do Senado.<sup>35</sup> “A composição dos escolhidos reflete a cisão clássica entre democratas e republicanos, entre liberais e conservadores”.<sup>36</sup> São tantas as atribuições do *Attorney General*, que ganha relevo a figura de um de seus auxiliares, o *Solicitor General*, encarregado de coordenar as atividades de representação judicial perante a Suprema Corte e demais tribunais.<sup>37</sup>

Não menos políticos são os promotores estaduais, que podem se valer da atuação no cargo para projeção política. Segundo informação da *National Association of Attorneys General*, os Procuradores-Gerais são eleitos em 43 unidades federadas, indicados pelo Governador em cinco (Alaska, Hawaii, New Hampshire, New Jersey e Wyoming), enquanto, no Maine, é eleito pelo Poder Legislativo e, no Tennessee, pela Suprema Corte Estadual. No Distrito de Columbia, o *Corporation Counsel*, cujas atribuições são semelhantes às dos *Attorneys General*, é indicado pelo Prefeito.<sup>38</sup>

Os países da *common law* pendulam entre o modelo inglês e o estadunidense de advocacia pública. Cada Estado, porém, guarda suas peculiaridades. Destaca-se aqui a Índia, onde se conciliaram costumes jurídicos milenares com as técnicas da *common law*, introduzidas durante a colonização britânica. À semelhança dos Estados Unidos, é uma federação e a Constituição escrita, de 1950, está no ápice do ordenamento jurídico. Recorre-se bastante ao direito legislado e à codificação, mas a própria Constituição (art. 141) obriga as jurisdições inferiores a seguirem os precedentes do Supremo Tribunal Federal. O *Attorney-General for Índia* está previsto no art. 76 da Constituição. Precisa ser uma pessoa com qualificação sufi-

<sup>34</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p. 476.

<sup>35</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Op. cit.*, p. 284.

<sup>36</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>37</sup> Cf. UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/osg/>>. Acesso em: 25 jul. 2007.

<sup>38</sup> Cf. NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL. Disponível em: <[http://www.naag.org/how\\_does\\_one\\_become\\_an\\_attorney\\_general.php](http://www.naag.org/how_does_one_become_an_attorney_general.php)> Acesso em: 02 dez. 2006.

ciente para ser indicada a Juiz da Suprema Corte. Bem menos político do que os Procuradores-Gerais dos Estados Unidos, são em teoria advogados do Estado, não do governo, nem ostentam atribuições de Ministro da Justiça. Assim, a estruturação da advocacia pública segue mais de perto o modelo inglês.

A *common law* conserva estrutura muito diferente dos direitos romano-germânicos, contudo o papel das normas legisladas foi aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se. Certos Estados estruturam seus direitos sobre elementos das duas famílias. “Entre estes direitos mistos podem citar-se os direitos da Escócia, de Israel, da União Sul-Africana, da província do Quebec e das Filipinas”.<sup>39</sup> Entre nós, foi inegável a influência do modelo estadunidense de advocacia pública quando da proclamação da República, mas, desde então, esse modelo vem perdendo espaço para outras concepções, expostas a seguir.

### 3.3 Advocacia Pública nos Sistemas Jurídicos Socialistas

O direito, nos países socialistas, sofreu forte influência do constitucionalismo soviético, que, para ser compreendido, requer digressão histórica. No início do século XX, a Rússia tinha débil tradição jurídica. Ao contrário da Europa continental e das Ilhas Britânicas, não formara a idéia de direito a partir de concepções morais de justiça. Muito pelo contrário, as leis eram vistas como obra arbitrária de um monarca autocrata e, desde antes do comunismo, já se preconizava o desaparecimento do direito e o advento de uma sociedade fundada na caridade cristã e no amor. Não obstante, os movimentos liberais da segunda metade do século XIX conseguiram abolir a servidão, reformar a organização judiciária, instituir um código penal e elaborar um projeto de código civil. A Rússia caminhava para integrar a família romano-germânica. Seguiu muito de perto o padrão do direito bizantino e os juristas russos não concebiam o direito como produto jurisprudencial. Perfilhando a conclusão de René DAVID: a Rússia não estava dotada de códigos, como os países da Europa continental, estava preparada para ter códigos.<sup>40</sup>

Em 1917, sobreveio o constitucionalismo soviético, marcado inicialmente pela revolução e pela ampla adesão popular, como consequência direta das arcaicas circunstâncias históricas da Rússia, onde a burguesia não se alçara ao poder. Então, pela primeira vez, uma Constituição adquiriu conteúdo não liberal. Mas, lembra Jorge MIRANDA, o constitucionalismo soviético também é produto de certas idéias, de uma ideologia intitulada marxista-leninista, forte entre as massas graças à intensa propaganda veiculada no século XIX. É o motivo porque se fala também em constitucionalismo marxista-leninista, cuja missão é a criação duma sociedade comunista, na qual a fraternidade e a solidariedade tornem desnecessários o Estado e o direito. Enquanto isso não acontece, um Estado socialista, eminentemente transitório, edifica as bases para a construção do comunismo,

<sup>39</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p.26.

<sup>40</sup> DAVID, René. *Op. cit.* p. 186.

sob a direção do partido comunista. Longe da tradicional incumbência de dirimir litígios, o direito assume três funções nos Estados socialistas: a) de segurança nacional; b) de desenvolvimento da ordem econômica; e c) de educação dos homens para o comunismo.

Conjunturas históricas possibilitaram a tal modelo de sistema constitucional se alastrar e, no seu auge, 1/4 da população da Terra a ele se submeteu: Mongólia (1922), Leste Europeu (1945), Coreia do Norte (1945), China (1949), Vietnam (1954), Cuba (1959) e Laos (1975). Por certos períodos e com menor aproximação ao sistema, também: Camboja, Etiópia, Iêmen do Sul, Angola e Moçambique.<sup>41</sup>

Com a amplitude da experiência constitucional socialista, houve uma circulação mundial de modelos jurídicos e a ventilação de institutos jurídicos de outros sistemas com a recepção de direitos socialistas e vice-versa. Eis a importância de se estudar a advocacia pública nessa família constitucional, mesmo com a derrocada do socialismo real, entre 1989-1991, sem que nenhum país tenha alcançado o comunismo. Além disso, esse sistema ainda subsiste numa grande potência emergente, o país mais populoso do mundo – a China, bem como na Coreia do Norte, Vietnam, Laos e Cuba.

Conservando um certo número de atributos dos direitos romano-germânicos, a principal característica dos sistemas jurídicos socialistas é a subordinação de toda a organização política, econômica e social aos objetivos de sedimentação do socialismo e de realização do comunismo, assim definidos pelo Partido Comunista, com amparo no princípio da unidade do poder estatal. Sem hipocrisias ou subterfúgios, as Constituições dessa família são assim redigidas. Não se confinam à mera regulamentação jurídica aparentemente “neutra” e exercem função ideológica importante, instituindo: a) uma ditadura – a do proletariado; b) domínio de todo poder pelo partido que representa o operariado – Partido Comunista; c) partido esse com papel dirigente expressamente reconhecido na Constituição; d) realidade do Poder localizada no partido e não nos órgãos do Estado; e) domínio tanto do Estado como da sociedade civil por esse partido; f) centralismo democrático; g) não reconhecimento de liberdade pública de expressão às minorias; h) princípio da legalidade socialista; i) concepção socialista dos direitos fundamentais.

Com efeito, há redução do papel do juiz e da interpretação em geral, devido à intervenção do Partido Comunista na aplicação do direito, através de diretivas e resoluções dirigidas aos juízes. Doutra lado, a Procuradoria-Geral (com funções mais amplas que as de um Ministério Público), ganha importância, promovendo a aplicação uniforme da lei e a fiscalização dos órgãos administrativos, por iniciativa própria ou a pedido dos cidadãos.

René DAVID explica que a *Prokuratura*, na União Soviética, lembrava o Ministério Público francês, mas dele diferia em muitos aspectos: tinha outra estrutura e, sobretudo, exercia outras funções referentes especialmente ao controle de legalidade dos atos da Administração e dos soviets locais. Possuía invejável

<sup>41</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, tomo I*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 181 e ss.

autonomia e dependia exclusivamente do Soviete Supremo, que designava o dirigente: o Procurador-Geral da União Soviética. Este nomeava os Procuradores da República, que, por sua vez, nomeavam os Procuradores dos níveis inferiores. As nomeações eram feitas por um período variável ao longo da história, sendo de cinco anos, na derrocada da cortina de ferro. Ao contrário da China, onde as procuradorias locais são responsáveis perante os órgãos de poder político que as estabelecerem e perante as procuradorias de nível superior, na URSS os procuradores de nível inferior estavam submetidos unicamente ao Procurador-Geral. Segundo Giuseppe de VERGOTTINI, tal modelo prevaleceu no mundo socialista, sendo a China uma exceção.<sup>42</sup>

A *Prokuratura* era incumbida da acusação penal e de supervisionar todo e qualquer tipo de detenção ou prisão; tinha iniciativa para certas ações civis; exercia controle geral sobre toda a Administração, examinando sistematicamente todos os atos administrativos, alguns dos quais lhe deviam ser obrigatoriamente comunicados antes de serem aplicados; assistia às sessões das comissões executivas dos sovietes locais, impedindo a tomada de decisões ilegais; averiguava o cumprimento, pelos juízes, das diretrizes do Supremo Tribunal Federal e, se estas fossem contrárias ao direito, cabia-lhe intervir; fiscalizava as condições de trabalho, as forças armadas e os órgãos de segurança do Estado.<sup>43</sup>

Só pouco antes do desmantelamento da União Soviética foi instituído o controle de constitucionalidade. Na maior parte de sua história não existiu qualquer forma de controle. Logo, nem os tribunais nem a *Prokuratura* podiam exercê-lo.

O modelo da *Prokuratura* ainda tem forte reflexo na Rússia contemporânea. Aqui, inspirou o alargamento das funções do Ministério Público e sua autonomia, alcançada na Constituição de 1988. Igualmente, incentivou o desenvolvimento do controle jurídico interno desempenhado pela Advocacia Pública brasileira.

### 3.4 A Advocacia Pública nos Sistemas Jurídicos Romano-Germânicos

É a primazia da lei, como fonte do direito, que dá unidade à família jurídica romano-germânica. Através dela, reconhece-se a dicotomia direito privado e direito público. O conteúdo do primeiro é relativamente semelhante nos diversos países de tradição romano-germânica, porque resulta da positivação de princípios estudados durante séculos pela escola do direito natural, graças à qual se reconheceu, também, que o direito deve estender-se às relações entre governantes e governados, entre Administração e particulares, surgindo o direito público. Todavia, isso ocorreu de modos bem diferentes nas várias nações que compõem a família romano-germânica do direito. Tanto que ela abriga Estados com sistemas cons-

<sup>42</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de. *Op cit.*, p. 670.

<sup>43</sup> Cf. DAVID, René. *Op. cit.* p. 244 e ss..

tucionais de matriz tanto francesa como norte-americana,<sup>44</sup> além de outros não integrados em famílias constitucionais, como o suíço e o alemão-austriaco. Por isso, ocorrem muitas diferenças na organização e funcionamento da advocacia pública.

Ao mesmo tempo, considerável força centrípeta exerce o direito comparado, sempre utilizado pelo legislador na realização e aperfeiçoamento de sua obra. Não obstante as diferenças, observa-se, na família romano-germânica, a repetição de certos padrões, uma vez que ela se ergueu sobre os escombros do direito romano, concebendo as normas jurídicas como regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser essas regras é a tarefa essencial da ciência do direito, que se formou graças aos esforços das universidades européias, em especial a dos países latinos e dos países germânicos, atendendo, portanto, à denominação “romano-germânica”.

Devido à colonização, a família se expandiu por vastos territórios na América, África e Ásia. A recepção voluntária produziu o mesmo resultado em outros países, como os do Extremo Oriente, que pretendiam modernizar seus sistemas jurídicos rapidamente, algo incompatível com a sedimentação de uma *common law*.

Na França, a advocacia do Estado se organiza e se exerce no contexto da dualidade de jurisdição, devido à existência do Conselho de Estado, o que exigiria um estudo mais aprofundado do que o admissível nesta síntese. Vale destacar que o Conselho de Estado não tem função só jurisdicional. Ele é também o órgão de aconselhamento jurídico do governo em qualquer matéria. Os Ministros de Estado podem pedir seu parecer a respeito de qualquer questão referente a seu ministério. Com relação ao Ministério Público, foi em território francês que ele surgiu nos moldes hoje conhecidos. Em 1302, foi reconhecido formalmente como Instituição, na figura dos procuradores do rei (*les gens du roi*), corpo de funcionários incumbidos da tutela dos interesses do Estado, que se confundiam com os do Rei. Eram delegados deste, incumbidos de denunciar e perseguir os criminosos, bem como fiscalizar o funcionamento dos tribunais, como *longa manus* do monarca. Para ganhar ares de autonomia e independência, moldou-se como uma magistratura paralela. Dessa forma, os procuradores sempre se dirigiam aos juízes do mesmo assoalho (*parquet*, em francês) onde estes se encontravam sentados. Contudo, sempre o faziam de pé. Daí originaram-se as expressões *Magistrature Debout* (Magistratura de Pé), até hoje utilizada para simbolizar o Ministério Público; em contraponto aos juízes, a *Magistrature Assissé* ou *du Siège* (Magistratura Sentada). Na França, a expressão *magistrature* abrange os juízes e os membros do Ministério Público. Pode-se afirmar que o Ministério Público constitui uma magistratura especial, incumbida de defender o interesse público e determinados interesses específicos do governo perante os tribunais. Apesar da propalada independência funcional, há uma relação hierárquica com o Governo. São, em princípio, nomeados, exonerados e punidos pelo Ministro da Justiça. Quanto às suas atividades,

<sup>44</sup> É caso do Brasil, que integra a família romano-germânica e, desde 1891, adota um sistema constitucional de matriz norte-americana, marcado pelo federalismo, presidencialismo e controle judicial de constitucionalidade das normas jurídicas (MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* 156-158).

mesmo judiciárias, seus membros são, em uma certa medida, submetidos aos seus superiores hierárquicos e, em última instância, ao Ministro da Justiça, de quem deverão executar ordens. Paradoxalmente, é uma instituição dotada de independência funcional, mas que se encontra inserida na estrutura do Poder Judiciário e que deve observar determinadas instruções do Governo.<sup>45</sup>

Em alguns Estados de jurisdição única, como Portugal, o Ministério Público concentra as funções de advogado da sociedade e de advogado do Estado (Constituição da República Portuguesa, art. 219). Por um lado, promove a ação penal pública, defende os direitos sociais dos trabalhadores e suas famílias, vigia a constitucionalidade e a legalidade da atuação dos tribunais, questiona a constitucionalidade dos atos normativos e fiscaliza os órgãos de polícia criminal. Por outro, representa o Estado em juízo e lhe presta consultoria jurídica (Lei nº 47/86).

Já na Espanha, o Ministério Público não representa judicialmente o Estado nem é seu consultor jurídico.<sup>46</sup> Para essas funções existem a *Abogacía del Estado*, cujo órgão central é a *Abogacía General del Estado*, que integra o Ministério da Justiça. O mesmo ocorre na Itália, onde tais misteres ficam a cargo da *Avvocatura dello Stato*,<sup>47</sup> tendo cada Região e Província sua própria *Avvocatura*, cujos cargos são acessíveis mediante concurso público. Neste país, por outro lado, a exemplo do que ocorre na França, os membros do Ministério Público também são considerados magistrados, não constituindo uma instituição dotada de individualidade própria, mas integrantes de uma função específica ínsita no Poder Judiciário. O Poder Judiciário italiano congrega os magistrados que desempenham atividades essencialmente judicantes e aqueles que exercem atribuições inerentes às funções próprias do Ministério Público, estando todos sujeitos ao poder disciplinar de um mesmo órgão, o Conselho Superior da Magistratura.<sup>48</sup>

Na América Latina, o Ministério Público costuma concentrar a dupla representação do Estado e da sociedade. No entanto, a Argentina evoluiu no sentido de a Constituição impedir o Ministério Público de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Estado ou representá-lo judicialmente, todavia omitiu a cargo de quem ficariam essas importantes atribuições. No Peru, a análise do perfil constitucional do Ministério Público possibilita alcançar a mesma conclusão<sup>49</sup>, tanto que a lei orgânica da instituição proíbe seus membros de exercerem advocacia, seja pública ou privada. Por fim, vale lembrar que, nos países escandinavos, existe também o instituto do *ombudsman*, que se difundiu por algumas partes do mundo, inclusive na América Latina, onde se observa a peculiar figura do Defensor do Povo em alguns Estados.

<sup>45</sup> Cf. VERGOTTINI, Giuseppe de. *Op cit.*, p. 285 e ss..

<sup>46</sup> Cf. VERGOTTINI, Giuseppe de. *Op cit.*, p. 289 e ss..

<sup>47</sup> Idem. p. 293.

<sup>48</sup> Idem. p. 287 e ss..

<sup>49</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho constitucional latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 230. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=428>>. Acesso em: 28 nov. 2006.

#### 4 CONCLUSÕES

O estudo de direito comparado permite observar dois grandes modelos de organização da advocacia pública, independentemente da família jurídica que cada Estado integra. O primeiro é o modelo unitário, no qual uma única instituição monopoliza as funções de advocacia estatal e de advocacia da sociedade. É o adotado na Inglaterra, País de Gales, Estados Unidos, Japão, Portugal e, com algumas ressalvas quanto à defesa do Estado em juízo, na extinta União Soviética e na China. O outro modelo é o dualista, que atribui as funções de advocacia estatal e de advocacia da sociedade a duas instituições distintas. Foi acolhido na Itália, Espanha, Argentina e Peru.

Por muito tempo o Brasil seguiu o modelo unitário, mas foi, aos poucos, avançando rumo ao dualista, até a Constituição Federal de 1988 consolidá-lo definitivamente. Pode-se concluir que, entre nós, a advocacia pública encontra-se em estágio relativamente adiantado. Progrediu-se muito ao desincumbir o Ministério Público das funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria, assessoramento e controle jurídico interno dos entes públicos, bem como ao atribuir-lhe autonomia funcional e administrativa. Todavia, ainda falta dotar as instituições de advocacia do Estado (advocacia pública em sentido estrito) de maiores garantias, a fim de se preservar a própria independência funcional dos advogados públicos, individualmente considerados, e o perfeito exercício de suas atribuições, imprescindíveis ao Estado Democrático, Social e Ambiental de Direito.

#### BIBLIOGRAFIA

ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=288>>. Acesso em: 21 jul. 2006.

THE ATTORNEY GENERAL 'S OFFICE. Disponível em: <<http://www.attorney-general.gov.uk/>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. *A advocacia pública no estado democrático de direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Acre, Rio Branco, n. 3, p. 213-253, jan./dez. 2003, p. 248. Disponível em: <<http://www.pge.ac.gov.br/biblioteca/revista/revista3/revista%203.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2006.

COMMONWHEALTH SECRETARIAT. Disponível em: <<http://www.thecommonwealth.org/subhomepage/151236/>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

CORDARO, César Antonio Alves. *A Advocacia Pública e os Municípios*. Revista Trimestral de Advocacia Pública, a. 3, n. 5. p. 12-13, mai. 1997. Disponível

em: <<http://members.tripod.com/~ibap/artigos/caac1.htm>>. Acesso em: 8 jul. 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Superação das antinomias entre a legislação e a Constituição no exercício da advocacia pública. *A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 45-75, abr./jun. 2007.

JAPANESE GOVERNMENT. The Ministry of Justice. Disponível em: <<http://www.moj.go.jp/ENGLISH/index.html>>. Acesso em: 11 mar. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia pública e o princípio da eficiência*. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, out../dez. 1999.

OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública - algumas reflexões*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 03 mai. 2004.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho constitucional latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=428>>. Acesso em: 28 nov. 2006.

STIRN, Bernard. *Análises e reflexões: a jurisdição administrativa*. Disponível em: <<http://www.france.org.br/abr/imagesdelafrence/Formato%20PDF/jurisdiacao.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, vol.14. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2002.

THE ATTORNEY GENERAL 'S OFFICE. Disponível em: <<http://www.attorney-general.gov.uk/>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.com/libros/libro.htm?l=1476>> Acesso em: 20 set. 2006.

---

RPGE, Porto Alegre, v. 30, n. 66, p. 183-207, jul./dez. 2007



# **PARECERES**



# Parecer nº 14.653

SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EXAME QUANTO À POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE RÁDIO OPERADOR, TELEFONISTA AUXILIAR DE REGULAÇÃO MÉDICA E TÉCNICO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO PARA ATUAREM NA CENTRAL ESTADUAL DE REGULAÇÃO DO ATENDIMENTO PRÉ-HOSPITALAR (APH) DO PROGRAMA SALVAR/SAMU NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADES PRINCIPAIS E ATIVIDADES ACESSÓRIAS A SEREM PRESTADAS PELO ENTE PÚBLICO.

**1.** O Secretário de Estado da Saúde encaminha, para exame desta Procuradoria-Geral, expediente administrativo em que se busca a emissão de parecer com vistas a averiguação da legalidade da terceirização pretendida no presente caso concreto. Pretende-se efetivar processo licitatório para futura contratação de serviços terceirizados de Radio Operador, Telefonista Auxiliar de Regulação Médica e Técnico de Tecnologia da Informação para atuarem na Central Estadual de Regulação do Atendimento Pré-hospitalar (APH) do programa SALVAR/SAMU no âmbito da Secretária de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul.

Inicialmente, no Memorando Interno nº 075/2006, anexo II, o Coordenador Estadual das Urgências da Secretaria da Saúde historia os fatos informando nos seguintes termos (fls. 07):

O Estado do Rio Grande do Sul, no início do governo, em 2003, instituiu, através do Decreto Estadual nº 42.368 de 29 de julho, o Programa Salvar – Programa Integrado de Atendimento Pré-hospitalar e Inter-hospitalar para Urgência e Emergência, como política de atuação prioritária da Secretaria da Saúde. Regulamentado pela Portaria SES nº 68/03 de 12 de dezembro, que institui a forma de aplicação dos recursos financeiros a serem repassados do Fundo Estadual de Saúde aos Fundos Municipais de Saúde, para implementação pelos Municípios do Programa Salvar de acordo com o Decreto nº 42.368. O Ministério da Saúde, em 29 de setembro de 2003, publicou as Portarias GM nº 1863 e 1864 que instituem e regulamentam a Política Nacional de Atenção às Urgências - SAMU 192. A partir da publicação dessas portarias o Ministério da Saúde definiu recursos orçamentários para a manutenção das bases de atendimentos Pré-hospitalar e Central de Regulação (art. 4º, parágrafo 1º, letras a, b, c, parágrafo 2º e parágrafo 3º da Portaria 1864/03); Na intenção de captar recursos oriundos da União, em dezembro de 2003, o Estado aderiu à Política Nacional de Atenção às Urgências, através da elaboração do Plano Estadual de Atenção às Urgências, submetido ao Conselho Estadual de Saúde e aprovado pela CIB (Comissão Intergestores Bipartite). Foi o Estado habilitado a receber repasses da União conforme Portaria nº

1860, de 11 de outubro de 2005, com efeitos financeiros a partir da competência agosto de 2005, para a manutenção do Programa que passou a ser denominado SALVAR/SAMU METROPOLITANO 192.

Com a estrita finalidade de CUMPRIR com o que determinam as portarias ministeriais em relação ao funcionamento do SAMU-192, o ESTADO buscou convênio com a AMLINORTE (Consórcio dos Municípios do Litoral Norte), com sede no município de Osório, para viabilizar a função de REGULAÇÃO DO ATENDIMENTO PRÉ-HOSPITALAR (APH). Saliente-se que, à época, era o único Consórcio de Municípios da Região Metropolitana, na qual iniciamos a atividade do SALVAR/SAMU METROPOLITANO – 192.

Enfatizamos, para que não restem dúvidas, que a função de Regulação da Assistência é de responsabilidade do Estado de acordo com as Portarias Ministeriais SAS 356, de 22/09/2002, GM 2048, de 05/11/2002, GM 1864, de 29/09/2003. O convênio com a AMLINORTE vem viabilizar esta obrigação do Estado através da contratação de profissionais cujas funções não existem no quadro funcional do Estado, ou seja, Médicos Reguladores, Telefonistas Auxiliares de Regulação Médica e Rádio-Operadores.

Considerando que o Convênio encerra-se em dezembro de 2006 e para que não haja solução de continuidade dos serviços, existe o compromisso dessa SES em encaminhar solicitação de contratação de empresa para prestação de serviços com o preenchimento dos cargos de Telefonista Auxiliar de Regulação Médica, Rádio Operadores e Técnico de Tecnologia da Informação, ficando desta forma implícito que, após efetivada a referida contratação, os recursos repassados ao convênio serão reduzidos proporcionalmente.

Remetido os autos administrativos à CELIC, esta requereu a juntada das Portarias citadas, bem como cópia do Plano de Cargos e Salários da Secretaria da Saúde.

Devolvido o expediente à Secretaria da Saúde, onde foi efetivada informação complementar, pelo mesmo agente público, nos seguintes termos (fls. 125):

Em atenção ao solicitado na informação AJURI – CELIC nº 0141-06 às fls. 31 e 32, informamos que:

Os serviços que estamos solicitando a contratação não estão baseados convênio firmado com a União, como cita a Dra. Marisa Serrano San Martin, segundo parágrafo da fl. 31.

Esclarecemos:

O Ministério da Saúde publicou as Portarias que já citamos no anexo II, a fl. 07, sendo que destacamos as Portarias MS/GM 1863/03 que institui a Política Nacional de Atenção às Urgências e a Portaria MS/GM 1864/03 que institui o componente Pré-hospitalar Móvel da Política Nacional de Atenção às Urgências.

No Artigo 6º da Portaria 1864/03, letra a, está definido os pré-requisitos e compromissos necessários a captação dos recursos federais à implantação do componente Pré-hospitalar Móvel previsto na Política Nacional de Atenção às Urgências.

a) Elaboração, formalização e apresentação de planos municipais ou regionais de atenção integral às urgências, articulados ao Plano Estadual de Atenção às Urgências, aprovados pelos respectivos Conselhos de Saúde e pela Comissão Intergestores Bipartite.

Portanto, para fazer jus aos repasses dos recursos federais, como definido no art. 4º, parágrafo 1º, letra 'c', da Portaria Ms/GM 1864/03, o Estado do Rio Grande do Sul elaborou, em dezembro de 2003, o Plano Estadual de Atenção às Urgências, aderindo assim à Política Nacional de Atenção às Urgências e capacitando-se a implantar o SALVAR/SAMU Metropolitano.

Quando citamos o Convênio, no anexo II, fl. 07, estamos nos referindo ao que foi firmado com o CIS-AMLINORTE (Consórcio Intermunicipal de Saúde da Associação dos Municípios do Litoral Norte), para a contratação de recursos humanos para a Central Estadual de Regulação e que, por força de decisão do Secretário Estadual de Saúde e do Chefe da Casa Civil, o mesmo não será renovado, razão pelo qual estamos solicitando a contratação de empresa para prestação de serviços, conforme o que consta no memorando interno 075/2006, na fl. 02, para substituir os profissionais que atuam na Central Estadual de Regulação.

Anexamos a legislação solicitada às fls. 35/124, esperando, assim, atender o que foi pedido.

Em continuidade, foi remetido o Expediente Administrativo à JUNCOR, onde foram solicitadas informações complementares. Ato contínuo, respondidas as informações solicitadas, findou a JUNCOR por exarar manifestação nos seguintes termos:

O presente expediente administrativo propugna pela instauração de procedimento licitatório, por intermédio da Central de Licitações - CELIC (fl.20), visando a contratação de prestação de serviços de rádio operador, telefonista auxiliar de regulação médica e técnico de tecnologia da informação para atuarem junto a Central Estadual de Regulação do Atendimento Pré-hospitalar/ Programa SALVAR-SAMU.

Preliminarmente cumpre esclarecer que, atualmente, o dever de prover os recursos humanos destinados à Central Estadual de Regulação (SALVAR/SAMU) compete a CIS-AMLINORTE, em decorrência de obrigação assumida no Convênio n. 046/2004, conforme o respectivo plano de trabalho.

A presente iniciativa e o convênio supracitado guardam estreita relação, dado que ambos versam sobre a contratação de recursos humanos para laborar na Central Estadual de Regulação.

Quanto à execução deste Convênio n. 46/2004 cumpre informar que o ERGS já repassou ao CIS-AMLINORTE a expressiva quantia de R\$ 4.228.000,00 em decorrência deste pacto. E, não obstante tenha a origem informado que o partícipe vem cumprindo com suas obrigações (fl. 138, in fine), a CAGE (Seccional da SES) comunicou, em reunião realizada no dia 25 de setembro de 2006, que não houve nenhuma prestação de contas desde a celebração do supracitado convênio. Relembra-se que a ausência de comprovação da boa e regular aplicação da parcela percebida por parte do conveniente caracteriza justa causa para a cessação da liberação da próxima parcela, conforme disposto no inciso I, do parágrafo 3, do artigo 116, da Lei n. 8666/93.

Destaque-se a existência de investigações policiais quanto à eventual desvio de recursos públicos provenientes da saúde e recebidos pelo consorcio intermunicipal – CIS AMLINORTE conveniente.

Registre-se que este expediente administrativo já esteve perante este Comitê quando foi lançada a Informação n. 0485/2006 (fls. 127/128) que solicitou esclarecimentos à origem.

Desta feita o expediente retorna contendo mais elementos que ora são analisados, em tópicos, tal como foram sistematizados por ocasião do questionamento:

- 1) A origem informa que embora não conste no Regulamento Técnico dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência ( Portaria nº 2048, de 05 de novembro de 2002, do Ministério da Saúde) a previsão da função de técnico de tecnologia da informação a origem sustenta a possibilidade desta contratação por entender ser indispensável ao funcionamento da Central Estadual de Regulação e sustenta que o respectivo gasto pode ser satisfeito com os recursos provenientes da Política Nacional de Atenção às Urgências.
  - 2) Perguntada quanto à similitude entre o objeto desta terceirização e as obrigações assumidas pelo Consórcio CIS-AMLINORTE. A origem informa que “a equipe contratada pelo consórcio CIS-AMLINORTE é constituída por Médicos, Telefonistas Auxiliar de Regulação Médica, Rádio-operadores e Técnicos de Informação, sendo que destes somente os médicos serão mantidos pelo consórcio até que seja efetivado concurso público em andamento, os demais serão contratados através deste processo” (fls.138).
- Desta forma a origem esclarece que atualmente a demanda está sendo atendida pelo consórcio conveniente.

...

Isto posto, antes de qualquer análise quanto ao dispêndio, cumpre seja averiguada:

- 1) A legalidade da terceirização pretendida sugerindo-se que a autoridade competente consulte a Procuradoria-Geral do Estado; eis neste expediente há controvérsia quanto à viabilidade jurídica desta terceirização. Acresça-se que a legalidade desta obrigação a ser assumida é pressuposto indispensável para a caracterização deste dispêndio como despesa pública;
- 2) Posteriormente, caso prospere esta iniciativa, o expediente deverá ser instruído com a cópia dos documentos que basearam a fixação do valor expresso ni item 03, do anexo I, do memorando interno n. 075/2006 de fl. 03, ou seja, devem ser juntadas as cópias do procedimento licitatório ou o concurso público realizado pelo município administrador do consórcio CIS-AMLINORTE para que conste neste expediente as fontes e parâmetros adotados para estimativa do valor médio a ser aplicado no supracitado item de modo a fornecer todos os elementos para aplicação do Decreto n. 44.450/2006.
- 3) Na seqüência o expediente deve ser encaminhado a prévio conhecimento da CAGE/Seccional Saúde.

Enviado à Assessoria Jurídica da Secretaria da Saúde, esta efetivou a juntada de cópia do convênio nº 046/2004 e aditivos, bem como sugeriu na remessa do expediente à Procuradoria-Geral do Estado, para análise e parecer.

É o relatório.

2. Trata-se de expediente administrativo onde se busca examinar a possibilidade de terceirização dos serviços de Radio Operador, Telefonista Auxiliar de Regulação Médica e Técnico de Tecnologia da Informação para atuarem na Central Estadual de Regulação do Atendimento Pré-hospitalar (APH) do Programa SALVAR/SAMU.

A questão da terceirização de serviços públicos, e seu alcance, é objeto de exaustivo debate na doutrina, sendo motivo de diversos estudos, muitas vezes com conclusões divergentes. Necessário, portanto, uma análise dos conceitos gerais do tema, a apropriação deste fenômeno, sua utilização no âmbito da Administração Pública e, finalmente, a delimitação do estudo ao caso concreto. Assim, para o correto entendimento da matéria e suas conclusões, o estudo será desenvolvido em tópicos conforme adiante seguem.

## 2.1 – Histórico da Terceirização e sua Conceituação

A Doutrina, de modo geral, é concorde que a terceirização surgiu da necessidade de grandes empresas em reduzir os custos e otimizar a qualidade dos produtos e a prestação dos serviços. Nesse sentido, caberia à empresa terceirizadora concentrar sua energia nas suas atividades principais, relegando a outras empresas especializadas a realização de determinadas atividades operacionais ou administrativas que a entidade entenderia passíveis de repasse a terceiros.

As primeiras empresas terceirizadas foram implementadas no Brasil com a chegada das montadoras de automóveis a partir de 1950 e, desde então, face às mudanças no mercado mundial, a terceirização vem tendo substancial desenvolvimento na sua busca pela redução de custos, aliada às questões de qualidade, eficiência, especialização e produtividade.

A doutrinadora Dora Maria de Oliveira Ramos, em sua obra “Terceirização na Administração Pública”, publicado pela LTr, São Paulo, ano de 2001, p.175, conceitua terceirização como “um método de gestão em que uma pessoa jurídica pública ou privada, transfere, a partir de uma relação marcada pela mútua colaboração, a prestação de serviços ou fornecimento de bens a terceiro estranho aos seus quadros”.

Já na definição de Jerônimo Souto Leiria, em sua obra “Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial”, Ed. Ortiz, Porto Alegre, ano de 1991, p. 79, é o “fenômeno consistente na contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro, para suas atividades-meio”.

Trata-se, portanto, do repasse ou entrega de certas atividades, efetivado de uma entidade para outra, o qual poderá ter o requisito da habitualidade ou não. Ainda, em se tratando de terceirização, a maioria da Doutrina entende que esta somente poderá ser efetivada com relação a serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, não podendo adentrar no campo de sua atividade-fim.

Entretanto, importante salientar que parte da Doutrina e da Jurisprudência, ainda minoritárias, defendem o entendimento de alargar as possibilidades de terceirização, em se tratando de empresas privadas ou públicas, atingindo a seara de algumas atividades-fim. Nesse sentido, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, em seu artigo “O Direito e a Terceirização da Economia”, publicado na Revista dos Tribunais, ano 82, fevereiro de 1993, vol. 688, p. 27 e seguintes, assim preleciona:

Ver-se-á adiante que a terceirização tem aumentado o campo de sua incidência, ingressando indubitavelmente na atividade-fim, dando margem, portanto, a novas considerações.

...

No entanto, tem-se noticiado a inclusão no rol da terceirização da pesquisa e da sub-contratação industrial de peças e componentes, inclusive com a globalização das fases de produção e comercialização nos âmbitos nacional e internacional, como nos faz lembrar os casos dos ‘carros mundiais’ e de outros produtos similares. Aí já se refere o processo a certas áreas pertencentes à atividade-fim, ficando negada a limitação que certos comentários colocam, como visto acima.

Já Sérgio Pinto Martins, em sua obra “A terceirização e o Direito do Trabalho”, Editora Malheiros, São Paulo, ano de 1995, observa que “não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir à atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição”.

Veja-se, ainda, Jurisprudência colacionada pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, a qual alarga as possibilidades de terceirização, estendendo-a as atividades-fim:

Terceirização. Atividade-fim. Mais do que superficial, d.v., é o critério diferenciador para a legitimação da terceirização, fulcrada sempre na atividade-meio, mas jamais na atividade-fim. Ora, atividade-meio é o único caminho a se alcançar o objetivo final. Inexiste, em qualquer processo produtivo, atividade-fim específica. O desenvolvimento da produção é composto de elos que se entrelaçam a formar a corrente final do objetivo negocial. Como fator de especialização a somar forças na obtenção de um resultado comum não se pode negar que a terceirização se dê, também, na atividade-fim, desde que em setor autônomo do processo produtivo. (TRT/RO/13812/93, 4ª T., Rel. Juiz Antonio Fernando Guimarães, publ. MG 12.02.94).

Necessário, portanto, adentrar nos conceitos de atividades-meio e atividades-fim, para bem equacionar a questão, conforme adiante desenvolveremos.

## 2.2 – Atividade-meio e Atividade-fim – Conceituação e Diferenciação no Âmbito da Iniciativa Privada

No artigo “Terceirização na Administração Pública”, publicado no ILC (Informativo de Licitações e Contratos) nº 131, de Janeiro de 2005, p. 54, o doutrinador Luís Bernardo Dias Costa pretende fazer uma delimitação dos termos atividade-fim e atividade-meio, manifestando-se no seguinte sentido:

Da leitura dos conceitos acima trazidos a lume verifica-se que a maioria dos Doutrinadores pátrios fixam que as atividades-meio podem ser objeto de transferência de uma empresa para outra, e, não necessariamente as atividades-fim.

Destarte, encontramos-nos num campo delicado, uma vez que a doutrina tem se manifestado de forma não convergente. Os estudos, cabe-nos frisar, desdobram-se em duas correntes de opinião conforme as lições de Wilson Alves Polônio ao abordar o tema *in verbis*:

‘Para alguns, a atividade-fim está relacionada à essencialidade do serviço, o que permitiria a conclusão absurda de que atividade-meio não seria essencial. Outros doutrinadores que a atividade-fim está intrinsecamente relacionada com o objeto social da pessoa jurídica, o que permitiria dizer, por outras palavras, que as demais atividades, ainda que ligadas indiretamente a seu objeto, e todas são, salvo casos específicos e isolados, não seriam caracterizadas como atividades-fim.’

Segundo o autor acima citado, a ele parece a segunda corrente mais coerente com os sistemas operacionais das empresas hoje adotados.

Já o Juiz do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, Dárcio Guimarães de Andrade, em artigo intitulado “Terceirização – Atividade-Fim e Atividade-Meio (Enunciado nº 331 do TST)”, publicado na Revista Ciência Jurídica do Trabalho nº 7, de julho/98, p. 10, assim preleciona quanto ao tema:

A ‘interpretação’ do Enunciado nº 331/TST, que, regra geral, não careceria de interpretação, por ter como finalidade dar término a uma dissensão jurisprudencial anterior, vem ensejando divergências quanto ao conceito de atividade-fim e atividade-meio.

Há uma conceituação *restritiva*, reputando como atividade principal apenas aquela ligada essencialmente ao objeto da empresa, e uma *ampliativa*, que leva em conta todo o processo produtivo da empresa e abrangência, por exemplo, serviços secundários como limpeza e segurança, reduzindo, ao mínimo, a possibilidade de terceirização amparada pelo Enunciado nº 331/TST. Para ARIO SAYÃO ROMITA o fenômeno da desconcentração empresarial teria lugar, por exclusão, no campo das atividades que não são primárias (agricultura, caça e pesca e florestas) nem secundárias (indústrias extrativas e de transformação, construção, obras públicas, água, gás, eletricidade, etc.). Assim, no setor terciário estariam presentes os serviços de distribuição, a administração pública e todas as atividades que não têm por objeto elaborar

uma produção física. (“A terceirização e o direito do trabalho”, Revista LTR, vol. 56, nº 3, março/92, p. 274).

O que se tem visto é que a terceirização tem aumentado o seu campo de incidência, e, sem sombra de dúvida, vem ingressando na atividade-fim das empresas. O conceito, pois, de atividade-fim e atividade-meio é, cada vez mais, o ponto decisivo para a apuração de fraudes.

O inc. III, do Enunciado nº 331/TST fala:

‘Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta’.

Segundo JOSÉ MARTINS CATHARINO (“Neoliberalismo e Seqüela”, Ed. Ltr, 1997, pp. 94/95) ‘não é fácil, em muitas situações, precisar o que seja atividade-meio, não bastando dizer que não é atividade-fim. Valendo-se da noção de causa, pode ser dito que atividade-meio é instrumental, necessária ao alcance da atividade-fim, a atividade última da empresa, nem sempre uma só’.

...

O objetivo da terceirização é, pois, a concentração de esforços na atividade final da empresa, definindo-se como atividade-fim aquela ligada diretamente ao núcleo da atividade empresarial, à finalidade precípua da empresa. Já atividade-meio é toda aquela que não se dirige propriamente ao núcleo da atividade da empresa, sendo apenas caminho para alcançar a atividade final, não importando que a natureza dos serviços revele a necessidade permanente do trabalho.”

Observe-se, portanto, pelos artigos transcritos, que, no âmbito do direito privado, busca-se delimitar as naturezas das atividades desenvolvidas pelas empresas, para após analisar-se a possibilidade de terceirização dos serviços.

### **2.3 – A Terceirização na Administração Pública – Relativização dos Conceitos de Atividade-meio e Atividade-fim no Âmbito da Administração Pública**

Adentra-se, nesse momento, no estudo do fenômeno na esfera da Administração Pública. Inicialmente, ao se usar o termo Terceirização, no âmbito do Direito Administrativo, é necessária a delimitação exata do seu conceito e alcance, bem como a correta determinação do sentido que a expressão estará sendo utilizada neste parecer. Observe-se que tem sido empregado o termo terceirização, em sentido lato, para designar as diversas formas de transferência de serviços e funções públicas para a atividade privada. Entretanto, no decorrer deste Parecer, o termo terceirização será utilizado em seu sentido estrito.

Nesse passo, a doutrina estabelece que a gestão dos serviços públicos pode ser efetivada em três estágios, quais sejam, gestão estratégica, gestão operacional e execução material do serviço.

Assim, o Estado pode gerir diretamente o serviço público quando mantém sob seu controle direto a gestão estratégica e a operacional. Da mesma forma, o

Estado pode decidir por repassar a gestão operacional do serviço e, conforme a sua conveniência, poderá optar pela criação de Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista encarregadas de prestar o serviço, bem como poderá, ainda, delegá-la a particulares mediante contrato, como ocorre nas concessões e permissões de serviço público.

Referidas transferências de gestão operacional também recebem a denominação de terceirização, no seu sentido lato, pois configuram delegação à iniciativa privada da gestão de serviços públicos.

Entretanto, a terceirização aqui objeto de exame, trata-se de terceirização em sentido estrito, ou seja, no caso em análise não existe a transferência da gestão operacional de um serviço público, a qual poderá ser repassada a particulares por meio de concessões e permissões. Trata-se de transferir ao particular uma atividade material, cabendo a este apenas executar o objeto do ajuste, sem exercer a delegação de qualquer poder decisório.

Vejamos adiante a correta conceituação da terceirização nos dois enfoques apontados, sendo, quanto a este aspecto específico, importante transcrever a doutrinadora Dora Maria de Oliveira Ramos, em sua obra “Terceirização na Administração Pública”, Editora LTR, São Paulo, ano de 2001, p.120/121, a qual bem delimita a questão:

A gestão de serviços públicos pode se dar diretamente pelo Estado, o que ocorre quando os dois primeiros níveis de gestão acima referidos estão nele concentrados.

Como visto no item 6, acima, como técnica de administração, o Poder Público pode repassar a gestão operacional do serviço mediante a criação de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista encarregadas de prestar o serviço (descentralização por serviços) ou pode delegá-la a particulares mediante contrato, como ocorre nas concessões e permissões de serviço público (descentralização por colaboração).

As transformações sofridas pelo Estado contemporâneo têm incentivado a transferência para o setor privado da gestão operacional de uma série de serviços públicos anteriormente atribuídos em caráter exclusivo ao Estado. A concessão de serviços é instrumento jurídico que tem sido utilizado como forma de delegação à iniciativa privada da gestão de serviços públicos.

Essa modalidade não se confunde com os contratos de prestação de serviço terceirizados, ora em estudo, justamente porque, nestes, o contratado não exerce poderes próprios de gestor do serviço público, limitando-se a prestar a atividade material avençada em nome do Poder Público, sob sua orientação. Nenhuma margem de poder decisório é delegada ao particular, que se circunscreve a executar o objeto do ajuste.

Por fim, importa marcar a nítida diferença existente entre terceirização e concessão. Enquanto nesta, como já enfocado, reiteradas vezes, o concessionário é o gestor operacional do serviço público, prestando-o em seu próprio nome, na terceirização o contratado é mero executante da prestação material específica que lhe foi atribuída pelo gestor operacional. A execução do serviço dá-se em nome desse gestor. A forma de remuneração é outro traço marcante da distinção a ser estabelecida. Enquanto na concessão a remuneração devida ao

concessionário é diretamente paga pelos usuários do serviço, na terceirização o gestor operacional é quem remunera o contratado.

Além desses aspectos, dois outros traços distintivos são apontados: quanto ao objeto, que na concessão é um serviço público em sua inteireza, enquanto na terceirização é uma atividade específica, um segmento do serviço prestado; e quanto ao poder de intervenção na empresa concessionária, que existe na concessão de serviço público como garantia da efetiva e adequada prestação do serviço, conforme previsto na Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, artigos 32 a 34. Na terceirização, o Poder Público, ao rescindir o ajuste, detém tão-só as prerrogativas do artigo 80 da Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993: assunção imediata do objeto do contrato; ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; execução da garantia contratual e retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos.

E mais adiante, na mesma obra antes ditada, p. 122:

Tomado em uma acepção ampla e imprecisa, muitas vezes tem sido adotado o termo “terceirização”, no contexto da reforma do Estado, para representar variadas formas de introdução do particular na prestação de serviços públicos. Em sentido ampliado, sempre que o serviço público seja prestado com o auxílio de terceiro estranho aos quadros públicos, fala-se, genericamente, em terceirização. Assim, também a concessão de serviços seria uma forma de “terceirizar”. É o caso, ainda, das diferentes técnicas que as transformações do Estado têm introduzido, como a gestão de serviços públicos pelas organizações sociais ou as cooperativas de saúde implantadas no município de São Paulo sob a denominação de PAS – Programa de Apoio à Saúde. Em todos esses exemplos, o Poder Público transfere a gestão do serviço a um gestor operacional, circunstância que a diferencia da terceirização no conceito restrito que é o objeto deste estudo.

A terceirização de que ora se cogita, ou seja, em sentido estrito, é aquela em que o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa de Poder Público. Não se cuida de transferência de gestão do serviço público, mas de mera prestação de serviços.”

Esclarecido o âmbito de incidência da expressão terceirização no presente estudo, importa determinar quais seriam as atividades com possibilidade de terceirização no âmbito da Administração.

Como ponto nevrálgico para a análise do tema, é necessário registrar que a Administração Pública encontra-se norteadada pelo Princípio da Legalidade, ou seja, o dever de respeitar os princípios e normas que regem o nosso sistema jurídico, em especial as normas previstas na Constituição Federal. Trata-se de princípios e regras de observância obrigatória para toda a Administração Pública.

Nesse aspecto, ressalta o disposto no artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal, cuja redação possui o seguinte teor:

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 211-233, jul./dez. 2007*

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:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Na análise do dispositivo citado, depreende-se que inexistente amparo legal, no âmbito da Administração Pública, para a terceirização através de contrato de prestação de serviços que são próprios de servidores públicos.

Entretanto, a própria Constituição Federal também admite a possibilidade de ser adotada, pela Administração Pública, a terceirização, na forma do verdadeiro contrato de prestação de serviços, uma vez que a aceita, no inc. XXI do mesmo artigo 37, conforme redação adiante transcrita:

Art. 37 – ...

...

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Lei 8666/93, ao estabelecer normas para as licitações e contratos da Administração Pública, apresenta a devida regulamentação deste dispositivo constitucional, lá conceituando como serviço, em seu artigo 6º, inc. II, toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. Trata-se de definição somente exemplificativa.

Importa, portanto, definir, precisamente, quais as atividades dentro da Administração Pública que podem e/ou devem ser repassadas às entidades privadas, ou seja, terceirizadas, e quais aquelas que tem que ser exercidas obrigatoriamente por servidores públicos.

Surge, assim, a problemática da conceituação de atividades-meio e atividades-fim, extraídas da iniciativa privada e a possibilidade de sua utilização no âmbito da Administração Pública. Neste aspecto, a doutrina relativiza os conceitos utilizados na iniciativa privada, inserindo outras questões, em se tratando de

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 211-233, jul./dez. 2007*

Ente Público, buscando delimitar os conceitos específicos do Direito Público para determinar quais as atividades que podem ser repassadas a terceiros no campo do direito administrativo.

Inicialmente, cumpre destacar que os doutrinadores estabelecem a existência de um núcleo composto por atividades essenciais, as quais devem permanecer sob a gerência do Poder Público. Esse núcleo não admite quer a delegação de gestão, quer a delegação da execução, enquanto todo harmônico, por particulares.

Trata-se do denominado 'núcleo central do Estado', que envolve atividades como justiça, segurança interna (policimento) e externa (forças armadas), atividades que impliquem restrição de direitos (Poder de Polícia). Além dessas atividades, a doutrina estabelece a categoria de atividades estratégicas, as quais, embora não inseridas no 'núcleo central do Estado', se incorporaram às necessidades de interesse público que devem ser satisfeitas pelo Poder Público. São as atividades de saúde, educação, saneamento básico, transporte, fornecimento de energia elétrica, telecomunicações.

E finalmente, as outras atividades de caráter acessório, necessárias para o funcionamento da máquina administrativa, tais como atividades burocráticas de apoio realizadas nas repartições públicas.

Nesse sentido, Dora Maria de Oliveira Ramos, em sua obra já anteriormente citada, p. 123 e seguintes, assim refere:

No âmbito da empresa privada ganha destaque a discussão sobre atividade-meio e atividade-fim com o objetivo de delimitar a terceirização considerada lícita ou ilícita pelo direito do trabalho. Como visto, a empresa privada é regida pelo princípio da legalidade na forma delineada pelo artigo 5º, inc. II, da Constituição Federal, na medida em que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Assim é possível ao particular fazer tudo o que não lhe é vedado pelo ordenamento jurídico. Em conseqüência, ainda que a empresa privada terceirize sua atividade-fim, adotando a terceirização que a doutrina e os tribunais trabalhistas têm denominado de ilícita, sua conduta será juridicamente irrelevante se não forem descumpridos os direitos sociais dos trabalhadores envolvidos no contrato. Trazendo a discussão para o campo do direito administrativo, importa identificar as atividades-meio e atividades-fim do Estado, avaliando se a terceirização reputada 'ilícita' quando realizada pela empresa privada, mas não contestada pelo ordenamento jurídico se respeitados os direitos trabalhistas, pode ser aceita no seio do setor público. Isto é, poderá o poder público terceirizar sua atividade-fim?

Há quem identifique a atividade-fim do setor público como a prestação de serviços públicos. Dessa forma, as atividades diretamente direcionadas aos administrados são as atividades-fim da Administração Pública, em justaposição às atividades-meio, relativas à organização interna da administração, que são instrumentais à realização das primeiras. Exemplos de atividades-fim são o ensino, o atendimento médico-hospitalar, a pavimentação das ruas e a coleta de lixo. Exemplos de atividades-meio são os serviços contábeis, de arquivo etc.

Nessa linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto reserva para a privatização das atividades-fim do Estado os instrumentos de concessão, permissão, autorização, convênios, consórcios, acordos de programa ou outros acordos atípicos. A terceirização estaria circunscrita a viabilizar a parceria com o setor privado das atividades-meio do Poder Público, sendo formalizável apenas por contrato administrativo. Juarez Freitas, na mesma linha de raciocínio, ao diferenciar as concessões e permissões de serviço público dos contratos de prestação de serviços, aponta como traço distintivo entre as duas formas contratuais além do modo de remuneração, a finalidade desses contratos de prestação de serviço, voltada exclusivamente para a execução de atividades-meio. Dessa forma, o atendimento de atividades-fim da Administração Pública por meio desses contratos seria inconstitucional.

E mais adiante, segue a doutrinadora, na obra citada, p. 126:

Vê-se, pelo exposto, que no âmbito do estudo da função pública é pertinente a discussão relativa à atividade-meio ou atividade-fim a partir de uma visão ampla do problema, tomando-se como parâmetro a totalidade das funções do Estado. Assim, a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim mostra-se pertinente no direito administrativo, na medida em que é imprescindível discutir se a terceirização poderá atingir, no âmbito do Estado, as atividades que constituem o cerne de sua existência.

A questão tem sua importância relativizada, no entanto, se, à semelhança do que acontece no setor privado, a discussão ficar restrita à atividade-meio ou atividade-fim de um específico órgão ou entidade pública. A razão da criação de determinado órgão ou entidade, com a delimitação das funções a serem exercidas, é fixada pelo instrumento normativo que lhe dá vida. O poder Público, a toda evidência, coroando o princípio da legalidade, base de sustentação do Estado de Direito, não poderá afastar-se das diretrizes fixadas pela lei. **Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade.**

Exemplifica-se. Como visto anteriormente, uma fundação pública encarregada de produzir e distribuir remédios a órgãos e entidades de saúde pública pode contratar laboratórios privados para, em complementação à atividade de sua competência, produzir os remédios necessários ao atendimento da demanda do setor público.

O doutrinador Marcos Juruena Villela Souto, em seu livro “Direito Administrativo das Concessões”, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, ano de 2004, 5ª edição, p. 331, assim resume a questão:

A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido por um servidor selecionado por concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas

do Poder Público, notadamente as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso de força ou independência no controle podem (e, muitas vezes, devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime celetista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador do serviço).

De outra banda, determinada a diferenciação entre atividades essenciais e atividades complementares na administração, cumpre ressaltar que a maioria da Doutrina está consentânea quanto à impossibilidade de terceirização que tenha por objeto um serviço público como um todo. Ocorre que a prestação do serviço público como um todo incumbe ao poder público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão a particulares, não se confundindo com a locação de serviços da Lei 8.666/93.

Na terceirização o prestador do serviço é simples executor material, sendo que o Poder Público é o responsável direto pelos serviços. Assim, é permitida a participação de instituições privadas de forma complementar, afastada a possibilidade de efetivação do serviço como um todo, de modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Poderá, em síntese, ser transferida apenas a execução material de determinadas atividades acessórias, mas não a gestão operacional do serviço prestado.

Nesse aspecto, Maria Silvia Zanella Di Pietro, em sua obra “Parcerias na Administração Pública”, Editora Atlas S.A, São Paulo, ano de 2002, 4ª edição, p. 183, assim sintetiza a questão:

A partir dessa distinção pode-se concluir que a gestão estratégica incumbe sempre à pessoa jurídica pública titular do serviço; não se transfere nem mesmo pela concessão de serviço público. A gestão operacional e a gestão material podem ser transferidas ao concessionário ou permissionário do serviço público. No contrato de prestação de serviços, o objeto do contrato é apenas a gestão material da atividade.

Conclui-se, portanto, que a terceirização não poderá abarcar atividades estratégicas do Estado, bem como não poderá se referir à totalidade de um serviço público, mas apenas a atividades complementares e acessórias.

#### **2.4 Exame da Possibilidade de se Efetivar a Terceirização Através da Extinção de Cargos Públicos Já Existentes na Máquina Administrativa.**

Enfrentadas as questões de que a terceirização não poderá abarcar atividades estratégicas do Estado, bem como não poderá se referir à totalidade de um serviço público, mas apenas a atividades complementares e acessórias, cumpre

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 211-233, jul./dez. 2007*

delimitar o aspecto referente a possibilidade de extinção de cargos públicos previamente criados visando a transferência dessas atividades à iniciativa privada. Ou seja, qual o alcance da discricionariedade do Poder Público quando entende de terceirizar determinada atividade que antes era prestada por servidores públicos.

Nesse aspecto, esclareça-se que os contratos de terceirização que tenham por objeto o desempenho de atividades já elencadas no plano de cargos e salários do órgão público, importam em burla à exigência constitucional do concurso público e, portanto, não podem ser objeto de contratação. Esse entendimento vem sendo sufragado pelo Tribunal de Contas da União, ao determinar a suspensão de contratações e licitações destinadas à contratação de mão-de-obra por meio de empresas prestadoras de serviço que deveriam prestar atividades já existentes e previstas no plano de cargos e salários da instituição.

Assim, surge o questionamento quanto aos limites do poder discricionário do Administrador, no momento em que este entende de extinguir os cargos públicos existentes e transferir a execução de determinada atividade, considerada acessória, a terceiros.

Nesse sentido, voltamos a nos socorrer da doutrinadora Dora Maria de Oliveira Ramos, na mesma obra anteriormente citada, p. 133/135:

A Lei 8666, de 1993, instituidora de normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, é também o diploma legal autorizador da contratação junto a terceiros de serviços necessários ao desenvolvimento das atividades administrativas.

Ocorre que, a despeito dessas normas de autorização genérica, a terceirização estará, a princípio, vedada se existirem dentro da organização administrativa do órgão ou entidade pública cargos criados para o exercício daquelas atividades passíveis de terceirização.

Essa restrição ao processo terceirizante, sempre que as atividades repassadas se confundirem com as atribuições de cargos permanentes, é reconhecida pelo Decreto nº 2.271/97, art. 1º, § 2º, sendo a posição consagrada pelo Tribunal de Contas da União.

...

A Constituição Federal prevê que a investidura em cargos e empregos públicos deve se dar por meio de concursos públicos (art. 37, II). Daí porque muito se diz que a terceirização por vezes encerra forma de burlar o princípio constitucional, ao ensejar que pessoas físicas não concursadas desempenhem função pública.

A questão merece ser melhor aclarada para que não se incida em equívocos frequentes, que turvam a perfeita compreensão do problema. Não se cuida de reduzir a questão, como querem alguns, à singeleza óbvia de dizer que o concurso público se destina à contratação de pessoas físicas, que serão investidas no cargo ou emprego, não sendo apropriado à contratação de serviços a serem executados por pessoas jurídicas.

A exigência constitucional de realização de concurso para provimento de cargos e empregos públicos faz-se presente sempre que dada atividade da Administração tiver de ser satisfeita por meio do preenchimento, em caráter permanente, dos quadros funcionais do Poder Público. Terá havido, então, a

opção do legislador de criar cargo ou emprego no seio do órgão ou entidade, que apenas poderão ser providos mediante concurso público.

A criação de cargos e empregos públicos, tanto na Administração Direta quanto na autárquica, dá-se por meio de lei, nos termos de expresso mandamento constitucional (artigo 48, X, e 61, § 1º, II, a). Sua extinção ou declaração de desnecessidade, por via de consequência, dado o paralelismo das formas, também necessita de lei para operar (art. 48, X, da CF).

Algumas atividades, pela sua relevância intrínseca para o interesse da coletividade, devem ser realizadas por servidores de carreira, nos termos do que a lei dispuser.

Assim, se a lei criou cargos ou funções para ser preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico, que lhes impõe direitos e obrigações necessários à salvaguarda da coletividade. Dessa forma, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar vagos aqueles cargos, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades.

Não poderá o administrador, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, havendo cargo criado, deixar de provê-lo mediante a realização de concurso público, com a intenção de terceirizar as funções a ele inerentes. Também não poderá a Administração, tratando-se de atividade inserida no núcleo fundamental, deixar de criar os cargos e empregos necessários à execução dos trabalhos para contratá-los com terceiros estranhos aos seus quadros.

**Pode se dar, no entanto, que inexistam cargo ou emprego criado na estrutura administrativa para execução de atividades não coincidentes com o núcleo exclusivo do Estado. Ou poderá mesmo ocorrer que, por decisão do legislador, tenha havido a declaração de desnecessidade do cargo ou a sua extinção. Nessas hipóteses, poder-se-á cogitar da terceirização da atividade, desde que observados, dentre outros os princípios da economicidade e moralidade. Economicidade porque não se poderá admitir que extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, sejam os seus ocupantes colocados em disponibilidade remunerada para contratação de terceiros, o que oneraria duplamente os cofres públicos. Moralidade porque não é admissível que a terceirização seja adotada como forma de favorecimento de interesses privados, burlando a impessoalidade que deve nortear os atos da Administração.**

Já o doutrinador Marcos Juruena Villela Souto, na mesma obra antes citada, p. 342, assim se manifesta, em posição que defende a ampla discricionariedade do administrador:

Em pronunciamentos anteriores já me manifestei no sentido de que a administração tanto pode se valer da criação de cargos ou empregos públicos – CF, art. 37, I e II – ou da contratação administrativa de empresas especializadas na prestação de serviços lícitos – CF, art. 37, XXI, Lei nº 8666/93, art. 6º, inc. II, e Código Civil, art. 1216. Ambas as opções têm sede constitucional, não se presumindo, pois, burla na opção discricionária, constitucionalmente assegurada ao Chefe do Poder Executivo no exercício da função de direção superior da Administração Pública.

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 211-233, jul./dez. 2007*

É cediço que, se a todo cargo ou emprego corresponde uma função, a reciprocidade não é verdadeira, já que não existem cargos ou empregos que correspondam a todas as funções que tendam às necessidades da administração, sejam permanentes ou temporárias. Para essas situações, abre-se a citada opção discricionária, pela via legislativa, da criação ou ampliação do número de cargos e empregos públicos, ou pela via administrativa, da contratação de pessoas físicas ou jurídicas especializadas em funções para as quais não haja o correspondente cargo ou emprego ou quando estes não existam em número suficiente.

Finalmente, o doutrinador Carlos Pinto Coelho Motta, em seu artigo “Terceirização e Funcionalização: Conflito ou Complementaridade”, publicado no Boletim de Direito Administrativo nº 12, p. 799/807, ano de 1997, assim observa:

A extinção de cargos tem-se constituído em uma praxis estabelecida na Administração Pública. O instituto da extinção de cargos, visto em nível histórico e constitucional, figurou na Constituição de 1967, art. 99; na Emenda nº 1, de 1969, art. 100; e hoje consta do citado § 3º do art. 41 da Carta de 1988. Dentre os atos do Executivo que o mencionam, citem-se os Decs. Federais nºs 65.871/69 e 99.304/90. Decorre de juízo de conveniência da própria Administração, embora vinculado à lei (Constituição Federal, arts. 48, X, e 84, XXV). Confirma-o a jurisprudência: Mandado de Segurança nº 21.227, RTJ, vol. 149, p. 796; e Parecer CR/AA 60/90, da Consultoria Geral da República, DOU de 6.11.90.

Há diferença prática e conceitual entre extinção de cargos e a simples declaração de sua desnecessidade, embora ambos os institutos decorram de ato de mérito, em si incompatível com o arbítrio, sendo indispensável a motivação.

E mais adiante, no mesmo artigo antes citado:

Simplificam-se e flexibilizam-se, portanto, as práticas mais consagradas no serviço público brasileiro, admitindo-se já a extinção total ou parcial de cargos públicos no âmbito das instituições federais (§ 2º do art. 1º do Dec. Nº 2.271/97) aliada à promoção da execução indireta de atividades ‘materiais, acessórias, instrumentais ou complementares’...

Pelo exposto, entende-se cabível o posicionamento de que se poderá proceder, **sempre através de lei**, na extinção de determinados cargos existentes dentro da estrutura organizacional do ente, transferindo essas atividades de caráter acessório para empresa prestadora de serviço, **através da competente licitação**, desde que: a atividade a ser delegada não se enquadre entre aquelas do núcleo essencial do Estado; não se trate da transferência da totalidade do serviço prestado mas apenas de parte acessória deste; seja esse o entendimento discricionário da administração devidamente motivado, observados os princípios da eficiência, da moralidade e da economicidade.

Observe-se, finalmente, que a motivação, segundo Alexandre de Moraes, em sua obra “Constituição do Brasil Interpretada”, Ed. Atlas, São Paulo, ano de

2002, p. 796, compreende “a narrativa escrita dos fatos ensejadores de sua prática (motivos de fato), suas razões jurídicas (motivos de direito) e a demonstração de pertinência lógica entre ambos os motivos, de modo a garantir-se a plena possibilidade de controle de sua validade”.

## **2.5 – Delimitação da Função Exercida nos Cargos que se Pretende Terceirizar como Atividade Principal ou Acessória no Âmbito da Administração Pública**

Conforme afirmado no processo administrativo, o Programa Salvar é parte integrante do SUS. Afirmado, ainda, que as atividades que se pretende terceirizar (radio operador, telefonista auxiliar de regulação médica e técnico de tecnologia da informação) são diversas daquelas previstas no Quadro da Secretaria Estadual de Saúde (fls. 139), concluindo-se, tendo em vista o afirmado pela autoridade administrativa, que, em princípio, **inexistia cargo ou emprego criado na estrutura administrativa para execução das específicas atividades que aqui se examina.**

Trata-se, portanto, de hipótese diversa daquela desenvolvida no tópico 2.4 antes transcrito, o qual discorre acerca da possibilidade de extinção de cargo público criado e posterior terceirização. O presente caso concreto refere-se à atividade peculiar, onde inexistente cargo ou emprego criado na estrutura administrativa para sua execução, donde poder-se-á cogitar da terceirização destas atividades desde que não coincidentes com o núcleo exclusivo do Estado e desde que observados, dentre outros os princípios da economicidade e moralidade.

Saliente-se que o disciplinamento constitucional da matéria referente à saúde encontra-se inserido no capítulo II, da Constituição Federal, titulado “DA SEGURIDADE SOCIAL”, o qual por sua vez encontra-se situado no título VIII – DA ORDEM SOCIAL.

Marcos Juruena Villela Souto, na sua obra já anteriormente citada, p. 357, no capítulo “Terceirização e Ordem Social”, assim se manifesta ao examinar a forma como o particular poderá prestar os serviços elencados sob o Título VIII da Constituição Federal – Da Ordem Social:

Outra crítica à terceirização poderia decorrer do fato de o art. 175, CF, mencionar que a execução, não sendo direta (Lei nº 8666/93, art. 6º, VII, i.e., a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios), só poderia ser feita através de concessão ou permissão, sujeita, pois, à Lei nº 8.987/95.

Ocorre que quando se fala em ‘meios próprios’, não se quer dizer, apenas, pessoal próprio, mas também, recursos próprios, tecnologia própria, equipamentos próprios e, mais importante, direção e risco próprios. A concessão ou permissão cabem quando há transferência desse conjunto de atribuições. Ademais, a concessão ou a permissão só são utilizadas em parcerias com particulares atraídos por uma atividade lucrativa, o que envolveria a utilização de uma tarifa cobrada dos usuários do serviço que, em regra, têm recebido

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 211-233, jul./dez. 2007*

gratuitamente tal serviço (embora a gratuidade não seja um imperativo constitucional para os serviços de saúde). Se o serviço não é explorado com tal característica, de ser atividade econômica, inserida no título VII da Constituição, 'Da Ordem Econômica e Financeira', mas sim como uma atividade social - Título VIII da Constituição, 'Da Ordem Social' -, não deve ser explorado sob o regime de concessão e permissão, mas, nem por isso, fica a Administração impedida de obter outra forma de cooperação da iniciativa privada. Em síntese, a modelagem da prestação do serviço, centralizada ou descentralizada, e a técnica de descentralização, para a Administração indireta, por convênio, concessão, permissão ou terceirização, é que vai definir se ele comportará ou não exploração comercial e/ou transferência de gestão. Há aspectos políticos, técnicos e econômico-financeiros nesta opção."

Analisando-se a finalidade do programa proposto, depreende-se que compete ao Estado do Rio Grande do Sul regular o atendimento pré-hospitalar e internações e procedimentos ambulatoriais na esteira da Política Nacional de Atenção às Urgências a ser implantada em todas as unidades federadas. Trata-se de programa de âmbito nacional, cujas competências encontram-se distribuídas entre a União, os Estados e os Municípios. Percebe-se, portanto, que a atividade engloba diversos e variados aspectos e, no caso, concreto, pretende-se a terceirização de parte das atividades de competência estadual, atividades estas complementares à prestação de saúde, no âmbito das urgências.

Especificamente com relação aos serviços de saúde a serem prestados pelo Poder Público, no âmbito do SUS, a Constituição Federal expressamente admitiu, em seu artigo 197, a possibilidade de sua terceirização. Senão, vejamos:

Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Nesse aspecto, vamos nos socorrer novamente do doutrinador Marcos Juruena Villela Souto, obra já citada, p. 360, quando trata especificamente da possibilidade de terceirização em serviços de saúde:

Cabe falar, ainda, da moderna opção pela administração hospitalar e gerenciamento privado dos hospitais públicos.

Como dito, um Programa de Reforma do Estado vai além das privatizações e concessões; a estrutura e o papel do Estado, em especial da Administração Pública, são repensados como um todo; isto implica movimentar setores que, até então, nunca deveriam deixar de ser conduzidos diretamente pela máquina estatal; é o caso da educação e da saúde. Neste contexto, há que se colocar que a premissa da Reforma é de que as estruturas estatais devem se conservar em atividades em que seja indispensável o uso do poder de império, descentralizando os demais deveres em cumprimento ao princípio da livre iniciativa. O esgotamento do modelo de financiamento público de todos os interesses da sociedade atingiu em cheio o setor da Seguridade Social, que abrange a

previdência, a saúde e a assistência. Sem recursos, a solução é repensar benefícios, a fim de mantê-los equilibrados com as receitas, e pugnar pelo aporte de capitais privados, com apoio no princípio da subsidiariedade (segundo o qual a sociedade só transfere para os Poderes Públicos aquelas competências que ela não consegue, por sua própria iniciativa, realizar).

Traçando-se um paralelo com o assunto ora em estudo, trata-se, neste caso, também de examinar a possibilidade de terceirização de um serviço de saúde no âmbito do SUS. Neste aspecto, pretende-se terceirizar apenas as funções complementares, tais como Telefonista, Técnico de Manutenção de Sistemas e Rádio-operador, sendo que a função de Médico Regulador será provida, conforme informação nos autos, através de criação de cargo público e competente efetivação de concurso público. Assim, a possibilidade de terceirização do serviço ganha robustez.

Examinando-se os requisitos necessários a possibilitar a terceirização, têm-se que os serviços de Telefonista, Rádio-operador e Técnico de Manutenção de Sistemas são complementares e auxiliares à atividade essencial exercida pelo médico-regulador. Além disso, não se trata de transferir a totalidade do serviço prestado pela Administração, cuja atividade principal é de regular o atendimento pré-hospitalar móvel, mas de complementar de forma parcial o cumprimento das atividades com a prestação de serviços acessórios ao bom desempenho da função.

Nesse aspecto, observando-se a abertura pretendida pela Constituição Federal, ao possibilitar a terceirização desses serviços, bem como a necessidade de se bem regular o atendimento às urgências e, ainda, frente a realidade relatada, de dificuldades de controle com as verbas utilizadas no convênio então em vigor, entende-se que o dever do Poder Público, neste caso, é prestar o serviço de forma mais próxima, com um maior controle sobre os valores gastos e o teor do serviço executado.

Presentemente, ganha relevo o princípio da eficiência, o qual segundo Alexandre de Moraes, na obra já anteriormente citada, p. 787, “é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e **garantir maior rentabilidade social.**” (grifou-se)

Surgem, portanto, como características do princípio da eficiência, as quais devem ser devidamente analisadas pelo Administrador Público ao motivar o seu ato, o direcionamento da atividade à efetividade do bem comum, a imparcialidade, a neutralidade, a transparência, a aproximação dos serviços públicos da população, a eficácia, a desburocratização e a busca da qualidade.

Ainda, deverá ser sopesado pelo administrador, para a correta motivação do ato administrativo a ser realizado, a comprovação do devido respeito aos

demais princípios apontados constitucionalmente, tais como, o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da economicidade.

Atente-se ao observado pelo doutrinador Marcos Juruena Villela Souto, obra já citada, pág. 358, ao estabelecer os cuidados que devem ser tomados pelo Administrador na terceirização de serviços sociais:

É claro que a terceirização deve envolver cuidados, especialmente no que concerne à moralidade administrativa; deve abranger serviços específicos, não sendo meio de se alocar toda e qualquer mão-de-obra na estrutura estatal; deve ser vantajosa (economicidade) em relação à manutenção de um quadro permanente, sendo certo que tal vantagem não é apenas a financeira, mas principalmente, a técnica, viabilizando a contratação de especialistas de fora da Administração; o preço deve ser global, abrangendo o complexo de materiais e recursos humanos, não devendo a Administração intrometer-se nos critérios internos de remuneração ou de divisão de tarefas, mas, tão-somente, exercer um controle finalístico, sendo legítimo exigir um padrão de qualidade, tal como uma experiência e/ou formação mínima dos profissionais envolvidos, e um resultado, em termos de produtividade, por exemplo (número de atendimentos, permanência mínima no hospital, etc.)

Por todo o exposto, entende-se cabível a efetivação de licitação para a contratação dos serviços por terceiros, tendo em vista que se tratam de serviços acessórios, diversos da finalidade principal da entidade, desde que devidamente justificado pelo Administrador e respeitados os princípios apontados constitucionalmente, tais como, o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, de eficiência e da economicidade.

Finalmente, deverá o Administrador atentar para a específica questão da contratação de Técnico de Tecnologia da Informação. Trata-se de prestação de atividade acessória que, como antes desenvolvido, pode ser terceirizada. Entretanto, conforme já apontado pela JUNCOR, não consta no Regulamento Técnico dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência (Portaria nº 2048, de 05 de novembro de 2002, do Ministério da Saúde) a previsão da função de técnico de tecnologia da informação. Deverá a origem, portanto, efetivar a devida justificativa comprovando: a necessidade do serviço; que o serviço não poderá ser efetivado pelos técnicos em informática que porventura atuam na Secretaria da Saúde; que o gasto da contratação de referidos técnicos pode ser satisfeito com os recursos provenientes da Política Nacional de Urgências.

## **2.6 – A Questão da Terceirização de Serviços no Âmbito do Poder Público e o Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho**

Cumpra referir ao Administrador Público, para seu conhecimento e ponderação quando da tomada de decisões, que existe discussão, com grande divergência entre os doutrinadores, acerca da responsabilidade pelos débitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, quando da utilização da terceirização de

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 211-233, jul./dez. 2007*

serviços pelo Poder Público, na hipótese em que o particular prestador dos serviços deixa de honrar com suas responsabilidades contratuais e legais.

Na seara do Direito do Trabalho, prevalece o entendimento de que a Administração Pública é responsável subsidiariamente, nos casos em que a empresa por ela contratada para prestar os serviços descumpri-los, uma vez que a Resolução nº 96/2000 alterou o Enunciado nº 331, exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho, inserindo, no item IV, os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Vejamos os termos do Enunciado nº 331:

**Nº 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.**

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8666, de 21.06.1993).

De outra banda, os que professam entendimento diverso, qual seja, pela impossibilidade do Poder Público responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, estribam seu entendimento no disposto no artigo 71 e seus parágrafos, da Lei nº 8666/93, os quais regulamentaram os contratos administrativos celebrados pela Administração e expressamente afastaram esta possibilidade, com exceção dos encargos previdenciários onde resta reconhecida a responsabilidade solidária da Administração Pública.

### 3. CONCLUSÃO.

I – No âmbito da iniciativa privada vigoram, para exame da possibilidade de implementação da terceirização de serviços, os conceitos de atividade-meio e atividade-fim da empresa.

II – Alguns doutrinadores já estão entendendo que a terceirização poderá atingir, inclusive, atividades-fim da empresa.

III – Na seara do serviço público, os doutrinadores utilizam a conceituação de atividades principais e atividades acessórias da administração.

IV – A terceirização não poderá abarcar atividades estratégicas do Estado, bem como não poderá se referir à totalidade de um serviço público, mas apenas a atividades complementares e acessórias.

V – Poderá se proceder, **sempre através de lei**, na extinção de determinados cargos existentes dentro da estrutura organizacional do ente, transferindo essas atividades de caráter acessório para empresa prestadora de serviço, **através da competente licitação**, desde que: a atividade a ser delegada não se enquadre entre aquelas do núcleo essencial do Estado; não se trate da transferência da totalidade do serviço prestado mas apenas de parte acessória deste; seja esse o entendimento discricionário da administração **devidamente motivado**, observados os princípios da eficiência, da moralidade e da economicidade.

VI – No presente caso, pelas informações juntadas, desnecessário se efetivar a extinção de cargos existentes, tendo em vista que, conforme afirmado pela origem, **inexiste cargo ou emprego criado na estrutura administrativa para execução das específicas atividades que aqui se examina.**

VII – Tratando-se de serviços a serem efetivados no âmbito do SUS, em que a Constituição Federal expressamente admitiu (artigo 197) a possibilidade de terceirização dos serviços, entende-se possível a efetivação de licitação para a contratação dos serviços por terceiros, uma vez que se tratam de serviços acessórios, desde que seja esse o entendimento discricionário da administração **devidamente motivado** e sejam observados os princípios da eficiência, da moralidade e da economicidade.

VIII – Deve ser objeto de conhecimento e reflexão pelo Administrador, quando proceder a sua opção discricionária, a divergência doutrinária e Jurisprudencial desencadeada pelo Enunciado n° 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Porto Alegre, 27 de Outubro de 2006.

*Joline Baldwin Erig Weiller*  
Procuradora do Estado  
Ref. Exp. Adm. n° 0058823-2000/06-4

#### **Processo n.º 058823-20.00/06-4**

Acolho as conclusões da PARECER n.º 14.653, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora JOLINE BALDWIN ERIG WEILLER.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Saúde.

Em 05 de janeiro de 2007.

*Eliana Soledade Graeff Martins,*  
Procuradora-Geral do Estado.



## Parecer nº 14.770

LEIS ESTADUAIS Nºs 10.395/95 E 10.420/95. ÍNDICES DE REAJUSTE DE VENCIMENTOS NÃO ADIMPLIDOS NA ÉPOCA LEGALMENTE FIXADA. QUESTIONAMENTOS.

O Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos, no âmbito do Grupo Especial de Trabalho constituído pela Portaria nº 82/07 da Senhora Procuradora-Geral do Estado (Diário Oficial do Estado de 13 de fevereiro de 2007) para realizar diagnóstico e propor providências relativas aos feitos em que são postulados os índices de reajustamento de vencimentos previstos nas Leis Estaduais nºs 10.395/95 e 10.420/95, formula os seguintes questionamentos:

1 – Qual a posição a ser adotada pela Procuradoria-Geral do Estado em relação às ações judiciais que continuam a ser ajuizadas, em significativo e crescente número, tendo como objeto o cumprimento das regras de reajuste contidas nos mencionados diplomas legais estaduais?

2 – Qual a conduta ou procedimento neste momento mais adequado à Administração estadual, sob o ponto de vista da defesa do interesse público, do erário e das obrigações cometidas ao ente estatal, face à situação narrada, uma vez conhecida e pacificada a orientação dos Tribunais?

Encontra-se encartado no expediente relatório da evolução judicial no trato da matéria e relação descritiva das categorias funcionais beneficiadas pelas leis em comento, elaborados pelo Procurador do Estado MIGUEL AUGUSTO BASSO DAMIANI, integrante do Grupo Especial de Trabalho.

Relatei.

Para responder ao primeiro questionamento, concernente ao posicionamento a ser adotado pela Procuradoria-Geral do Estado em face das demandas judiciais intentadas pelos servidores estaduais para obter implantação em folha de pagamento dos índices de reajuste de vencimentos fixados pelas Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95, bem como o pagamento das parcelas vencidas, impende sejam, inicialmente, rememorados fatos já mencionados no documento de fls. 02-09.

Assim, as leis acima mencionadas, objetivando estabelecer política salarial para os servidores do Poder Executivo e das autarquias estaduais, instituíram diversos índices pré-fixados de aumento salarial para os anos de 1995 e 1996, além de um Índice de Revisão Geral de Salários - IRGS, que reajustaria semestralmente os vencimentos, devendo ocorrer antecipação dos reajustes semestrais sempre que o IRGS alcançasse o patamar de 10%.

Os índices de aumento pré-fixados previstos nas Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95, com vigência prevista para o ano de 1995, foram implantados em folha

de pagamento, porém o mesmo não ocorreu com os índices estabelecidos para o ano de 1996. E a não implantação desses últimos fundou-se na circunstância de encontrar-se o Estado do Rio Grande do Sul comprometendo com despesas de pessoal percentual superior ao limite de 60% da receita corrente líquida fixado pela Lei Complementar nº 82/95 (Lei Camata), que entrara em vigor em 1º de janeiro de 1996.

Em decorrência da não implantação, em curto espaço de tempo os servidores estaduais começaram a ingressar em juízo postulando o pagamento dos índices de reajuste, e a defesa ofertada em favor do Estado fundava-se na ineficácia das disposições legais que determinavam aumento da despesa com pessoal, em decorrência das disposições do artigo 169, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e da Lei Complementar nº 82/95, já que o Estado ultrapassava o limite legal de comprometimento com despesas de pessoal (60% da receita corrente líquida).

As decisões de 1º grau não eram uniformes, ora decidindo pela procedência das ações e ora acolhendo a defesa do Estado e julgando improcedentes as demandas. Subindo os processos ao Tribunal de Justiça para julgamento das apelações, eram as mesmas apreciadas pelas 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, em face da distribuição interna de competência, tendo a 3ª Câmara firmado posição em favor do pleito dos servidores enquanto a 4ª Câmara acolhia a defesa do Estado, em divisão que bem ilustrava o caráter controvertido da matéria jurídica debatida.

A esse tempo, os recursos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça não eram conhecidos, ao argumento de tratar-se de matéria de direito local ou de prova, como bem ilustra a seguinte decisão:

“DECISÃO: – Vistos.

O acórdão recorrido, em ação sob o procedimento ordinário, decidiu pela ineficácia da Lei Estadual nº 10.395/95 frente à Lei Complementar nº 82/95, dando parcial provimento ao apelo dos ora agravados.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Dai o recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando-se, em síntese, violação ao art. 169, e art. 38 do ADCT, todos da mesma Carta, ante a impossibilidade do pagamento dos valores previstos na Lei Estadual 10.395/95, tendo em vista que o referido pagamento extrapolaria o percentual máximo possível para as despesas com o funcionalismo. O recurso foi inadmitido.

A decisão é de ser mantida. A uma, porque o exame acerca da observância, ou não, dos limites fixados pela L.C. Federal 82/95 demandaria o reexame de matéria fática, o que é inviável em sede extraordinária (Súmula 279-STF). A duas, porque o acórdão recorrido decidiu a questão com base na inaplicabilidade da L.C. Federal 82/95 frente à Lei Estadual 10.395/95. Assim, se ofensa tivesse havido, no caso, à Constituição, seria necessário o exame de lei local, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário (Súmula 280-STF). Nesse sentido, também, foram as decisões proferidas no RE 358.464/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, “D.J.” de 28.11.2002; AI 396.441/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, “D.J.” de 13.9.2002, inter plures.

Nego seguimento ao agravo.

Publique-se.  
Brasília, 27 de maio de 2003.  
Ministro Carlos Velloso, relator” (Agravo De Instrumento 406760)

Todavia, alguns trechos dos votos dos Ministros, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, embora não conhecendo dos recursos, teciam considerações favoráveis ao pleito dos servidores. Assim, em dado momento, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu posicionamento para reconhecer a controvérsia como relativa a direito intertemporal, e, em consequência, passou a conhecer e prover os recursos interpostos pelos servidores, como demonstra o seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA Nº 85 STJ. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO EM LEI ESTADUAL (10.395/95). VEDAÇÃO IMPOSTA AOS ENTES FEDERAIS PELA LEI CAMATA (LC Nº 82/95).

1. Nas demandas objetivando reposição de parcela remuneratória ilegalmente suprimida, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, que se renova mensalmente, não ocorre a prescrição do fundo do direito. Precedentes da Corte.

2. A Lei Complementar nº 82/95 em nada repercute na eficácia da Lei Estadual nº 10.395/95, primeiro, porque o início de sua vigência é posterior ao da lei local, deferido que foi para ‘primeiro exercício financeiro subsequente ao de sua publicação’, qual seja, 1º de janeiro de 1996, e, segundo, porque estabelece expressamente, para o futuro, vedando, até que a situação se regularize, revisões, reajustes ou adequações de remuneração que impliquem aumento de despesas, sempre que o demonstrativo, no que tange à despesa acumulada até o mês, indique o descumprimento dos limites fixados.

3. Recurso provido.” (Resp nº 618.716, 6ª Turma, DJU 06.05.2004, Relator Ministro Paulo Medina)

E no mesmo sentido anotam-se, dentre outros, os seguintes julgados: REsp 334819-RS, REsp 489.261-RS, REsp 770886-RS, AgRg no AG 612217-RS, AgRg no Ag 621567-RS.

Posteriormente, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em nome da segurança jurídica e para evitar que servidores que ocupam o mesmo cargo desfrutem de situação remuneratória distinta, a 4ª Câmara Cível, a partir de julho de 2005, revisou seu entendimento, passando a também acolher a pretensão dos servidores:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – REAJUSTES SALARIAIS NÃO PAGOS NAS DATAS PREVISTAS – INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL – LIMITE DAS DESPESAS COM GASTO DE PESSOAL – LEI CAMATA – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STF E DO STJ NO SENTIDO DA INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO DE ORDEM LEGAL E CONSTITUCIONAL PARA O ATENDIMEN-

TO AOS REAJUSTES SALARIAIS CONTEMPLADOS NA LEI ESTADUAL Nº 10.395/95 COM VIGÊNCIA ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR Nº 82/95 QUE NÃO PODE REPERCUTIR NA EFICÁCIA DA LEI LOCAL ATINGINDO O DIREITO ADQUIRIDO DOS SERVIDORES – MUDANÇA DO POSICIONAMENTO DA CÂMARA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA – O PERCENTUAL DOS JUROS MORATÓRIOS NAS CONDENAÇÕES DA FAZENDA PÚBLICA AO PAGAMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS A SERVIDORES É DE 6% AO ANO – APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 ACRESCENTADO PELA MP Nº 2.180-35/2001 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 5% SOBRE O VALOR DAS PARCELAS VENCIDAS ATÉ A SENTENÇA E MAIS DOZE PARCELAS VINCENDAS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ – IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – ILEGITIMIDADE ATIVA NÃO CONFIGURADA. Preliminares rejeitadas. Apelo parcialmente provido. Reexame necessário não conhecido.” (Apelação e Reexame Necessário nº 70012007316, 4ª Câmara Cível, TJ-RS, Relator Desembargador João Carlos Branco Cardoso, julgado em 27/07/2005)

Decisões no mesmo sentido, dentre inúmeras outras, foram proferidas pela Corte local nos processos 70017745787, 70010317923, 70010324291, 70012395893, 70013865423, 70012152153 e 70018559732.

Atualmente, pois, no âmbito do Tribunal de Justiça, não mais existem decisões favoráveis ao Estado do Rio Grande do Sul no mérito da matéria que se examina, enquanto no Superior Tribunal de Justiça os recursos dos servidores ainda pendentes de apreciação têm merecido provimento. O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, não conhece dos recursos acerca do tema. Tem-se, assim, a pacificação da jurisprudência em sentido contrário à tese sustentada pelo Estado do Rio Grande do Sul, ou seja, as decisões judiciais reconhecem que os reajustes pré-fixados previstos nas Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95 são devidos independentemente das restrições impostas aos gastos com pessoal pela Lei Camata e, atualmente, pela Lei Complementar nº 101/00, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Exatamente em decorrência dessa uniformização da jurisprudência, e tendo o Estado do Rio Grande do Sul permanecido inerte na implantação dos reajustes, o número de demandas judiciais postulando os índices de reajuste previstos nas leis antes mencionadas vem crescendo significativamente, ingressando a cada mês aproximadamente 2.700 novas ações, o que determinou inclusive que o Poder Judiciário modificasse a competência de uma das Varas Cíveis da capital para atribuir-lhe, precipuamente, a competência para o julgamento das ações relativas à política salarial instituída pelas leis em referência (20ª Vara Cível e de Ações Especiais da Fazenda Pública).

Na realidade, como denota o relato, esgotaram-se os meios processuais de que dispunha a Procuradoria-Geral do Estado para ver vitoriosa a tese da inefi-

cácia das disposições das Leis n<sup>os</sup> 10.395/95 e 10.420/95 em face das limitações estabelecidas pela Lei Complementar n<sup>o</sup> 82/95 e subseqüentes, sendo oportuno registrar que, embora não se tenha logrado êxito na questão de fundo, a atuação do órgão de defesa judicial do Estado garantiu a redução dos ônus sucumbenciais, com fixação da verba honorária em 5% e limitação de sua base de cálculo, e juros de 6% ao ano, quando o usual seria honorários entre 10 e 20% e juros de 12% anuais, o que constitui, como apontado à fl. 06, montante significativo da economia possível ao erário na espécie.

Presente a pacificação da jurisprudência na matéria, após terem sido percorridas todas as instâncias do Poder Judiciário, com a utilização dos recursos processuais inerentes, no intuito de obter chancela para a tese sustentada pela Procuradoria-Geral do Estado, não há mais espeque jurídico para, no mérito, contestar a pretensão dos servidores em juízo.

Ademais, importa registrar que a resistência do Estado do Rio Grande do Sul, no presente momento, implicaria onerar ainda mais o erário, na exata medida em que a condenação judicial ao pagamento dos índices importa o acréscimo de custas judiciais, juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Além disso, o ingresso das demandas em número tão significativo igualmente onera o ente público ao sobrecarregar a Procuradoria-Geral do Estado, órgão incumbido da defesa judicial do Estado, que se vê instada a alocar número expressivo de recursos humanos de seu quadro de pessoal, bem como de materiais e equipamentos, para o acompanhamento dos processos – cujo desfecho já é conhecido –, em detrimento de outras demandas e atividades que podem trazer resultados mais positivos, e a Secretaria da Fazenda, encarregada de dar cumprimento às ordens judiciais de implantação dos pagamentos.

A título de exemplo objetivo de custos, segundo o Diagnóstico do Poder Judiciário 1998-2006, realizado pela Secretaria da Reforma do Poder Judiciário, (disponível em <http://www.mj.gov.br/reforma>), a média nacional de gasto que cada processo representa apenas para o Poder Judiciário dos Estados situava-se em R\$ 1.848,00. Essa pesquisa, de acordo com FABIANA RODRIGUES DA SILVEIRA, “mostra que o Judiciário brasileiro é caro para o Estado, para o usuário do serviço e sobretudo é caro porque é lento. Segundo a Secretaria da Reforma, os principais problemas que tornam o Judiciário moroso e caro são: o processo de execução, as dificuldades de citação do devedor, a penhora de bens que garantam a satisfação do crédito, o **excesso de causas repetitivas** e a alta taxa de recorribilidade das decisões.” (A morosidade no Poder Judiciário e seus reflexos econômicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007) – destaque não original.

Desse modo, em atenção ao primeiro questionamento, conclui-se que não há mais amparo para que a Procuradoria-Geral do Estado continue a oferecer defesa de mérito nas demandas intentadas pelos servidores públicos estaduais com o objetivo de ver implantados em folha de pagamento os índices de aumento previstos nas Leis n<sup>os</sup> 10.395/95 e 10.420/95, não implantados na época própria, devendo a defesa limitar-se aos aspectos de natureza processual.

Frise-se, por cautela, que tudo quanto se disse não tem aplicação para eventuais demandas em que postulado o índice de 7,57%, previsto no inciso III do artigo 2º da Lei nº 10.420/95, ou reajustes e antecipações com base no Índice de Revisão Geral de Salários, criado pelo artigo 3º da Lei nº 10.395/95, porquanto mencionados índices padecem do vício de inconstitucionalidade.

De fato, o índice pré-fixado de 7,57% previsto no artigo 2º, inciso III, da Lei nº 10.420/95 foi acrescentado ao projeto original encaminhado pelo Chefe do Poder Executivo por meio de emenda parlamentar, a configurar evidente vício de iniciativa, já reconhecido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por ocasião do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 70001549500, assim ementado:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE FIXA VENCIMENTOS DE CARGOS DO PODER EXECUTIVO E SUAS AUTARQUIAS. INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO EXECUTIVO. EMENDA PARLAMENTAR QUE ACRESCENTA ÍNDICE DE REAJUSTE, IMPORTANDO AUMENTO DE DESPESA PÚBLICA, CARACTERIZA VÍCIO INSANÁVEL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO INCISO III, DO ART. 2º DA LEI N. 10420/95. OFENSA AO ART. 61, INCISO I, DA CE/89. ACOLHIMENTO DO INCIDENTE. (Incidente de Inconstitucionalidade nº 70001549500, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Élvio Schuch Pinto, julgado em 02/04/2001)

De igual modo, a previsão do artigo 2º da Lei nº 10.395/95, que atrela reajustes e antecipações a variações do índice previsto no artigo 3º do mesmo diploma e ao crescimento da receita corrente líquida, se revela formalmente inconstitucional, por ofensa ao artigo 61, § 1º, inc. II, “a”, da Constituição Federal, e também materialmente inconstitucional, por afronta aos artigos 13, inc. XIII, e 167, inc. IV, da Constituição Federal.

Com efeito, o vício de iniciativa é patente, porque reservada ao Poder Executivo a iniciativa de fixar os vencimentos dos cargos mencionados no diploma legal (art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal de 1988), mostrando-se inviável a majoração dos salários do funcionalismo segundo variação de índices medidos por entidades fora da Administração, abdicando esta da responsabilidade de gerir sua folha de pessoal; a automaticidade da fórmula de indexação impede que o Estado tenha efetivo controle sobre a política de remuneração de seus servidores.

Demais, o art. 167, inc. IV, da Constituição Federal veda expressamente a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, enquanto o art. 37, inc. XIII, proíbe a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

Nessa senda, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ART. 29, I, QUE ASSEGURA AOS SERVIDORES MILITARES

VENCIMENTO BÁSICO NUNCA INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO FIXADO PELA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. Dispositivo ofensivo ao princípio da iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 61, § 1.º, II, a, da Constituição, corolário do postulado da separação dos poderes, de observância imperiosa pelos Estados-membros, por instituir mecanismo de reajuste automático de vencimentos de servidores. Aliás, a garantia do salário mínimo, quando da edição da norma sob enfoque, ainda não havia sido estendida aos militares, o que somente ocorreu com a EC n.º 18/98, havendo de entender-se, entretanto, como referida à remuneração global do servidor, visto destinar-se a assegurar o atendimento das necessidades vitais básicas deste, sendo vedada, ademais, sua vinculação para qualquer fim. Inconstitucionalidade que se declara, no art. 47 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, da referência feita ao inciso I do art. 29 da mesma Carta. Recurso conhecido e provido.” (RE 198982/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/1998, DJU 19/04/2002)

“Constitucional. Administrativo. Servidores Públicos. Reajuste de vencimentos e salários. Reajuste automático vinculado a indexadores futuros viola a autonomia do Município. A fixação de piso de comprometimento da RECEITA CORRENTE com os GASTOS COM PESSOAL, para efeito de reajuste, importa em vincular receita de impostos com despesa (CF, art. 167, IV). Inconstitucionalidade do art. 7º, e seus parágrafos, da Lei 7.428, de 13 de maio de 1994, com as modificações introduzidas pelo art. 2º da Lei 7.539, de 24 de novembro de 1994, ambas do Município de Porto Alegre. Recurso conhecido e provido.” (RE 251238/RS, Relator p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2001, DJU 23/08/2002)

Passando agora ao exame do segundo questionamento, concernente à conduta mais adequada neste momento, em face da situação narrada, imperativo dizer que, se não há mais condições para a defesa em juízo da tese de ineficácia das disposições das Leis n.º 10.395/95 e 10.420/95, como antes demonstrado, a consequência é que o Estado do Rio Grande do Sul deve viabilizar a implementação dos índices de reajustes pré-fixados a todos os integrantes das categorias funcionais beneficiadas e que ainda não os estejam percebendo, inclusive àqueles que não obtiveram êxito na esfera judicial.

É que se de início existiam suficientes razões jurídicas a amparar a decisão governamental de não implantar os aumentos pré-fixados (tanto que a defesa ofertada pelo Estado mereceu, durante largo tempo, acolhida no âmbito do Poder Judiciário), após a uniformização da jurisprudência em sentido contrário, não pode mais o Estado furtrar-se de alcançar a seus servidores os índices de reajustes fixados nos diplomas legais antes referidos, sob pena de responsabilização do administrador.

Note-se que as leis concessivas dos reajustes reivindicados encontram-se em plena vigência, são válidas e, de conformidade com o decidido pelo Poder Judiciário, são também dotadas de eficácia, de sorte que a não implementação dos pagamentos previstos caracteriza descumprimento de norma legal. E o descumpri-

mento de norma legal acarreta violação de um princípio basilar da gestão pública arrolado no artigo 37 da Constituição Federal, qual seja, o princípio da legalidade.

Mencionado princípio, verdadeira matriz de todos os demais que condicionam o agir da Administração, exige ação administrativa de acordo com a lei. Devendo nortear a conduta do agente público, o princípio da legalidade atua de modo a exigir a efetiva vinculação da prática dos atos administrativos de qualquer espécie com a legalidade material e formal. E sua violação, por ação ou omissão, pode vir a constituir ato de improbidade administrativa, conforme a Lei nº 8.429/92, diploma legal que oferece ampla proteção aos princípios da Administração Pública – dentre os quais destaca-se a legalidade –, tendo em conta as bases éticas da Administração, buscando realçar a defesa dos valores imateriais integrantes de seu acervo, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no aspecto puramente material.

Logo, como já registrado, firmada a jurisprudência no sentido da plena vigência e eficácia das Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95, a eventual persistência do administrador na omissão em implantar as parcelas de reajustes pré-fixados naquelas, poderá ensejar responsabilização, com imposição das cominações previstas no artigo 12, III, da referida Lei nº 8.429/92.

Igualmente certo que, ao afirmar a necessidade de implantação dos índices de aumentos previstos nas Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95, não se desconhece o limite imposto ao Estado do Rio Grande do Sul – pela Lei de Responsabilidade Fiscal – para despesas com pessoal. Ocorre que a obrigação de cumprimento dos índices de reajuste fixados nas leis estaduais decorre, em última *ratio*, de determinação judicial, de forma que, embora caracterize despesa com pessoal, a despesa correspondente, na forma delimitada no artigo 19, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, não estará sujeita à observância do limite previsto no inciso II do mesmo artigo.

Contudo, na exata medida em que deverá o administrador viabilizar a implantação dos reajustes pré-fixados previstos nas Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95 em folha de pagamento, não poderá cogitar da concessão, para os servidores beneficiados, de novos índices de aumento antes da completa integralização daqueles, pois que o ato ilegal ver-se-ia agravado pelo desvio de finalidade na utilização dos recursos públicos, derivado de sua destinação para pagamento de novas despesas em detrimento das pré-existentes.

Acrescente-se, no ponto, que tanto a exigência de atuação do administrador para solução da questão como a impossibilidade de concessão de novos reajustes antes da efetiva implantação dos pendentes decorrem do princípio constitucional da eficiência. E isto porque, impondo mencionado princípio a aplicação de medidas para otimização dos recursos, de modo que, na busca de melhores resultados de gestão, especialmente orçamentária, financeira e patrimonial, seja sempre sopesada a relação custo-benefício, não há como admitir o acréscimo de novos gastos sem o equacionamento dos índices não adimplidos, os quais, ademais, têm seu valor elevado a cada nova concessão de reajuste.

Portanto, a eventual concessão de novos reajustes somente poderá ser alviada após a efetiva implantação daqueles decorrentes das Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95, quando se viabilizará a avaliação do impacto financeiro da medida e sua repercussão em relação aos limites percentuais de comprometimento da receita corrente com despesas com pessoal, a exigir inclusive percuente exame dos critérios atualmente utilizados para formação da base de cálculo das mencionadas despesas. Afinal, nos termos do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe uma ação planejada e os limites para as despesas com pessoal merecem permanente acompanhamento.

Em outra senda, forçoso assentar que não se inclui na restrição acima mencionada a concessão da revisão geral anual da remuneração e dos subsídios, prevista no artigo 37, X, da Constituição Federal, que deve alcançar, através de lei de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, todos os servidores públicos e agentes políticos dos três Poderes, incluso o Ministério Público, devendo o percentual de recomposição ser único e concedido na mesma data, como já assentado no Parecer 14.141/04, de autoria do Procurador do Estado JOSÉ GUILHERME KLIEMANN.

Também importa explicitar que a implementação dos reajustes deverá alcançar inclusive os servidores que ingressaram com demanda judicial e que, embora integrando categoria funcional beneficiada pelas leis, não obtiveram êxito, mesmo que a decisão já tenha transitado em julgado. E isto porque a tese que o Estado do Rio Grande do Sul sustentava, e que merecia acolhida pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, era a da suspensão de eficácia das disposições concessivas de reajuste até que o comprometimento da receita corrente líquida com o pagamento de pessoal fosse ajustado aos limites fixados pela Lei Camata.

Logo, como o vício indicado estava situado no plano da eficácia e não no plano da validade das disposições legais e tendo em conta tratar-se de relação jurídica continuativa, autorizada fica, como decorrência da modificação no estado de fato (o Estado do Rio Grande do Sul, atualmente, de conformidade com os últimos Relatórios de Gestão Fiscal, compromete percentual inferior a 60% da receita corrente líquida para pagamento de despesas com pessoal), a implantação dos índices de reajuste das Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95 também aos servidores cujas demandas foram julgadas improcedentes, embora de modo estritamente vinculado à efetiva implantação para os servidores que não ingressaram em juízo e em conformidade com as possibilidades financeiras e orçamentárias do erário estadual.

É oportuna, no ponto, a lição de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO:

“O processo e a sentença apanham sempre, como se fotografassem imobilizando, determinado momento da relação jurídica (momento que pode ser o da propositura da demanda, o da litiscontestatio, o do saneamento, o da própria sentença ou outro, segundo variáveis que não cabe analisar aqui e de todo modo estarão cristalizadas em disposição legislativa). Tudo o que

venha a ocorrer depois desse momento - visto que do juiz não se pode esperar poderes divinatorios - está fora do alcance da sentença e da coisa julgada, por tratar-se de dados a cujo respeito, por hipótese, não se exerceu cognição e ainda menos iudicium. Dependendo do maior ou menor grau de dinamismo e mobilidade que a relação jurídica acertada possuía, o estado dela, que se cristalizou na sentença, terá maior ou menor permanência, assim como a fotografia guarda similitude com o objeto fotografado por um tempo mais ou menos longo, segundo se trate de coisa mais ou menos mutável. A imagem fixada do pássaro em pleno vôo é tão fiel ao modelo quanto à da montanha sólida e inamovível; a subsequente falta de correspondência, extremamente variável de um para outro exemplo, decorre da mutabilidade do objeto e não da qualidade de sua representação fotográfica." (A coisa julgada na ação de alimentos. Porto Alegre: AJURIS, vol. 52, 1991, 5-33)

E não resta dúvida que eventual negativa, pelo Estado do Rio Grande do Sul, de extensão dos índices aos servidores que não lograram êxito em juízo trará mais ônus ao ente público, porque ensejará o ajuizamento de novas ações judiciais, com os dispêndios a elas inerentes.

Impende ainda ponderar que não se desconhece a difícil situação financeira do Estado do Rio Grande do Sul. Tal fato, contudo, ainda que não deva mais ser utilizado para postergar a implantação dos reajustes examinados, pode determinar que esta se faça de forma escalonada, de acordo com as disponibilidades de caixa. Ou seja, o ato administrativo que determinar a implantação – que traduzirá aplicação do sistema normativo já existente -, poderá estabelecer um calendário, escalonado no tempo, até a completa integralização dos índices.

Também não é demais assinalar que estarão excluídos do alcance do ato administrativo todos os servidores que estejam percebendo os reajustes mencionados em decorrência de determinação judicial, pois a concessão não pode ser feita em duplicidade. Além disso, eventuais ordens judiciais que venham a ser expedidas durante o período de integralização dos índices deverão ser atendidas pelo ente público, descontando-se os valores eventualmente adimplidos administrativamente.

Outrossim, ainda que a determinação administrativa de implantação dos índices signifique apenas um ajuste para o futuro, conveniente que a Administração envide esforços para buscar uma composição das parcelas pretéritas, mediante amplo entendimento com as entidades representativas dos diversos segmentos do funcionalismo estadual, por extremamente saudável para as finanças estaduais. Não se olvide, contudo, que aludida composição alcançará, em princípio, somente os servidores que não ajuizaram demanda contra o Estado do Rio Grande do Sul ou que venham a desistir daquela eventualmente ajuizada, porquanto aqueles que ajuizaram ação e obtiveram êxito receberão os valores devidos mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, enquanto aqueles que tiveram a demanda julgada improcedente não poderão ser beneficiados por eventual composição das parcelas pretéritas sem expressa autorização legislativa para renúncia à coisa julgada.

Concluo, pois, que o Estado do Rio Grande do Sul, sob o ponto de vista da defesa do interesse público, do erário e das obrigações cometidas ao ente estatal, deve dar cumprimento, no menor prazo possível, às Leis nºs 10.395/95 e 10.420/95, mediante implantação dos índices de reajustes pré-fixados não pagos no momento oportuno, editando, para tal desiderato, ato administrativo específico, que estabeleça as condições em que a implantação se efetivará e indicando os beneficiários, sendo conveniente, ainda, buscar composição para ajuste das parcelas pretéritas.

Não poderá o Estado do Rio Grande do Sul, outrossim, em atenção aos princípios da eficiência e da responsabilidade na gestão fiscal, conceder, antes da completa integralização dos índices acima mencionados, novos reajustes para as categorias funcionais beneficiárias, excetuada apenas a concessão da revisão geral anual prevista no artigo 37, X, da Constituição Federal.

É o parecer.

Porto Alegre, 15 de maio de 2007.

*Adriana Maria Neumann,*  
Procuradora do Estado.

### **Processo nº 027470-10.00/07-0**

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.770, do Grupo Especial de Trabalho, da Procuradoria-Geral do Estado, constituído pela Portaria nº 82/07, de 13 de fevereiro de 2007, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ADRIANA MARIA NEUMANN, aprovado pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado na sessão realizada no dia 29 de novembro de 2007.

Encaminhe-se à Excelentíssima Senhora Governadora do Estado, com proposição de aprovação na forma do inciso XV do artigo 82 da Constituição Estadual, tendo em vista a conveniência de atribuição de caráter jurídico-normativo ao Parecer.

Em 26 de dezembro de 2007.

*Eliana Soledade Graeff Martins,*  
Procuradora-Geral do Estado.



# Normas de Publicação

## 1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

## 2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra pode ser acessado no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1, 1.2, 2.1, 2.2 etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações

de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir obrigatoriamente um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

## Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(a).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.



