

**Revista**  
**ESMAFE**

**Escola de Magistratura  
Federal da 5a. Região**

**TRF 5a. Região**  
**Recife – Pernambuco**  
**Nº 13 – 2007**

*EDITORIA*

**Humberto Vasconcelos – Editor**  
**Elaine Pereira – Coordenadora da ESMAFE - 5ª**  
**Creuza Maria Aragão**

*IMPRESSÃO*

**Indústrias Gráficas Barreto Limitada**  
**Av. Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE**  
**graficabarreto@terra.com.br**

*TIRAGEM*

**500 exemplares**

*CAPA*

**André Gonçalves Garcia**

**REVISTA ESMAFE – 5a.**

**ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO**  
**RUA DO BRUM, 216 – BAIRRO DO RECIFE**  
**50030-260 – RECIFE – PE**  
**esmafe@trf5.gov.br**

REVISTA ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª  
Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 13. Março 2007. 302p.

1. PODER JUDICIÁRIO – BRASIL. 2. DIREITO TRIBUTÁRIO  
– BRASIL. 3. DIREITO COMPARADO – BRASIL. 4. DIREITO  
CONSTITUCIONAL – BRASIL. 5. PROCESSO CIVIL –  
BRASIL. 6. JURISPRUDÊNCIA. 7. TUTELA JURISDICIONAL.  
8. MANDATO DE SEGURANÇA – BRASIL. 9. IMUNIDADE  
TRIBUTÁRIA – BRASIL. 10. HERMENÊUTICA (DIREITO).  
11. DIREITO E FILOSOFIA.

ISSN 1807-6203  
PeR-BPE 07-0293

CDU 34(81)  
CDD 340

**ESCOLA DE MAGISTRATURA  
FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

**DIRETORIA**

**MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI - Diretora  
Desembargadora Federal**

**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - Vice-Diretor  
Desembargador Federal**

**CONSELHO EDITORIAL**

**Des. Federal Ridalvo Costa  
Desa. Federal Margarida de Oliveira Cantarelli  
Des. Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas  
Juiz Federal Carlos Rebêlo Júnior**

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5a. REGIÃO**

**DESEMBARGADORES FEDERAIS**

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI  
Presidente

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Vice-Presidente

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Corregedor

RIDALVO COSTA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Diretor da Revista

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

## Sumário

Editorial .....	7
ARTIGOS .....	9
Lei Interpretativa <i>Versus</i> Retroatividade: O Debate no Direito Tributário ....	11
<i>Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior</i>	
Diagnóstico da Instabilidade Jurisprudencial em Matéria Tributária no Brasil .....	31
<i>Juiz Federal Marco Bruno Miranda Clementino</i>	
As Receitas Públicas Tributárias .....	65
<i>Juiz Federal Alcides Saldanha Lima</i>	
Os Limites às Restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 .....	77
<i>Procurador Federal Eduardo Rocha Dias</i>	
El Constitucionalismo Económico Brasileño em la Actualidad .....	95
<i>Professor Regis Frota Araujo</i>	
Imunidades Tributárias .....	109
<i>Advogado Leonardo de Medeiros Fernandes</i>	
O Problema da Cientificidade do Direito Comparado: O Estudo Comparatista como Discurso Ético-Político, para uma Visão Mais Democrática em Direito comparado .....	151
<i>Professor Adrualdo de Lima Catão</i>	
Westphalia: a Paradigm? A Dialog between Law, Art and Philosophy of Science .....	177
<i>Professor Marcílio Toscano Franca Filho</i>	
Aspectos Teóricos Sobre o Contraditório e a Dialética no Processo Civil Moderno .....	203
<i>Professor Terence Dornelles Trennepohl</i>	
Regime Previdenciário do Servidor Público - Breves Considerações Acerca da Emenda Cosntitucional N° 47/2005 .....	215
<i>Promotora de Justiça Adriana Medeiros Gurgel de Faria</i>	

A Efetividade dos Direitos Sociais e a Tutela Jurisdicional .....	221
<i>Maria Madalena Salsa Aguiar</i>	
Direito Líquido e Certo em Mandado de Segurança .....	231
<i>Oficial de Gabinete Felipe Vilar de Albuquerque</i>	
A Intervenção de Terceiros do <i>Amicus Curiae</i> .....	289
<i>Advogado Roberto Carlos Martins Pires</i>	

## **EDITORIAL**

No período a que se refere o presente número da Revista da ESMAFE-5ª – maio a agosto de 2006 -, o evento de maior visibilidade foi, sem dúvida, o IV Encontro de Juízes Federais realizado no período de 08 a 10 de junho de 2006, em Maragogi.

Uma pauta variada pôs em evidência questões que freqüentam o dia-a-dia do magistrado e, ainda que, em alguma medida, reincentes, não perdem atualidade nem deixam de suscitar grande interesse naqueles que têm por tarefa facultar ao cidadão o acesso ao direito que lhe pertence.

Por isso estiverem presentes, no referido Encontro, temas relacionados com as sentenças – O Cumprimento da Sentença, palestra do Desembargador Federal Francisco Wildo, ao lado do trabalho apresentado pelo Procurador Leonardo Carneiro da Cunha sobre o novo conceito de sentença, à luz do artigo 285-A, do Código de Processo Civil.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, o Professor José Souto Maior Borges tratou da Hierarquização dos Princípios Constitucionais, naturalmente com lições oportuníssimas, que muito contribuem para uma maior compreensão da Constituição Brasileira, que se quer cidadã a partir de sua origem e deixou-se construir com uma amplitude provavelmente bastante ambiciosa.

Voltou, no IV Encontro, o tema dos Juizados Especiais Federais, habilmente conduzido pelo Desembargador Federal Marcelo Navarro e pelo Juiz Federal Marco Bruno de Miranda. E também compôs o temário do citado evento um excelente trabalho sobre as Loterias no Brasil, de autoria do Dr. David Duarte, tocando a questão de seu ajustamento aos cânones do ordenamento brasileiro.

O toque de cultura foi oferecido pelo escritor e poeta Marcus Accioly, em palestra que encerrou o Encontro, falando sobre a língua do colonizador e do colonizado.

Quanto à Revista, destaque-se a inserção de trabalhos escritos em outros idiomas, o que naturalmente a credencia como publicação crescentemente qualitativa.

Palavras de reconhecimento e louvor à Caixa Econômica Federal que, desde o primeiro número deste periódico, tem possibilitado sua edição, utilizando, em contrapartida, os espaços que a Revista abre para as mensagens de interesse institucional daquela instituição financeira.

Recife, março de 2007.

A Editoria.

# ARTIGOS



# LEI INTERPRETATIVA *VERSUS* RETROATIVIDADE: O DEBATE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

**Edilson Pereira Nobre Júnior**

*Juiz Federal / 4ª Vara - RN*

*Sumário: 1. A delimitação do problema; 2. Algumas considerações sobre a lei interpretativa; 3. O problema da projeção sobre o passado; 4. O tratamento da questão no campo tributário (à guisa de remate).*

## **1. A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA**

Neste escrito, como o seu título está a indicar, trava-se abordagem acerca do alcance das leis interpretativas frente às relações Fisco-Contribuinte.

Para tanto, buscamos socorro em caso prático, o qual, a partir do ano transato, passou a atormentar, em caráter multiplicativo, a faina forense.

A sua explicação é simples: o art. 168, I, do CTN, dispondo sobre o prazo prescricional inerente à ação de repetição de indébito, estatuiu que tal se dá no interregno de cinco anos, com o *dies a quo* à data da extinção do crédito tributário.

Interpretando tal dispositivo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de início, laborou em forte controvérsia. Estendendo referido tratamento jurídico à compensação, formulou-se *summa divisio*, na qual para os tributos lançados por homologação, não declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, adotar-se-ia o prazo de cinco anos, referente ao prazo decadencial para a homologação do lançamento, a que se refere o art. 150, §4º, do CTN, acrescido de mais cinco anos para o ingresso em juízo, totalizando-se alfim dez anos.

No que concerne à restituição ou compensação de tributos cujo recolhimento indevido, também realizado mediante homologação, fora reconhecido

pelo Pretório Excelso em decisão declaratória de inconstitucionalidade, a prescrição consumir-se-ia em cinco anos, contados da resolução do Senado Federal, em se tratando de controle difuso, ou da data do trânsito em julgado da deliberação proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Nessa segunda hipótese, praticamente o prazo prescricional ficava reduzido a cinco anos, porquanto as respectivas demandas, em sua grande parte, somente eram ajuizadas após a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, também por sua Primeira Seção, novamente uniformizou o assunto, compreendendo que, tenham ou não sido objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o intervalo de prescrição para a repetição de indébito ou compensação de tributos lançados por homologação será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, somados a igual período, para o ajuizamento da demanda, ou seja, constitui-se pelo somatório de dez anos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Uma visão da divergência de entendimento se acha demonstrada pelo fato de, em anteriormente deliberando a eg. Primeira Seção nos autos do EREsp 42720-5/RS (mv, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 17-04-95, p. 9.551) pelo somatório dos prazos dos arts. 150, §4º, e 168, I, ambos do CTN, sobreveio decisão no REsp 329.444/DF, assim ementada: “TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. TAXA DE LICENCIAMENTO DE IMPORTAÇÃO (TAXA CACEX). REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO PRETÓRIO EXCELSO. I – O prazo prescricional para se pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de taxa CACEX, começa a fluir da data da decisão do Pretório Excelso que declarou a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a exação. II – Recurso especial provido” (1ª Seção, mv, rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 16-06-2003, p. 254). Posteriormente, adveio o EREsp 423.994-MG: “TRIBUTÁRIO – PIS – INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETOS-LEIS N.ºs. 2.445 E 2.449, AMBOS DE 1988 – DECLARAÇÃO INCIDENTAL – (RE 148.754/RJ) – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – PUBLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO SENADO N.º 49/95 (DOU 10.10.95) – PRECEDENTES. – O prazo prescricional quinquenal das ações de repetição/compensação do PIS flui a partir da data de publicação da Resolução do Senado n.º 45/95, que suspendeu a execução dos Decretos-leis n.ºs. 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF em controle difuso. – No caso dos autos, tendo em vista a data do ajuizamento da ação (12.01.00), considero não consumado o prazo prescricional. – Embargos de divergência conhecidos e providos para afastar a prescrição” (1ª S., mv, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 05-04-2004, p. 194). Voltando à unificação do entendimento sobre o assunto, eis o AgRg no RESP 638.248 – PR: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. 1. Versando a lide tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da ação de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos deve obedecer o lapso prescricional de 5 (cinco) anos contados do término do prazo para aquela atividade vinculada, a qual, sendo tácita, também se opera num quinquênio. 2. O E. STJ reafirmou a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para definição do termo a quo do prazo prescricional, nas causas *in foco*, pela sua Primeira Seção no julgamento do EREsp n.º 435.835/SC, restando irrelevante para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo E. STF. 3. Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (1ª S., ac. un., rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28-02-2005).

Diante desse quadro, a Lei Complementar nº 118, de 09-02-2005, trouxe a lume art. 3º, com a seguinte redação:

“Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”.

Desse modo, o lapso em comentário sofreu, na prática, redução pela metade, sendo diminuído para um quinquênio, computado do pagamento antecipado efetuado pelo contribuinte.

Complementando a disposição legal citada, agregou o legislador art. 4º, dispondo:

“Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”.

Por sua vez, o art. 106, I, do CTN, ostenta a seguinte redação:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados”

O preceito citado, ao gizar a eficácia temporal das leis interpretativas nas relações jurídico-tributárias, menciona sua aplicação a atos ou fatos pretéritos em qualquer caso. Ressalva, apenas e tão-só, a imposição de penalidades decorrentes de infração aos dispositivos interpretados.

Com base nessa orientação, a Procuradoria da Fazenda Nacional, nas lides da espécie, passou a sustentar que, retroagindo os efeitos do art. 3º da Lei Complementar 118/2005, aplicar-se-á de logo a redução do prazo prescricional, atingindo-se os casos concretos, onde o ingresso em juízo ocorrera antes da sua entrada em vigor. Do mesmo modo, a Secretaria da Receita Federal passou a recusar homologação às declarações de compensação relativas a créditos do contribuinte anteriores a cinco anos.

Tal pensar, respeitável se observado unicamente sob o prisma da dicção do art. 106, I, do CTN, é suscetível de algumas reflexões, a seguir desenvolvi-

das, principiando-se pela investigação relativa aos contornos gerais da interpretação autêntica.

## **2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI INTERPRETATIVA**

A convivência com as leis dessa espécie não é tão recente<sup>2</sup>. Basta salientar a instituição, no apogeu da escola da exegese, do *référé législatif*<sup>3</sup>, pelo Decreto que dispôs sobre a organização dos tribunais judiciários, de 16 a 24 de agosto de 1790 (art. 12), pelo qual toda vez que os juízes reputassem necessário interpretar uma lei, por duvidar de seu sentido, deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo, providência incrementada através do Decreto de 27 de novembro a 01 de dezembro do mesmo ano, ao estender o âmbito de aplicação do instituto, tornando-o obrigatório em caso de conflito entre tribunais diversos.

A limitação da atividade dos juízes e tribunais a simples execução das leis também vicejou na Espanha até o princípio do último quartel do século XIX. A Constituição gaditana de 1812, após prever, no seu art. 131, competir às cortes legislativas propor, decretar, interpretar e revogar as leis, circunscreveu a ação dos tribunais à aplicação das leis nas causas civis e criminais, vedando-lhes outras funções além de julgar e executar seus julgamentos (arts. 242 e 245). Verificando-se dúvida sobre a inteligência a ser conferida a um dispositivo legal, caberia sua suscitação, por parte dos tribunais, ao Tribunal Supremo que, por sua vez, elaboraria, com os respectivos fundamentos, consulta ao Rei, a quem

<sup>2</sup> Conforme informação de Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho (Interpretação da lei – As chamadas interpretação autêntica e consuetudinária. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947. v. XXVIII, p. 66-67), no direito romano, por obra de Justiniano (Constituição do ano 529, Livro I, Tít. XIV), o poder legislativo do Imperador recebeu enorme acréscimo, consistente no apanágio de interpretar suas leis com exclusividade, figurando, no DIGESTO (§21), proibição de qualquer comentário a esta compilação. Tal já se esboçava desde os tempos de Augusto, de modo que os juriconsultos, que até então ofertavam seus pareceres em face da confiança suscitada pelos seus estudos, passaram a interpretar as leis em nome do príncipe, como representante deste. Na Idade Média como na Idade Moderna, onde a atividade legislativa gravitava em torno dos senhores feudais e do Monarca, essa orientação prosseguiu. Basta notar que Carlos Magno reformou a legislação dos lombardos em 811, acrescentando que, nos casos duvidosos, os juízes deveriam recorrer à sua autoridade, sendo-lhes vedado decidir segundo o próprio capricho. Na segunda metade do século XVIII, José II da Áustria reproduzira o sistema justinianeu, enquanto Frederico II da Prússia em ordenanças anteriores ao Código de 1794 manteve um instituto com o fim de ensejar a interpretação autêntica, cabendo aos juízes, quando se lhes apresentasse dúvida, recorrer a uma comissão legislativa, à qual competia interpretar os pontos obscuros dos textos legislativos.

<sup>3</sup> Mediante o *référé législatif*, informava Ignácio de Otto (*Derecho constitucional – sistema de fuentes*. 5 reimpressão. Barcelona: Ariel Derecho, 1997, p. 293), à luz da concepção da época, atinge-se duplo reconhecimento, qual seja o do caráter meramente aplicativo da função do juiz, posto a interpretação se achar confiada ao legislador do qual emana a norma, e o do valor normativo da interpretação, explicado por esta encontrar-se reservada a órgão dotado de soberania.

competia solicitar o pronunciamento dos órgãos parlamentares (art. 261.10). O mesmo diapasão, com irrelevantes diferenças de texto, encontrou-se presente nas Constituições de 1837 (art. 63), 1845 (art. 66), 1856 (art. 67), 1869 (art. 91). Somente com a Constituição de 1873 (art. 77) adveio traço de mudança, atribuindo-se a um órgão diverso do Parlamento, no caso o Tribunal Supremo, a prerrogativa de suspender os efeitos duma lei tida como contrária à Constituição<sup>4</sup>.

Nestas plagas, mister recordar o art. 15, VIII, da Constituição de 1824, reservando à Assembléia Geral o atributo de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, merecendo de Pimenta Bueno a anotação de que a interpretação de lei por via de autoridade ou via legislativa recai na determinação legítima de qual “o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observado sem mais dúvida ou hesitação, é em suma estabelecer o direito”, atividade que “pertence essencial e exclusivamente ao poder Legislativo, não só pela determinação expressa e categórica do artigo constitucional que desenvolvemos e do Ato Adicional, art. 25, como pela natureza de nosso governo, divisão e limites dos poderes políticos”<sup>5</sup>.

A propósito, duas considerações merecem ser tecidas. De logo, mister saber se o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 é, na verdade, de caráter interpretativo.

Para a caracterização de lei interpretativa, com muita propriedade, José de Oliveira Ascensão<sup>6</sup> atenta para a reunião de três requisitos, a saber: a) a fonte interpretativa deve ser posterior à interpretada; b) possua a nova lei o fim de interpretar a antiga<sup>7</sup>; c) a nova fonte não deve ser hierarquicamente inferior à lei interpretada<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Sobre a redação de tais preceitos constitucionais, ver Juan Manuel López Ulla (*Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madri: Tecnos, 1999. p. 55-56. Prólogo: Luis López Guerra).

<sup>5</sup> Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Coleção Formadores do Brasil - Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 130-131.

<sup>6</sup> Lei interpretativa. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 1977. v. 49, p. 50-52.

<sup>7</sup> Com aguçada precisão, Paul Roubier nos oferta a definição de lei interpretativa que segue: “É, por sua natureza, interpretativa, a lei que, sobre um ponto onde a regra de direito é incerta ou controvertida, vem consagrar uma solução, que terá podido ser adotada pela jurisprudência” (Est, de sa nature, interprétative, la loi qui, sur un point où la règle de droit est incertaine ou controvertée, vient consacrer une solution, qui aurait pu être adoptée par le seule jurisprudence”. *Le droit transitoire – conflits des lois dans le temps*. 2. ed. Paris: Éditions Dalloz et Sirey, 1960. p. 254. Tradução livre).

<sup>8</sup> Incisivo sobre esse ponto, Carlos Maximiliano: “Denomina-se *autêntica* a interpretação, quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara. Portanto, só uma Assembléia Constituinte fornece a exegese obrigatória do estatuto supremo; as Câmaras, a da lei em geral, e o Executivo, dos regulamentos, avisos, instruções e portarias” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro; Forense, 1981. p. 87-88). No parágrafo seguinte, aludira o autor sobre a necessidade de observância, pelo ato interpretativo, do mesmo rito processual exigido para a elaboração do ato interpretado.

Presentes de modo incontestável a anterioridade da fonte interpretada e a identidade de sua qualidade hierárquica com a do diploma interpretativo, a finalidade de aclarar comando legal é inconteste.

Ainda segundo José de Oliveira Ascensão, essa finalidade é inferida nas seguintes situações: a) declaração expressa pelo legislador; b) afirmação expressa em seu preâmbulo; c) quando tal resultar, tacitamente, do texto do diploma<sup>9</sup>.

Como já visto, aqui houve expressa declaração do legislador, mais precisamente no pórtico do art. 3º da Lei Complementar 118/2005, no sentido de que se está procurando delimitar o significado do art. 168, I, do CTN.

É certo que salientam Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho<sup>10</sup>, em pujante nota de rodapé, após a feitura de invejável levantamento doutrinário, a possibilidade do juiz, excepcionalmente, refutar o laivo interpretativo mesmo quando expresso no texto legal. Para tanto, apegam-se à singularidade deste introduzir novidade, ao invés de somente reconhecer o virtualmente compreendido na lei precedente.

Por isso, poder-se-ia argumentar que o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 não seria interpretativo, a despeito da declaração legislativa que contém, porque produzira modificação no cenário normativo, reduzindo o lapso prescricional para o ajuizamento das demandas de repetição de indébito ou de compensação nas hipóteses de pagamento indevido de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

A afirmativa não deve ser levada em seu rigor extremado. R. Limongi França<sup>11</sup>, numa feliz observação, sustenta que a lei interpretativa não poderá ser de conteúdo idêntico à lei interpretada, porque, se assim fosse, estar-se-ia diante de dois inconvenientes, quais sejam: a) a mera repetição da lei precedente; b) o da permanência da obscuridade ou ambigüidade, necessitando-se de terceira lei para escoimá-la.

Portanto, mostra-nos ser necessária a demonstração de situação objetiva, a consistir em duas ou mais saídas interpretativas possíveis, de modo que ao legislador caberia fixar a validade de uma apenas.

<sup>9</sup> *Loc. cit.*, p. 51. Semelhante observação a de Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1, p. 263), cogitando da natureza interpretativa de uma lei quando esta formalmente o declare, ou tal resulte de modo implícito de suas disposições.

<sup>10</sup> *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. I, p. 296.

<sup>11</sup> *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 192.

É o que sucede com o art. 3º da Lei Complementar 118/2005, o qual dirimiu contenda verificada no âmbito dos tribunais acerca do prazo de prescrição para o pleito de repetição do indébito ou de compensação nos casos de lançamento por homologação, mesmo tendo optado pelo critério não dominante na jurisprudência. Não se pode negar, assim, o seu lado essencialmente esclarecedor.

Aportando-se na conclusão sobre o componente exegético de dito dispositivo, é imperioso saber da legitimidade de sua retroação e se esta poderá abranger os processos em curso. O questionamento será examinado, com maior detença, nos tópicos seguintes.

### **3. O PROBLEMA DA PROJEÇÃO SOBRE O PASSADO**

Para Vicente Ráo<sup>12</sup>, a retroatividade aqui seria apenas aparente, uma vez que, apenas declarando o sentido fiel da lei anterior, o tempo de início de seus efeitos se confunde com o desta.

O mesmo diapasão parece haver sido perfilhado por Caio Mário da Silva Pereira, ao ensinar:

“Comumente sustenta-se que as leis interpretativas retroagem. É preciso, entretanto, distinguir. Sendo a lei interpretativa a forma autêntica pela qual o legislador fixa o seu pensamento e esclarece o seu comando, considera-se contemporânea da própria lei interpretada, segundo a doutrina que vem desde o imperador Justiniano e, portanto, na sua própria condição intrínseca, faz abstração do tempo decorrido entre as duas normas”<sup>13</sup>.

Diversamente, José de Oliveira Ascensão declara, inequivocamente, que a lei interpretativa é retroativa. Isso por duas ordens de razões: a) a fixação de um sentido para a lei anterior como o único admissível é uma nova injunção; b) há sempre retroatividade quando uma fonte atua sobre o passado<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1, p. 337.

<sup>13</sup> *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I, p. 107-108.

<sup>14</sup> Incensurável a constatação: “Ora, a lei retroativa, se bem que não suprima a fonte anterior, não se confunde com ela. O título é necessariamente composto, englobando também a lei nova. Se a lei nova está a regular o passado, então é necessariamente retroativa” (Lei interpretativa. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 1977. v. 49, p. 52.). O pensamento foi ratificado em obra posterior (*Introdução à ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 553). Assim igualmente compreendia Francesco Ferrara (*Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 28-29. Tradução: Joaquim Campos de Miranda).

Com o devido respeito à razoabilidade da primeira compreensão, melhor entender pela retroatividade, haja vista que se tem uma lei posterior projetando seus efeitos sobre situações jurídicas já, na sua maioria, transcorridas.

Por isso, torna-se imprescindível delimitar o campo de operação desses efeitos, com o propósito de garantia dos direitos do cidadão.

De mencionar, sem mostrar-se pretensioso em demasia, que a opinião adversa, ao vislumbrar uma ficção de contemporaneidade entre a lei interpretada e a interpretadora, talvez venha informada no sentido de dissimular a real retroação de efeitos, com o propósito de satisfazer certa preocupação da consciência jurídica à medida que, de modo geral, abomina a idéia de leis retroeficazes.

É de saber, portanto, se essa retroatividade poderá desconhecer a necessidade de assegurar-se a estabilidade de certas situações jurídicas.

Alguns sistemas jurídicos já contêm a solução para o problema. O Código Civil português de 1966, no seu art. 13º, nº 1º, proclama que a lei interpretativa integra-se na lei interpretada. No entanto, deixa a salvo os efeitos já produzidos pelo cumprimento de obrigação, decorrente de sentença com trânsito em julgado, por transação, mesmo não homologada, ou ato de natureza análoga<sup>15</sup>.

O direito argentino, através do Código Civil de 1871, prescreve:

“As leis que tenham por objeto aclarar, ou interpretar outras leis, não têm efeito quanto aos casos já julgados”<sup>16</sup>.

Daí que, em tais sistemas, somente a coisa julgada fica ressalvada – e, mesmo assim, no lusitano, quando já cumprida a obrigação –, restando, em princípio, desabrigados os direitos adquiridos e o ato jurídico perfeito, muito

<sup>15</sup> O preceito possui a seguinte redação: “A lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transação, ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza”. Disponível em [www.giea.net/legislacao](http://www.giea.net/legislacao). Acesso em 22-02-2006. Assim já se pensava desde bastante tempo. Escritas originariamente em 1844, as Instituições de Direito Civil de Manuel Antônio Coelho da Rocha continham a advertência: “se a lei é interpretativa ou declaratória, a qual se aplica a todos os casos praticados depois da interpretada, menos aqueles que já estiverem decididos por sentença passada em julgado, ou transação” (São Paulo: Saraiva Editora, 1988. Tomo I, p. 5. Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. e com apresentação de José Carlos Moreira Alves).

<sup>16</sup> “Las leyes que tengam por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados” (*apud* Guillermo A. Borda (*Manual de derecho civil – parte general*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 99). Em consulta ao site [www.redetel.gov.ar](http://www.redetel.gov.ar), realizada em 22-02-2006, obtivemos a informação de que tal dispositivo fora revogado pela *Ley* 17.711, de 22 de abril de 1968.

embora o diploma português se refira, quanto a este último, ao cumprimento de obrigação constante de transação<sup>17</sup>.

Contudo, modelos dessa espécie não param por aí. Mirando-se na Itália, Enrico de Mita<sup>18</sup> declara não ser vedado, pelo ordenamento, que a lei tributária preveja, às expensas, a própria retroatividade, postura não proibida pelo art. 23<sup>19</sup> da Constituição de 1947 nem pelo art. 25<sup>20</sup> do mesmo diploma, a referir-se exclusivamente à matéria penal.

Não obstante, assevera ser possível verificar, às vezes, se a retroatividade viola um outro princípio constitucional, como é o caso daquele da capacidade contributiva.

Daí que o tema foi submetido ao legislador, havendo, no particular dos vínculos tributários, a *Legge* 212, de 27 de julho de 2000, disposto, no seu art. 3.1, que as disposições tributárias não possuem efeito retroativo, salvo a hipótese contida no seu art. 1.2. Esta versa, justamente, sobre a adoção de normas

<sup>17</sup> Procedendo à tentativa de compreensão do art. 4º do Código Civil argentino, é a conclusão a que chegou Guillermo A. Borda (*loc. cit.*, p. 99), tanto que, um pouco mais à frente (p. 101), reputa a formulação teórica sobre as leis interpretativas inútil, haja vista a admissibilidade do legislador de ditar leis com o efeito retroativo quando o estime necessário. Ainda no direito argentino, importante atentar que, no que concerne à atividade administrativa, na qual se insere a cobrança de tributos, a Lei Nacional de Procedimentos Administrativos (*Ley* 19.549, de 03-04-72) alberga a diretriz de que o ato administrativo, cuja edição se faz em execução de norma legal, poderá possuir efeito retroativo quando advém em substituição de outro ou quando favorece ao administrado. Não poderá, porém, lesionar direito adquirido. A ressalva, segundo Julio Comadira (*Procedimientos administrativos – Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 272-273), tem como estuque a garantia constitucional da propriedade do art. 17 da Constituição da Nação, dirigida à não afetação dos direitos incorporados ao patrimônio do administrado, juntamente com o auxílio da integração analógica do art. 3º, §2º, do Código Civil. Daí que a legislação publicista agrega mais uma entidade a merecer proteção nos conflitos de leis no tempo. O art. 3º do Código Civil argentino veda a que as leis, sejam de ordem pública ou não, tenham efeito retroativo, salvo disposição em contrário. Diz, no ponto indicado, que, em qualquer caso, a retroatividade da lei poderá afetar direitos amparados em garantias constitucionais. Ainda menciona que aos contratos em execução não são aplicáveis as novas leis supletivas, o que, interpretado *a contrario sensu*, permite a retroatividade quanto às preceituações cogentes.

<sup>18</sup> *Principi di diritto tributario*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999. p. 104-105. Suscetível de leitura comentário de Adele Anzon (*Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi – l'esperienza italiana alla luce di un' analisi comparata sul regime del richterrecht*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995. p. 180-183) acerca da *Sentenza* 118/1957 da Corte Constitucional, na qual foram invocados vários argumentos no sentido de que a lei interpretativa não viola a autonomia judicial, bem como não é inconstitucional em face de seu caráter retroativo. A autora, nas páginas seguintes, aponta as alterações imprimidas a tal orientação.

<sup>19</sup> O artigo estatui a necessidade de lei para a instituição de tributo.

<sup>20</sup> O preceptivo abriga a garantia do juiz natural e da indispensabilidade de prévia tipificação legal para punição criminal.

interpretativas, a qual somente poderá se verificar em situações excepcionais e unicamente mediante lei ordinária.

O mesmo se dá na Espanha. Martín, Queralt, Lozano Serrano e Poveda Blanco<sup>21</sup> aludem que o art. 20 da Lei Geral Tributária não contém prescrição específica sobre a irretroatividade das leis tributárias<sup>22</sup>, valendo salientar também que tal não deriva da Constituição de 1978, posto o art. 9.3 desta se referir, unicamente, às disposições de caráter sancionador. Disso resulta que se aplica o art. 2.3 do Código Civil, ao dispor que as leis não terão efeito retroativo, salvo se dispuserem o contrário.

Digna de transcrição a conclusão de tais autores: “Em conclusão, nem a legislação ordinária nem o ordenamento proíbem a retroatividade das normas tributárias. Como assinalou PALAO, isso quer dizer que as leis tributárias retroativas estão, em princípio, admitidas por nossa Lei fundamental, e somente incorrem em inconstitucionalidade quando sua eficácia retroativa entre em colisão com outros princípios consagrados na Constituição, fundamentalmente, os da segurança jurídica e da interdição da arbitrariedade. Dito em outras palavras: uma lei tributária retroativa não será inconstitucional pelo mero fato de sê-lo, mas sim quando dito caráter seja arbitrário, não razoável”<sup>23</sup>.

Porém, é de deixar claro que, ao modo da doutrina itálica, não se exclui a inconstitucionalidade das leis interpretativas quando vulnerarem um princípio protegido pela Constituição de 1978.

Também na França, consoante nos ensina Jean-Jacques Bievenu<sup>24</sup>, as relações entre Administração Tributária e contribuinte não estão sob o pálio da irretroatividade das leis. O autor, entretanto, opõe duas ressalvas, consistentes na impossibilidade da incidência, com relação a fatos anteriores, de leis que autorizem as autoridades administrativas à imposição de sanções aos contribu-

<sup>21</sup> *Derecho tributario*. 5. ed. Madri: Aranzadi Editorial, 2000. p. 101.

<sup>22</sup> Um esclarecimento se faz necessário: os autores acima se referem à Ley 230, de 28 de dezembro de 1963, vigente até 31 de dezembro de 1998. A contar de 01 de janeiro de 1999, adveio a Ley 01, de 26 de fevereiro de 1998, a disciplinar os direitos e garantias dos contribuintes que, no plano intertemporal, restringe-se à consagração da retroatividade benéfica em hipóteses de sanções por infração à ordem tributária.

<sup>23</sup> “Em *conclusión*, ni la legislación ordinaria, ni el ordenamento prohíben la retroactividad de las normas tributarias. Como ha señalado PALAO, ello quiere decir que las leyes tributarias retroactivas están en principio admitidas por nuestra Ley fundamental y sólo incurrirán en inconstitucionalidad cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución; fundamentalmente los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. Dicho en otras palabras: una ley tributaria retroactiva no será inconstitucional por el mero hecho de serlo, sino cuando dicho carácter sea arbitrario, no razonable” (*loc. cit.*, p. 101).

<sup>24</sup> *Droit fiscal*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987. p. 34.

intes, bem assim aquelas que desconhecem os direitos daqueles reconhecidos por decisões judiciais passadas em julgado.

A solução, entre nós, haverá de ser inteiramente oposta. Para assim sustentar, não posso deixar de considerar que, enquanto as Constituições da República Portuguesa de 1976 (art. 29º/1º), da Nação Argentina de 1853, com o texto da revisão de 1994 (art. 18), da Itália de 1947 (art. 25) encerram a garantia da irretroatividade ao âmbito criminal, alargando a espanhola de 1978 ao âmbito sancionador em geral (art. 9.3), a tradição brasileira enveredou por senda diversa<sup>25</sup>.

Com exceção das Constituições de 1891 (art.72, §15) e de 1937 (art. 122, nº 13), as demais emprestaram maior largueza ao tratamento do tema inerente à segurança jurídica.

Assim é que a Carta Imperial de 1824 (art. 179, III) vedou, genérica e peremptoriamente, a edição de leis retroativas, enquanto que as Leis Básicas de 1934 (art. 113, nº 3), 1946 (art. 141, §4º), 1967 (art. 150, §3º) e 1969 (art. 153, §3º), inseriram, além da preocupação criminal, a ressalva da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.

Muito embora não adotando o norte genérico da irretroatividade, o Constituinte de 1988 optou por preservar daquela algumas situações, tais como a: a) irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5º, XL); b) preservação do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI); c) garantia da não cobrança de tributo em relação a fatos gerados anteriores à lei que os instituir ou aumentar (art. 150, III, a).

Nessas situações, o legislador – necessário enfatizar – não possui nem mesmo o apanágio da irretroatividade mínima, exclusividade da norma constitucional.

Diferente não se posiciona a doutrina. Daí que, à luz do ordenamento vigente sob o Império, Pimenta Bueno<sup>26</sup> já atentava para que somente quando

---

<sup>25</sup> De registrar, por curiosidade, a irreverência de Guillermo A. Borda (*Manual de derecho civil – parte general*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 112-113), ao apontar, quanto à Argentina, a inconveniência de inserir na Constituição da Nação o princípio da irretroatividade, salientando que este possui uma rigidez que não se coaduna com as necessidades jurídicas, políticas e econômicas de uma sociedade. Por isso, afirma que os povos de sólida tradição jurídica e de ordem constitucional estável consideraram que o postulado não deve restar consagrado na Lei Magna. Continua dizendo que apenas alguns países latino-americanos (Bolívia, art. 31; Costa Rica, art. 26; Cuba, arts. 22 e 23; Honduras, art. 54; México, art. 14; Nicarágua, art. 43; Paraguai, art. 26; Peru, art. 25) e, entre os europeus, unicamente a Noruega (art. 97), estabeleceram o princípio na sua Constituição.

<sup>26</sup> Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Coleção Formadores do Brasil - Marquês de São Vicente*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 139.

uma lei declaratória não ofendesse direito, antes confirmasse situações, como uma lei de anistia, ou reconhecimento da dívida pública, ou revalidação de poses, é que poderia, sem maiores inconvenientes, alcançar projeção retrospectiva.

Muito interessante afirmação de Eduardo Espíndola e Eduardo Espíndola Filho<sup>27</sup> na obra citada e que, recuando a 1943, alberga a peculiaridade de haver sido escrita durante a vigência da conhecida Polaca, a qual retirou do texto constitucional a garantia do ato jurídico perfeito, direito adquirido e da coisa julgada, rebaixando-a ao plano da legislação.

Não obstante não favorável o cenário constitucional, entendiam que não bastava uma lei ser expressamente interpretativa para que pudesse atingir situações constituídas. Proclamado pelo art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que a mera correção de lei em vigor é considerada lei nova, não podendo retroagir, afigurar-se-ia absurdo e grave atentado à lógica que tal efeito pudesse ser conferido a uma verdadeira lei nova, promulgada com o intuito de interpretar a anterior<sup>28</sup>.

Para Carlos Maximiliano<sup>29</sup>, a lei interpretativa somente é aplicável para os casos futuros, e não desde a data da lei interpretada, devendo respeitar os direitos adquiridos, imposição de ordem jurídica onde o princípio que fulmina a retroatividade se acha inserto na Constituição.

Também para Vicente Ráo<sup>30</sup>, o respeito aos direitos adquiridos pelas leis interpretativas é admissível entre nós, por existente vedação constitucional de retroatividade, que se dirige tanto aos legisladores como aos juízes.

Mesmo sem atentar para a discussão na província constitucional, direção no sentido de que a retroatividade da lei interpretativa há de conter limites também advém da pena de Miguel Maria de Serpa Lopes<sup>31</sup>. Após explicitar que,

<sup>27</sup> *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. I, p. 299-300.

<sup>28</sup> Mais enfático o Projeto de Lei 4.905, de 1995, que, visando substituir a Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor sobre a aplicação das normas jurídicas, enuncia, no seu art. 1º, §3º, que: "O texto de lei republicada, inclusive de lei interpretativa, considera-se lei nova" (Diário do Congresso Nacional, Seção I, edição de 18 de fevereiro de 1995).

<sup>29</sup> *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 88-89.

<sup>30</sup> *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1, p. 337.

<sup>31</sup> *Curso de direito civil – introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1988. v. I, p. 119-120. A primeira versão da obra foi de 1957.

desde o direito romano era assente que os efeitos de lei interpretativa deveriam deter-se na coisa julgada e na transação, salienta que, para a concepção moderna, essa eficácia, embora possa atingir as causas pendentes, não poderá alcançar institutos jurídicos que envolvam o término definitivo, a extinção ou satisfação de um direito, como a remissão de dívida, a prescrição, a decadência, a perda da coisa devida determinando a extinção da obrigação e o fato da morte em relação aos direitos personalíssimos.

Limongi França<sup>32</sup>, embora não aportando em fundamento constitucional, posiciona-se pela impossibilidade de lei interpretativa arrostar direito adquirido. Louvado na consagração do princípio da continuidade das leis (art. 2º, *caput*, Lei de Introdução ao Código Civil), bem como no brocardo de que a lei é clara e, por isso, é válida a interpretação que se lhe dá, sustenta o autor que se uma lei é passível de mais de uma interpretação, e se esta vem adotada em harmonia com as regras da hermenêutica, não há como se desconhecer o direito adquirido. Todavia, adverte que tal só ocorre quando a interpretação não desconheça as boas regras da hermenêutica, pois não se pode cogitar de direito adquirido perante compreensão estapafúrdia e arbitrária, ainda que de norma acentuadamente obscura.

José de Oliveira Ascensão é categórico ao assinalar que, em produzindo retroatividade, haverá que se garantir a estabilidade das situações já consumadas, orientação claramente aplicável ao direito brasileiro, de modo que “a lei interpretativa, como toda lei retroativa, é admissível, desde que respeite o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>33</sup>.

Isso, contudo, não quer conduzir à inutilidade prática da lei interpretativa. Absolutamente. Aplica-se às situações fáticas cujos efeitos jurídicos ainda se encontrem em aberto.

---

<sup>32</sup> *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 193-194.

<sup>33</sup> Lei interpretativa. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 1977, v. 49, p. 53. Tamanha a importância do respeito a situações consolidadas que Paul Roubier (*Le droit transitoire – conflits des lois dans le temps*, 2. ed. Paris: Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 263-264), abordando o assunto diante do sistema jurídico francês, que não consagra a segurança jurídica em sede constitucional, mas no plano legislativo (Código Civil, art. 2º), afirma que, não obstante os fatos pretéritos possam ser atingidos pela nova interpretação, desta restam afastados os litígios encerrados (*causae finitae*), exemplificadas pelas: a) decisões que revistam a força de coisa julgada; b) as transações que não podem ser atacadas por erro de direito (Código Civil, art. 2.052); c) sentenças arbitrais que tenham obtido autoridade de coisa julgada; d) prescrições consumadas. Para autor, porém, as *causae pendentes* são atingidas pela lei interpretativa, a qual se aplica a todos os negócios ainda não definitivamente resolvidos, ou seja, que não configuram *causae finitae*, incidindo em sede de apelação e de cassação.

Ademais, posição diversa do resguardo do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, ante qualquer espécie legislativa, seja de direito público, seja de direito privado, não se concilia com a jurisprudência do Supremo Tribunal. De fato, isso restou pacificado com o julgamento da ADIN 493 – 0 - DF<sup>34</sup>, tendo o em. relator, Min. Moreira Alves, em voto paradigma<sup>35</sup>, frisado que, situando-se a eficácia da lei no tempo sob disciplina constitucional, impõe-se inclusive quanto às chamadas leis de ordem pública. Por esta razão, não há como se conceber o desrespeito de situações consolidadas pela superveniência de lei interpretativa.

Com o propósito de alento aos pronunciamentos já expostos, advém providencial recente lição da jurisprudência itálica, o que é notável por nesta preva-lecer, como regra, a legitimidade constitucional de leis interpretativas com eficá-cia retroativa.

Trata-se da *Sentenza* 525, de 15 de novembro de 2000, proferida pela Corte Constitucional no julgamento da constitucionalidade do art. 21.1 da *Legge* 133/1999, na parte em que estabelece interpretação autêntica do art. 38.2 da *Legge* 546/1992, diploma incumbido da disciplina do processo tributário.

A norma impugnada dispõe que tal dispositivo é de ser interpretado no sentido de que as sentenças pronunciadas pelas comissões tributárias regionais e de segundo grau, para os fins do prazo do art. 325 do Código de Processo Civil, devem ser científicadas à Administração Tributária por parte da Advocacia do Estado.

A previsão ganhou relevo pelo fato da direção seguida pela Corte de Cassação ser tranqüila, desde certo tempo, que tais notificações poderiam ser efetuadas perante os órgãos da Administração Pública que emitiram os atos questionados, salvo esta tivesse confiado sua própria representação à Advocacia do Estado.

Diante disso, em situação onde um contribuinte tivera a notificação de decisão que lhe fora favorável pela repartição de impostos de Rivoli, mediante a entrega do respectivo documento a servidora encarregada do recebimento de ditos atos, visando à tempestividade de recurso de cassação, a Administração Tributária sustentou que a notificação do julgado estava eivada de nulidade, posto dever, com base na lei questionada, ser feita perante a Advocacia do Estado de Turim.

Da invocação da aplicação do art. 21.1 da *Legge* 133/1999 ao caso fez resultar arguição de legitimidade constitucional pela Corte de Cassação.

<sup>34</sup> Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 04-09-92.

<sup>35</sup> Digno de leitura o exuberante pronunciamento na LEX JSTF 168/94113.

Examinando a questão de mérito, a Corte Constitucional, ao depois de afirmar ser cabível ao legislador adotar normas que precisam o significado de outras disposições legislativas não só quando subsista situação de incerteza na aplicação do direito, ou quando existam contrastes jurisprudenciais, mas também em presença duma orientação homogênea da Corte de Cassação, não se poderia esquecer precedentes (*Sentenze* 311/1995 e 397/1994) que fixaram, além da matéria penal, outros limites a tais disposições, respeitantes à salvaguarda de normas constitucionais, entre as quais àquelas que consagram os princípios gerais da razoabilidade, da igualdade, das funções constitucionalmente reservadas ao Poder Judiciário, bem assim a tutela da confiança legitimamente posta sobre a certeza do ordenamento jurídico.

No que concerne à hipótese que ensejou a impugnação, restou asseverado a necessidade de deter-se sobre a confiança do cidadão na segurança jurídica, princípio que, por representar elemento essencial do Estado de Direito, não pode ser ofendido por disposições legais retroativas que incidam, sem razoabilidade, sobre situações disciplinadas por leis anteriores.

E, como se não bastasse, a reviravolta produzida no âmbito da Corte fez com que o postulado invocado, voltado à proteção da confiança na segurança jurídica, valesse também em matéria processual, traduzindo-se na exigência de que as partes conheçam o momento no qual nascem os ônus que lhes são prejudiciais, bem assim na legítima confiança daquelas no desenvolvimento da atividade judicial consoante as regras vigentes à época do cumprimento dos atos processuais.

Por isso, declarou-se ilegítima, por violação do art. 3º da Constituição de 1947<sup>36</sup>, a parte do art. 38.2 da *Legge* 546/1992 que estende a interpretação autêntica para o passado<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> O preceito exalta o cânon da igualdade dos cidadãos perante a lei, incumbindo a República do encargo de remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitam referido princípio, ou que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

<sup>37</sup> Interessante a transcrição de reduzida, mas fundamental passagem consignada no voto do relator, Juiz Fernando Santosuosso: “Nesta oportunidade, ocorre, no particular, deter-se sobre a confiança do cidadão na segurança jurídica, princípio que não pode ser lesado por normas com efeitos retroativos, incidentes, de modo desarrazoado, sobre situações reguladas por leis precedentes (v. as sentenças n. 416 de 1999 e n. 211 de 1997). Tal princípio deve valer também em matéria processual, onde se traduz na exigência de que as partes conheçam o momento no qual surge ônus com efeitos prejudiciais, bem assim na legítima confiança daquelas no desenvolvimento do juízo segundo as regras vigentes à época da execução dos atos processuais (cf. a sentença n. 111 de 1998)”. (In questa sede occorre in particolare soffermarsi sull’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica; principio Che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere lesato da norme con effetti retroattivi Che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti (v. le sentenze n. 416 del 1999 e n. 211 del 1997). Tale principio deve valere anche in materia processuale, dove si traduce nell’esigenza che le parti conoscano il momento in cui sorgono oneri con effetti per loro pregiudizievoli, nonché nel legittimo affidamento delle parti stesse nello svolgimento degli atti processuali (cfr. la sentenza n. 111 del 1998). Disponibile em: [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni). Acesso em 22-02-2006. Tradução livre.

Percebe-se, portanto, que a retroatividade da lei interpretativa não sonega limitações, tendentes à preservação de situações estabilizadas, as quais, a despeito de mais saliente nos sistemas onde a segurança jurídica é objeto de preocupação constitucional, também estão presentes nos ordenamentos onde o tema é versado pelo legislador.

#### **4. O TRATAMENTO DA QUESTÃO NO CAMPO TRIBUTÁRIO (À GUIA DE REMATE)**

Enveredando pelos liames entre Fisco e contribuinte é encontradiço, no texto do Código Tributário Nacional, preceito, dispondo sobre a eficácia temporal das leis interpretativas. Está consubstanciado, como visto acima, no art. 106, I, tendo sido alvo de comentários pela doutrina.

Sérgio Feltrin Corrêa<sup>38</sup> não vislumbra o problema, assentando que, de acordo com o dispositivo acima, pode-se, em qualquer caso, aplicar a lei a ato ou fato pretérito, se esta detiver a condição de meramente interpretativa.

Escrevendo anos anteriormente, Baleeiro<sup>39</sup> acentuou que a interpretação autêntica se reveste de caráter excepcional e que, em países como o nosso, em que a irretroatividade da lei às situações definitivamente constituídas assume a condição de direito fundamental individual, a lei interpretativa há de circunscrever-se à sua missão específica, qual seja a de esclarecer e suprir o que foi legislado, sem produzir direito novo mais oneroso ao cidadão.

Precisas as palavras do autor: “Lei que interpreta outra há de ser retroativa por definição, no sentido de que lhe espanca as obscuridades e ambigüidades. Mas contaminar-se-á de inconstitucionalidade se, em matéria fiscal, criar tributos, penas, ônus ou vexames que não resultavam expressa ou implicitamente do texto interpretado. Tais inovações só alcançam o futuro”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código Tributário Nacional comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 523.

<sup>39</sup> *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 427.

<sup>40</sup> *Id. Ibid.*, p. 427.

Esse também o entendimento de Tavares Paes<sup>41</sup>, ao visualizar que, em sendo a retroatividade fiscal dotada de excepcionalidade, a lei a que se refere o art. 106, I, do CTN, não poderá ser a que crie tributos ou ônus, mas sim a que esclareça o sentido de outra<sup>42</sup>.

Disso tudo se conclui que a norma inscrita no art. 106, I, do CTN, é de ser examinada com cuidado e parcimônia, devendo a expressão “em qualquer caso” ser irremediavelmente afastada, por frontal incompatibilidade com o resguardo as hipóteses em que o legislador magno pôs sob o abrigo inexpugnável da segurança jurídica.

A utilidade prática do preceito acima, que é inegável, remanesce, apenas e tão-só, às situações jurídicas não consolidadas por injunção de franquias constitucionais que tutelam o cidadão contra a gravosa retroatividade de disposições legislativas.

Tal raciocínio – registre-se – consolida as meditações doutrinárias que gravitam quanto ao problema da aplicação da lei interpretativa no tempo, cuja retroação de efeitos somente haver-se-á de verificar fora das hipóteses do art. 5º, XXXVI, XL, e 150, III, *a*, da Constituição Federal. E não é só. Assimila tradição constitucional pátria em sede de conflitos intertemporais de leis, representando contributo a inegável ideal de justiça.

Isso sem contar que as relações entre Administração Tributária e contribuinte – que, no passado, chegaram a servir de lastro a importantes movimentos

---

<sup>41</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 6. ed. São Paulo: LEJUS, 1998. p. 266. O autor aponta precedente valioso do Supremo Tribunal Federal no que concerne à aplicação das leis interpretativas no direito tributário. Tal recaiu no RE 76.276 – SP (2ª T., ac. un., rel. Min. Bilac Pinto, Audiência de Publicação de 14-12-75), retratando litígio quanto ao Decreto-lei 834/69 que elevava de 29 para 66 as hipóteses de incidência do Imposto sobre Serviços, de competência municipal. O tribunal, manifestando-se favorável ao contribuinte, descaracterizou a natureza interpretativa do diploma, de modo a ser necessária a observância do art. 153, §29, da Constituição de 1969 (princípio da anterioridade), descabida sua aplicação para o mesmo exercício financeiro. Motivando o julgado, afirmou que uma lei, para ser reputada como interpretativa, deveria declarar expressamente essa qualidade, ou ser redigida em termos a tornar inequívoca a sua natureza de norma interpretativa, o que não ocorria na situação em julgamento.

<sup>42</sup> De chamar atenção Carlos Mário da Silva Velloso (*A irretroatividade da lei tributária – irretroatividade e anterioridade – imposto de renda e empréstimo compulsório*. In: *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 299) quando propende a afastar a existência, no nosso sistema jurídico, onde a regra da irretroatividade se situa em nível constitucional, de leis interpretativas. Com o devido respeito, não há, na Constituição de 1988, nem nas suas precedentes, uma imunização geral à retroatividade. Apenas contra esta restaram encouraçadas algumas situações, tais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a exigibilidade de tributos, ou os respectivos aumentos, com relação a fatos gerados passados. Prova de que, fora das hipóteses abrigadas explicitamente pela Lei Maior, é possível a retroatividade, tem-se a Súmula 654 do Pretório Excelso, enunciando: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

políticos, como as Revoluções Americana e Francesa – não prescindem do princípio da segurança jurídica<sup>43</sup>.

No que concerne à Lei Complementar 118/2005, não podem restar a descoberto aqueles que, cientes da orientação jurisprudencial favorável quanto à aplicação do art. 168, I, do CTN, ingressaram, antes da entrada em vigor daquela, fenômeno acontecido em 09 de junho de 2005, com ação pleiteando compensação com créditos próprios, cujo surgimento teve como marco inicial o decênio imediatamente anterior à data em que protocolado o pedido.

Há, assim, ato jurídico perfeito a ser tutelado. Basta, para tanto, que se observe definição do art. 6º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”

<sup>43</sup> O influxo do princípio da segurança jurídica na seara da tributação, juntamente com o da certeza do direito, é evidenciado pela pena de Frana Elizabeth Mendes (*Imposto sobre a renda – Súmula 584*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 63-64). Amostra dessa inegável importância também está no Acórdão 216/1990 do Tribunal Constitucional de Portugal, ao ter por inconstitucional o artigo único do Decreto-lei nº 255, de 20 de julho de 1988, que determinou a cessação retroativa a 01 de julho de 1988 da suspensão temporária da cobrança da totalidade dos direitos de importação previstos no art. 1º do Decreto-lei nº 395, de 31 de dezembro de 1987, no qual se declarou, com firmeza, que, mesmo não havendo a Constituição de 1976 realçado vedação de leis retroativas, inexistente, no particular, total liberdade em prol do legislador. Transcreve-se a ementa da decisão: “I – De nenhum princípio ou norma da Constituição se pode extrair a proibição genérica da existência de leis fiscais retroativas, sem que com isso se queira dizer que o legislador ordinário disponha, neste campo, de total liberdade; com efeito, o legislador não poderá nunca impor a retroactividade em termos que choquem a consciência jurídica e frustrem as expectativas fundadas dos contribuintes, tendo em conta o princípio do Estado de direito democrático que, ínsito no seu art. 2º, informa a Constituição. II – Tal princípio é garantístico da existência de um mínimo de certeza nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas com base na lei vigente à data dos factos criadores de certas situações jurídicas; mas, para que se atente contra uma tal garantia, mister é que uma lei retroactiva (e para os casos em que a própria Constituição veda a retroactividade – leis penais e leis restritivas dos direitos liberdades e garantias: artigos 18, 3, e 29, 1, 3 e 4) fira de modo injustificado, arbitrário, intolerável e opressor aquela certeza e conseqüente confiança dos cidadãos na ordem jurídica; pelo contrário, a retroactividade tributária terá o beneplácito constitucional sempre que razões de interesse geral ou de conformação social a reclamem e o encargo para o contribuinte não se mostrar desproporcionado – e mais ainda o terá se tal encargo aparecia aos olhos do contribuinte como verosímil ou mesmo como provável. III – A norma impugnada, ao fazer cessar, desde data anterior a da sua publicação, o regime de suspensão de cobrança da totalidade de direito de importação, necessariamente criou efeitos jurídicos com os quais, razoável e justificadamente, os interessados nas decisões não deviam contar e que se poderão considerar como tendo repercussão econômica para eles, não se vislumbrando a existência de ponderosas razões de interesse geral ou de conformação social que apontem para que a confiança daqueles interessados fosse sobreposta por essas razões. IV – A exigência aos importadores de pagamento dos direitos de importação (no período entre as datas em causa), configura-se como arbitrária e dificilmente tolerável, designadamente tendo em conta a objectiva e materialmente justificada expectativa por eles detida consistente em razoavelmente contarem nada terem a pagar a título de direito por essa importação” (v.u., rel. Cons. Bravo Serra. Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em 29-05-2006). Com maior razão, a preponderância desse entendimento em ordem jurídica cuja preocupação com a retroactividade das leis consta no texto da Lei Fundamental.

Não olvidar que, no particular dos efeitos do art. 3º da Lei Complementar 118/2005, existe, na direção indicada, pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência no RESP 539.212 – RS<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Confira-se elucidativa passagem da ementa do aresto: “18. Consectário desse raciocínio é que a Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir” (1ª S., ac. un., rel. Min. Luiz Fux, DJU de 27-06-2005).



# **DIAGNÓSTICO DA INSTABILIDADE JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL**

**Marco Bruno Miranda Clementino**

*Juiz Federal / 19ª Vara-PE*

## **1. DEVO OU NÃO DEVO? COM A PALAVRA, O JUDICIÁRIO...**

A posição do devedor do fisco, mais conhecido por sonegador, se tornou uma posição muito relativa no Brasil. Não bastasse uma tendência histórica de aversão aos impostos e aos seus cobradores, verificada na própria fonte bíblica<sup>1</sup>, que diminui a antipatia da população ao contribuinte inadimplente, a verdade é que a jurisprudência brasileira tem sido tão imprevisível em matéria tributária que não se pode tachar propriamente de devedores aqueles que não recolhem seus tributos conforme exigidos pelos órgãos fiscais. Fica difícil, por outro lado, identificar as eventuais arbitrariedades do fisco quando insiste numa determinada prática rejeitada pela jurisprudência, porque se sabe que esta pode a qualquer momento modificar sua posição e frequentemente o faz.

Este trabalho tem por objetivo analisar justamente esse fenômeno da imprevisibilidade da jurisprudência em matéria tributária, demonstrando como ele acontece na prática judicial e avaliando seus reflexos não apenas sob a ótica jurídica, mas também sobre as perspectivas econômicas e políticas, inclusive o alcance dos respectivos efeitos.

A relevância da temática reside em que a imprevisibilidade do Judiciário e a sua impotência em proteger eficientemente os direitos de propriedade têm

---

<sup>1</sup> Na Bíblia, é comum se referir aos impostos e aos respectivos cobradores como sinal da opressão do invasor romano. É célebre a passagem do Evangelho de Mateus (Mt 22, 17), em que Jesus, no templo, foi submetido ao dilema de ter que responder se era lícito pagar tributos ao imperador romano, ao que respondeu ele, com sabedoria: “Pois daí a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”.

sido apontadas entre os principais fatores que desestimulam os investimentos produtivos no Brasil, tanto os provenientes do capital nacional como do estrangeiro, sem os quais a economia adquire uma tendência paralisante que arrefece qualquer tentativa de crescimento econômico. Em matéria tributária, cujas relações são semanticamente econômicas por excelência, o estudo ganha importância ainda maior, especialmente num território fiscal que pratica carga tributária extremamente elevada, como no Estado brasileiro.

O estudo procura demonstrar que o Poder Judiciário é também uma instituição econômica e não meramente jurídica, do que resulta a necessidade de maior preocupação, tanto pelos juízes como pelos cientistas do direito, acerca da repercussão econômica de suas decisões e da eficiência com que cumpre sua função constitucional em vista de interesses econômicos cujos conflitos visa equacionar quando provocado.

A imprevisibilidade é um dos focos de preocupação frequentemente suscitados quanto à eficiência do Judiciário, sendo normalmente atribuída a fatores de cunho operacional, como o mau gerenciamento da instituição, quando o principal problema é a própria formação do jurista brasileiro, e não apenas do juiz, que pratica um direito formalista de base normativista. O jurista brasileiro é dogmático e não se indaga sobre a função política e transformadora (ou mesmo conservadora) do direito no tecido social.

A partir da metodologia de estudos de casos, a pretensão da análise é a de esclarecer como o fenômeno da imprevisibilidade da jurisprudência se manifesta concretamente na prática judicial, mas também de suscitar o contraponto, mostrando que o argumento de precedente (precedente persuasório) é, em verdade, aplicado com enorme frequência, o que expressa uma postura paradoxal pelo magistrado brasileiro, que ora segue a jurisprudência dominante, ora não o faz, sem que haja um critério rigoroso para pautar sua atuação.

## **2. JUDICIÁRIO *VERSUS* ECONOMIA**

Em 2003, provavelmente antevendo os debates que seriam travados no ano subsequente acerca da Reforma do Judiciário, parcialmente concluída no final de 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ente da administração indireta federal sob tutela do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, divulgou seu texto para discussão nº 966, intitulado “Judiciário, reforma e economia: A visão dos magistrados”, de autoria do pesquisador Armando Castelar Pinheiro (2003).

O estudo, que se diz inédito por enfatizar, na metodologia, a visão dos próprios magistrados, tem por objeto a análise do “(...) Judiciário como instituição econômica, procurando estender sua influência sobre o desenvolvimento econômico.” (PINHEIRO, 2003, p. 4) E acrescenta mais adiante: “Com isso, ele ajuda a compor o diagnóstico sobre os problemas do Judiciário que mais afetam a economia e a avaliar as iniciativas que podem tornar o Judiciário uma instituição mais eficaz e eficiente do ponto de vista econômico” (*idem ibidem*, p. 04).

Em sua fundamentação para qualificar o Judiciário como instituição econômica, o pesquisador argumenta, sob um contraponto entre as experiências dos países desenvolvidos e pobres, sobre o quanto a má documentação, identificação e securitização dos direitos de propriedade reduz a capacidade de crescimento econômico de um país. Como o Judiciário integra a cadeia institucional de proteção dos direitos de propriedade, sua ineficiência reduz a contribuição do capital no desenvolvimento (PINHEIRO, 2003).

É evidente que a análise é reducionista, por múltiplos aspectos. Primeiramente, é preciso esclarecer que a proteção jurídica desses direitos de propriedade não se restringe à atuação jurisdicional. Nesse contexto, estão incluídos os ativos em geral do mercado econômico, cuja formalização perpassa também a atuação dos serviços notariais, dos órgãos de registro da atividade empresarial, dos entes públicos de regulação e fiscalização de determinadas atividades econômicas, além dos demais agentes, públicos ou não, essenciais à justiça<sup>2</sup>. O papel do Judiciário ganha relevo apenas quanto se trata de equacionar conflitos surgidos no emprego dos ativos no mercado, a partir dos dados empíricos que lhe são levados ao conhecimento, normalmente produzidos em outras esferas da burocracia.

Em segundo lugar, é importante lembrar que nem sempre a deficiência na prestação jurisdicional tem sido óbice intransponível ao desenvolvimento econômico, já que as críticas que pesam sobre o Judiciário brasileiro são sempre as mesmas atribuídas à grande maioria dos países que seguem a tradição da *civil law*, especialmente os europeus. As estruturas judiciárias da Alemanha, da França, da Itália e da Espanha, dentre outros, também são alvo de ressalvas, quiçá de duras críticas, quanto à sua eficiência, sem que isso tenha sido suficiente para impedir o desenvolvimento desses países.

---

<sup>2</sup> Além de extremamente burocrática, toda essa estrutura construída visando à securitização desses ativos é bastante complexa, sobretudo se se considerar que muitas das funções são repartidas, sem que haja uma atuação compartilhada ou pelo menos razoavelmente definida, entre entes diversos da federação.

Há um terceiro argumento, de cunho mais propriamente sociológico, relacionado à questão da legitimidade. Em que pese a análise exposta quanto à proteção dos direitos de propriedade, não existem dados empíricos metodologicamente organizados, indutivos da conclusão de que a sociedade civil deseja uma estrutura judiciária pautada por critérios econômicos, até porque, tal como o direito, a economia não conseguiu definir um método que forneça uma maior objetividade a suas conclusões científicas, na “reconstituição racional do real ou de sua interpretação” (PINHO, 1989, p. 29). Esse último fator implica um quarto argumento quanto ao reducionismo da análise.

No entanto, essas objeções não infirmam a validade teórica e a contribuição prática do estudo. Como “cada ciência social analisa parcialmente o real, a partir de certos termos de referência e segundo determinado esquema de interpretação” (*idem ibidem*, p. 29), a compreensão do real perpassa a análise de todas as vertentes do conhecimento, compartimentado apenas para fins epistemológicos. Além do mais, direito e economia têm entre si aspectos que os aproximam. Para Eros Roberto Grau (2000, p. 41),

“se, por um lado, o direito interfere na constituição, no funcionamento e na reprodução das relações de produção, reproduzindo-as de maneira deformada, ideologicamente, é certo também de outra parte, que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica das relações de produção que lhe são próprias”.

Reforçando o argumento, Fábio Nusdeo (2001, p. 42) explica que ambos são indissociáveis,

“pois as relações básicas estabelecidas pela sociedade para o emprego dos recursos escassos são de caráter institucional, vale dizer, jurídico. Por outro lado, as necessidades econômicas influenciam a organização institucional e a feitura das leis. De qualquer maneira, não existe fenômeno não inserido em um nicho institucional”.

Como o Judiciário constitui a organização institucional de aplicação do direito por excelência, pelo caráter jurisdicional do exercício de sua função, efetivamente as variáveis econômicas também configuram, além de outras, dados relevantes na construção das decisões judiciais. Aliás, já tiveram essa percepção os próprios protagonistas da estrutura judiciária: os magistrados. A pesqui-

sa divulgada pelo IPEA mostra que mais de 80% (oitenta por cento) dos juízes acredita na importância do Judiciário para a economia (PINHEIRO, 2003, p. 41) e, recentemente, o próprio presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Nelson Jobim, defendeu a necessidade de uma maior atenção, pelos juízes, à repercussão econômica de suas decisões (BASILE; JAYME, 2004).

### **3. A JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E SUA RELEVÂNCIA ECONÔMICA**

Configurando o direito instrumento de regulação do todo social, sua relação com a economia torna-se mais íntima dependendo do aspecto da realidade que constitui objeto da norma jurídica. O direito tributário, pelo acentuado conteúdo econômico, é um dos ramos do direito em que essa aproximação pode ser mais facilmente identificada, tanto que os tributaristas definem o objeto da relação jurídica tributária pela terminologia de aspecto quantitativo, conjugação da base de cálculo com a alíquota, a partir do qual se apura o valor do crédito tributário a ser recolhido ao fisco pelo sujeito passivo (TORRES, 2002).

O fenômeno da tributação constitui uma das espécies de rendas do setor público necessárias a fazer frente ao gasto público (CANO, 1998). Diz respeito à apropriação pelo Estado de capital circulante no mercado em decorrência da realização de determinados fatos definidos em lei, designados pela maior parte dos tributaristas como fatos geradores. Como se trata de extrair do fato gerador um determinado aporte financeiro a ser repassado ao setor público (crédito tributário), há sempre implícito naquele um fato econômico. As bases tributáveis são normalmente o patrimônio, a renda, o consumo, a prestação de um serviço, entre outros.

Portanto, a figura do Judiciário como instituição econômica se evidencia ainda mais em se tratando de matéria tributária, com o detalhe de que, como o fenômeno da tributação implica transferência de renda do setor privado ao público, sem que haja, necessariamente, uma contrapartida necessária, a tributação é sempre antipática ao agente econômico, que é expropriado de parte de seu capital.

O interesse (e a antipatia) pelo direito tributário por parte dos agentes econômicos é diretamente proporcional ao patamar da carga tributária aplicada, esta conceituada como sendo a

“arrecadação de todos os tributos coletados no país em proporção ao PIB (produto interno bruto). Ou seja, dividindo-se tudo aquilo que o governo arrecada a título de tributos pelo valor nominal do PIB em determi-

nado período chega-se a uma medida da parcela do produto interno que é apropriada pelo setor público através de tributos.

(...)

Assim, uma das condições para que haja aumento de carga tributária é que a arrecadação tributária cresça em proporção maior que o PIB, não importante os efeitos da inflação sobre a variação da arrecadação do PIB”. (AFONSO; ARAÚJO, 2004, p. 3)

Dessa forma, a elevação da carga tributária representa, de um lado, o aumento no volume de capital apropriado pelo setor público e, de outro, por consequência, a diminuição de capital disponível ao setor privado, desestimulando o exercício da atividade econômica, pela redução do mercado consumidor, pela redução da capacidade de produção e de investimentos, pela redução da margem de lucro. Uma carga tributária equilibrada, portanto, é um dos dados relevantes para tornar atrativa a atividade econômica.

Entretanto, o que tem se verificado no Brasil é uma carga tributária em patamares bem mais elevados do que nos demais países em desenvolvimento, atingindo nos últimos anos percentuais superiores a 35% (trinta e cinco por cento) do produto interno bruto (PIB), mais de um terço da produção interna, semelhantes aos países de alto nível de desenvolvimento, cujos serviços prestados à população justificam a tributação mais rigorosa (BRASIL. Banco Federativo. Condicionantes...).

A evolução da carga tributária para percentuais elevados é uma característica, em toda a comunidade internacional, da segunda metade do século passado (BRASIL. Banco Federativo. Condicionantes...). A promoção do *Welfare State*, a partir do após-guerra, exigiu do setor público um astronômico volume de recursos financeiros, provocando crescimento expressivo da dívida pública. Para redução do déficit, a alternativa mais empregada foi a elevação da carga tributária.

Nos países em que o Estado de Bem Estar Social se instaurou em sua plenitude, com investimentos planejados em infra-estrutura e serviços públicos, a sociedade recebeu como legado todas as ferramentas necessárias ao desenvolvimento, que compensam o endividamento resultante. Todavia, nos casos em que esses recursos não foram corretamente empregados, a população até hoje padece em decorrência de políticas equivocadas. A dívida pública é enorme, exigindo carga tributária elevada para atender às obrigações dela decorrentes, porém sem uma infra-estrutura que viabilize uma política de desenvolvimento.

O Estado brasileiro, lamentavelmente, se encontra nessa segunda situação, com infra-estrutura e serviços públicos esgotados, a ponto de serem necessárias, inclusive, medidas de racionamento de energia elétrica, mas com uma carga tributária altíssima, que arrefece a atividade econômica e bloqueia o crescimento.

Essas premissas são necessárias para demonstrar como a política tributária tem relevância especial na política econômica adotada no Brasil. Impossibilitado, pelas condições sócio-econômicas desfavoráveis da maior parte da população, de reduzir significativamente o gasto público, a alternativa tem sido a de manter a carga tributária em percentuais acima da média mundial e, especialmente, dos países em desenvolvimento.

O papel do Poder Judiciário ganha ainda mais relevo nessa superestrutura quando se leva em consideração a complexidade do sistema tributário nacional, que recebe regulação detalhada na própria Constituição Federal, diferentemente do que ocorre em constituições estrangeiras, que normalmente disciplinam minimamente o fenômeno da tributação ou sequer o fazem. A adoção do sistema federativo e a instituição de princípios de conteúdo indefinido e sujeitos à interpretação ideológica são fatores que contribuem para tanto.

Como resultado, o grau de litigiosidade no direito tributário está bem acima da média, exigindo do Judiciário uma resposta ágil e previsível no equacionamento dos conflitos de interesses que lhe são submetidos. É interessante ressaltar que, pela indisponibilidade do interesse público envolvido, conflitos em direito tributário não se submetem a instâncias alternativas de soluções de conflitos, a exemplo da arbitragem.

Esse é o tamanho do papel do Judiciário numa economia como a brasileira. Com a volatilidade do capital no mundo globalizado, a exigência de instituições econômicas ágeis e estáveis é cada vez maior. Do contrário, o capital produtivo tende a se dissipar em direção a territórios que ofereçam condições mais vantajosas, aumentando a dependência ao capital especulativo.

#### **4. IMPREVISIBILIDADE DO JUDICIÁRIO: UMA QUESTÃO FILOSÓFICA?**

Infelizmente, o mesmo estudo do IPEA que estabeleceu como premissa a posição do Judiciário como instituição econômica traz em seu diagnóstico um dado preocupante: a sua imprevisibilidade. O enfoque, entretanto, é mais sociológico do que propriamente jusfilosófico, analisando a imprevisibilidade sob a

ótica das ambigüidades legislativas, da “judicialização” do conflito político e da “politização” das decisões judiciais. De certo modo, ao combater a atuação ideológica pelo Judiciário não deixa de ser ideológico em si mesmo.

Com efeito, é indiscutível que, para o capital, é melhor que os conflitos sejam fundamentalmente decididos com base em padrões sobre os quais tenha ele maior ingerência. O que não é tão evidente, porém, é se a tutela do capital, tanto do ponto de vista jurídico como da economia política, deve preponderar indistintamente sobre a de outros valores também importantes.

Os economistas neoclássicos criticam a legitimidade política do Judiciário para efetuar esse juízo de ponderação, pois entendem que a este compete apenas o cumprimento do sistema legal. Desconhecem que o próprio sistema legal, produzido na esfera política, ao estabelecer os princípios a partir dos quais deve ser interpretado, já estipula os valores que devem ser prestigiados, muitos dos quais não interessam ao capital. Ilegítimo, por parte do Judiciário, seria desconsiderar valores que prescreve o próprio sistema legal. A comparação é exagerada, mas, no Brasil, um juiz de ideologia nazista não pode se furtar a levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação da norma jurídica.

Não se trata de argumentar que o Judiciário é previsível e o diagnóstico da pesquisa é infundado, senão apenas de refutar o enfoque sob o qual se lastreou, até porque essa imprevisibilidade, tão debatida ultimamente na opinião pública, não é novidade para os operadores do direito, habituados à dinâmica do processo de positivação do direito e, especialmente, à realidade forense.

O problema é que essa imprevisibilidade, um problema evidente, tanto sob a ótica jurídica quanto sob a econômica e a social, em vista do postulado da isonomia no regime democrático, não obtém justificação razoável pela grande maioria dos juristas – e não apenas dos juízes –, que preferem não verticalizar a discussão para reduzir o fenômeno a algo latente ao direito, com o que a sociedade é obrigada a lidar para fazer jus a um sistema de regulação das relações intersubjetivas.

No intuito de resumir essa perplexidade, Fabiano André de Souza Mendonça (2000, p. 114-116) escreve que

“Todo profissional do Direito, cedo ou tarde, depara-se com uma situação na qual, presentes os mesmos requisitos fáticos, o Judiciário profere decisões díspares. É uma situação, até mesmo, explicável, se considerados distintos Tribunais ou juízes. Todavia, de difícil compreensão quando

a contradição é evidenciada pelo mesmo órgão julgador (em geral, quando colegiado) ou por instâncias interligadas.

(...)

Quantas não são as causas em que a parte sai vitoriosa se cair para determinada turma ou seção de um tribunal e não para outra? Ou para tal juiz ou relator? Ou, então, sai com sua tese derrotada? Inúmeras.

Ou ainda, quantas vezes um mesmo colegiado julgador não decide de maneira frontalmente contrária, apenas porque, em razão de determinada circunstância, alterou-se a sua composição mesmo em apenas um membro? Os exemplos pululam nos diários oficiais e repertórios de jurisprudência.

Mais, ainda, quantas vezes não tem a parte que escolher o momento certo de interpor determinada ação, de ir buscar o seu Direito? Tudo porque ainda não se pacificou determinado entendimento. É comum a parte não obter determinado direito buscado e, tempos depois, o mesmo direito começar a ser concedido pelos Tribunais. O que faz com que a parte fique sem meios de fazer voltar atrás a decisão e a ela continue a se submeter.

(...)

Esse fato, comum em normas de origem judicial, configura típica antinomia sistêmica, conforme entende a lógica clássica. Isso por se ter existente um elemento de comando proibitivo e outro permissivo (não proibitivo).

É interessante notar que o fato de decisões contraditórias serem incompreensíveis para o cidadão comum leva o tradicionalismo jurídico a ter isso por prova da especificidade de sua linguagem enigmática. Sem maior substância, que o direito é assim (?). A verdade é que o próprio jurista evita indagar tal assunto, porque também não sabe. Apenas diz, quando muito, que deve ser evitado”.

É equivocado pensar que, meramente sob uma perspectiva dogmática, é possível compreender essa imprevisibilidade como um problema e não como um determinismo, como algo ontológico. Somente uma análise que se debruce sobre o fenômeno jurídico como objeto é capaz de identificar suas vicissitudes, pela indagação (e, se for o caso, contestação) das premissas sob as quais ele se assenta. É por isso que profissionais de outras áreas tendem a se conformar menos com esses problemas do que os próprios juristas, que concebem seu pensamento sob uma racionalidade já definida.

Por outro lado, como se trata de uma análise extremamente complexa, somente o profissional que detenha um domínio bastante razoável da epistemologia jurídica, da teoria geral do direito e, ainda, da prática jurídica pode executá-la com um mínimo de segurança. É então nesse ponto que se coloca o problema da formação do profissional do direito no Brasil.

Com efeito, de há muito a sociedade brasileira se ressentida da deficiência formação de seus juristas, não propriamente no que diz respeito domínio das ferramentas necessárias à prática jurídica e, especialmente, à judicial. Pelo contrário, o jurista no Brasil até estuda mais do que a média dos demais profissionais, até pela quantidade de informações diárias que é obrigado a assimilar pela dinamicidade do direito. A questão é que a atuação desse profissional, talvez mais do que em qualquer outro, repercute decisivamente na vida em sociedade, mas como sua formação é excessivamente tecnicista, ele tende a não se preocupar tanto com isso. Ou pelo menos a não se preocupar como deveria.

Cláudio Souto (2003, p. 79) ressalta como o ensino interfere no perfil da prática judicial brasileira, dando ênfase ao papel dos juízes, os responsáveis pela diretriz que se imprime ao processo:

“Ninguém nega que o direito seja um fenômeno ao mesmo tempo de forma e de conteúdo. Contudo, o juiz brasileiro tinha, até há pouco tempo, à sua disposição, apenas uma educação jurídica quase exclusivamente lógico-formal. Configurando-se, assim, como que um imperialismo dos estudos voltejantes em torno de dogmas legais”.

Como resultado desse perfil de ensino, a prática judicial brasileira adquiriu feições nitidamente formalistas, orientada preponderantemente pelo normativismo kelseniano. Isso se reflete não apenas no trabalho dos juízes, mas de todos os agentes que, de uma forma ou de outra, atuam no processo, como os advogados (privados, públicos e defensores públicos), os membros do Ministério Público e mesmo os servidores do Poder Judiciário.

Para Djason B. Della Cunha (2003. p. 60),

“(...) o poder judiciário brasileiro, mergulhado numa tradição cultural monista de perfil kelseniano, é marcado pelo influxo de um ordenamento lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja prática reduz o Direito e a Justiça a manifestações emanadas exclusivamente do Estado, criando, por conseguinte, uma prática reducionista da norma e da lei, do direito e da justiça. Pode-se perfeitamente verificar que este aparato judiciário e de

legislação civil, montado para apreciar litígios de natureza individual e civil, torna-se inoperacional para lidar com conflitos coletivos de dimensão social emergidos do confronto entre o novo e o arcaico na realidade brasileira”.

A teoria do austríaco Hans Kelsen indiscutivelmente constitui, até os dias atuais, uma das mais importantes contribuições à história da filosofia do direito já produzidas. Antes dele, nenhum pensador conseguira isolar o direito como objeto científico de tal forma que se tornasse possível compreender como se opera o fenômeno jurídico. Ainda hoje, por outro lado, muitos de seus conceitos são utilizados para a construção de teorias que melhor se adaptem aos anseios do mundo contemporâneo.

Entretanto, como a preocupação de Kelsen dizia respeito ao fenômeno jurídico em si, objetivando um anseio histórico por segurança jurídica, sua teoria não se detém a outros aspectos da realidade social. Reflete o estudo da norma desvincilhado da finalidade a que se presta e de seus destinatários. Adotando perfil neokantiano, a norma jurídica está no plano do dever-ser, produzida, tendo como base a norma fundamental, no processo de positivação do direito, por um ato de autoridade.

Dessa forma, a repercussão da prática jurídica e, por conseqüência, na prática judicial no mundo dos fatos está fora das cogitações kelsenianas, devendo ser objeto de outras ciências, como a sociologia, a política e a economia, porém não do direito. Ou seja, os critérios de validade na aplicação do direito são rigorosamente formais e, portanto, insuficientes para verificar o grau de utilidade para os indivíduos em sociedade, seus destinatários naturais.

Se isso não bastasse, a despeito de tentar imprimir o caráter de objetividade à norma, suposta condição de previsibilidade e segurança do direito, o próprio Kelsen admite a possibilidade de um certo subjetivismo da autoridade no ato de aplicação. De fato,

“Com relação, ainda, à vinculação existente entre as normas de escalão superior e as normas de escalão inferior, Kelsen chama nossa atenção para a ocorrência eventual de uma relativa indeterminação (intencional ou não) do ato que prescreve o direito.

(...)

A indeterminação não-intencional, por sua vez, corresponderia à pluralidade de significações possíveis das palavras por meio das quais a norma se exprime, em geral decorrentes da vaguidade e da ambigüidade de seus

termos. Pode acontecer, inclusive, que a verdadeira vontade do legislador venha a consistir em apenas uma dessas várias significações.

(...)

A figura da moldura é bastante atraente na teoria kelseniana. Dentro da moldura, que corresponde ao texto normativo, encontram-se várias possibilidades de sentido, notando-se que apenas uma delas será a preferida do órgão aplicador da lei. Mas os motivos que levam à escolha de uma entre as várias interpretações possíveis, segundo Kelsen, escapam ao alcance da teoria do direito.

(...)

Dessa forma, podemos concluir que Kelsen reconhece a incidência de valores de ordem política e moral no direito, ainda que não os assuma como próprios à ciência jurídica. Mediante um ato político, a autoridade competente escolhe um entre os vários significados possíveis de uma lei, em função de sua interpretação”. (CAMARGO, 2003, p. 113-115)

É justamente a existência necessária dessa moldura que leva à imprevisibilidade da prática judicial de contorno normativista. Abrindo a norma esse relativo subjetivismo ao aplicador, é evidente que as normas produzidas, no processo de positivação, por mais de uma autoridade competente, podem resultar distintas. E como o normativismo alça a norma ao plano do dever-ser, esse fenômeno não lhe deve soar estranho. É um determinismo e não um problema, que o normativismo não é dotado de mecanismos para captar.

Acontece que o mero bom senso informa que, num regime democrático, duas situações jurídicas materialmente iguais não devem receber tratamento diferente. Então, como explicar a um cidadão comum que um direito subjetivo postulado ao Judiciário foi regularmente concedido a outro cidadão e negado outro, em ambos os casos regular e lícitamente? Como explicar que não houve violação à isonomia do ponto de vista formal? São indagações que os normativistas não se preocupam em responder, porque alheias ao fenômeno jurídico.

O interessante é que, para um juiz americano, formado na tradição da *common law*, essa situação é absolutamente inconcebível, não apenas por força da teoria do *binding precedent* ou do *stare decisis*, mas por uma formação filosófica distinta. Ao contrário do que muitos pensam, a observância do precedente obrigatório nos Estados Unidos não decorre de previsão normativa de qualquer natureza. Influenciado em grande parte pela teoria do *legal realism*, o juiz americano identifica a norma jurídica no momento de sua aplicação. A norma é aquela que efetivamente regula os interesses em conflito, encontrando-se

no plano do ser e não do dever-ser. Ao invés da lógica, ele valoriza a experiência e a tradição do sistema jurídico.

Portanto, um juiz americano percebe claramente o problema isonômico posto quando dois cidadãos em situações diferentes recebem tratamento distinto. Ao contrário do juiz brasileiro, que decide segundo sua consciência (dogmática), o juiz americano decide segundo a tradição do direito americano, mesmo que não concorde com ela. Para ele, como resposta estatal, a situação esdrúxula não seria a de decidir, como juiz, contrariando sua própria convicção, mas de perceber que os cidadãos estão recebendo tratamento diferenciado pelo Estado.

Em interessante obra sobre o federalismo norte-americano, Bernard Schwartz (1984) ilustra como a Suprema Corte dos Estados Unidos desempenhou um papel extremamente relevante na definição do alcance do poder federal nos estados, forjando sempre a interpretação mais adequada à consecução das políticas públicas necessárias ao desenvolvimento americano, inclusive em momentos difíceis de recuperação econômica, como o posterior ao *New Deal*. Isso demonstra como o Judiciário americano se atém à repercussão de suas decisões e se preocupa com os anseios da sociedade.

Para Raimundo Bezerra Falcão (2004), não se pode dizer que o realismo jurídico configure propriamente uma escola filosófica. São fragmentos de várias concepções as quais procuram identificar o direito como uma questão de experiência e não de lógica – assim dizia o juiz Holmes, da Suprema Corte dos Estados Unidos. Daí a relevância conferida à prática judicial, porque é a partir desta que o direito se efetiva e interfere na esfera subjetiva dos indivíduos. No realismo, é perceptível o caráter empirista e utilitarista da tradição filosófica dos anglo-saxões.

Portanto, esse é o fator de desentendimento entre o Judiciário e a sociedade civil. O Judiciário não é imprevisível por razões de incompetência, de levandade ou de má formação dos profissionais. O problema é estrutural, de fundamento, não do Judiciário como instituição, mas do próprio direito praticado no Brasil, um direito dogmático e não pragmático, um direito da lógica e não da construção de um sistema jurídico pela experiência.

## **5. IMPREVISIBILIDADE DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: ESTUDO DE CASOS**

O impacto dessa imprevisibilidade é sentido com enorme frequência em matéria tributária, em que causas semelhantes e de massa tendem a se repetir,

especialmente em se tratando de tributos federais. O mais grave é que, estando o direito tributário inserido no direito público, o princípio da igualdade incide decisivamente para que os contribuintes em idêntica situação não recebam tratamento diferenciado pelo fisco.

É interessante registrar que a divergência de posicionamentos da jurisprudência não ocorre apenas entre precedentes de tribunais distintos, senão entre aqueles provenientes do mesmo tribunal e, com maior gravidade, do mesmo órgão colegiado de um tribunal. A situação torna-se ainda mais complexa quando se verifica que isso ocorre com uma frequência impressionante no Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao qual a Constituição Federal, no artigo 105, III, *a* e *c*, atribui a competência de uniformizar a aplicação e a interpretação da lei federal.

A imprevisibilidade da jurisprudência conduz a outro fenômeno de repercussões importantes. Tem se tornado muito habitual a edição de ato legislativo destinado a regular matéria sobre a qual a jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, já tenha se posicionado anteriormente. Do ponto de vista sociológico, resulta que a instabilidade da jurisprudência termina por enfraquecer o próprio Judiciário, que perde papel institucional para o Legislativo, e demonstra uma certa incapacidade por aquele de exercer sua função com a eficiência necessária. Politicamente, a indefinição de papéis institucionais gera um choque entre poderes que não é positivo.

São inúmeros os exemplos de posicionamentos jurisprudenciais já consolidados que terminaram sendo posteriormente modificados. Objetivando enriquecer a pesquisa, propõe-se na metodologia deste trabalho investigar e analisar, sob a ótica dogmática, alguns casos em que esse fenômeno efetivamente ocorreu em matéria tributária.

Como opção metodológica, são objeto de análise apenas precedentes do STJ, pela competência que se lhe atribui de uniformizar a interpretação da lei federal e do papel persuasivo de sua jurisprudência aos tribunais e juízos de instâncias inferiores. Não se trata de atribuir exclusivamente ao STJ a responsabilidade pela imprevisibilidade da jurisprudência brasileira, já que o fenômeno abrange a prática do Judiciário como um todo.

## **5.1. PRIMEIRO CASO: ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS DIRETORES, GERENTES E REPRESENTANTES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO**

Um dos casos de relevante modificação da jurisprudência, dentre os identificados na pesquisa, é o que se refere à interpretação do artigo 135, III, do

Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe sobre a responsabilidade tributária dos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado<sup>3</sup>.

A responsabilidade tributária é uma subcategoria da sujeição passiva. O responsável tributário difere do contribuinte pelo fato de que sua relação com o fato gerador, pessoal e direta neste, é meramente reflexa. Todavia, por questões de política tributária, havendo essa vinculação com o fato, embora indireta, a lei submete o responsável ao direito subjetivo do fisco de exigir a prestação tributária.

A instituição da figura do responsável tributário depende de previsão legal expressa, sob pena de contrariedade ao princípio da legalidade. O próprio CTN, assim, prescreve várias hipóteses, enunciadas entre os artigos 128 e 138, e conquanto cada uma delas tenha uma característica essencial, no que se refere à do artigo 135, tem relevância o caráter da solidariedade, justificada pela alusão do enunciado à prática de ilícito por um dos agentes referidos nos incisos (FARRIA, 2004, p. 596-597).

Entretanto, a divergência na interpretação do alcance material da responsabilidade tributária prescrita no artigo 135 surgiu quando o fisco passou a defender que o mero inadimplemento de tributo ensejaria a incidência do dispositivo. O argumento apresentado ao Judiciário consistia em que o inadimplemento de obrigação tributária constituiria infração legal e, sendo assim, deveria ensejar subsunção à norma que impõe a responsabilidade dos agentes reportados no artigo 135, III.

A jurisprudência do STJ acolheu a tese da fazenda pública e se consolidou nesse sentido (BRASIL. STJ. Primeira Turma. AgRg no AG 314836/RS. Rel. Min. Garcia Vieira. Brasília, 25 set 2000. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005; BRASIL. STJ. Primeira Turma. RESP 248875/RS. Rel. Min. Garcia Vieira. Brasília, 23 maio 2000. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

Evidentemente, uma vez consolidado o posicionamento, a administração tributária passou a dele se utilizar para pautar sua estratégia de atuação, sobretudo nos processos administrativos fiscais. Sendo assim, muitos gerentes, administradores e representantes de pessoas jurídicas de direito privado tiveram ins-

---

<sup>3</sup> “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado;”

crição em dívida ativa contra si efetuada, execução fiscal contra si movida e bens de sua propriedade penhorados ou sob outras formas de constrição judicial.

No entanto, algum tempo depois, o STJ, modificou radicalmente sua interpretação do conceito de infração legal referido no artigo 135 e deixou de entender que o mero inadimplemento de tributo lhe estaria abrangido, sendo esse o posicionamento que ainda prevalece (BRASIL. STJ. Primeira Seção. ERESP 174532/PR. Rel. Min. José Delgado. Brasília, 18 jun 2001. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005; BRASIL. STJ. Segunda Turma. RESP 685006/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 14 dez 2004. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

São indiscutíveis os inconvenientes causados por essa mudança de entendimento. Em primeiro lugar, em se tratando de interpretação de norma geral de direito tributário, a discussão não se restringe a um determinado tributo específico, de modo que o volume de capital envolvido tende a ser gigantesco. Em segundo, a matéria diz respeito a uma questão muito delicada do ponto de vista empresarial e suscetível de interferir na apreciação do grau de risco de investimentos: a proteção do patrimônio dos sócios da pessoa jurídica. Outrossim, também não se pode desconsiderar o dispêndio de esforço logístico e operacional da administração pública numa determinada linha de atuação, gerando um prejuízo significativo ao erário, tanto direto como indireto.

## **5.2. SEGUNDO CASO: PRESCRIÇÃO E RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF**

Outra temática relevante que recebeu tratamento divergente pelo STJ foi a definição do termo inicial da prescrição para restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tanto no controle concentrado quanto no difuso, neste caso quando houver a edição de resolução pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Lançamento, conforme disposto no artigo 142 do CTN, é o

“procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

É pelo lançamento que se constitui o crédito tributário, este definido por Hugo de Brito Machado (2001, p. 141) como

“vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)”.

Em que pese divergirem os autores que escrevem sobre a temática, o lançamento é normalmente classificado em três modalidades: de ofício, por declaração e por homologação. O traço distintivo do lançamento por homologação consiste em que, nele, o tributo é pago pelo sujeito passivo (contribuinte ou responsável) sem que haja prévio lançamento. Esse recolhimento é ou não posteriormente homologado pela autoridade fiscal, expressa ou tacitamente (caso não se efetue a fiscalização no prazo que lhe estipula a lei).

A questão é que, em vista dessa sistemática peculiar de constituição do crédito tributário, o STJ uniformizou sua jurisprudência no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de prescrição da ação para repetição do indébito por pagamento indevido segue uma regra específica, distinta da regra geral do artigo 168 do CTN.

Com efeito, decidiu o STJ pela aplicação da tese dos “cinco mais cinco”, a qual parte da premissa de que

“se a lei obriga o sujeito passivo a pagar o tributo, sem o prévio lançamento, este se opera (...) pelo ato em que a autoridade administrativa expressamente homologa a atividade que o obrigado exerceu para realizar dito pagamento”. (ZUUDI, 2004, p. 639)

Como o lançamento, atividade privativa da autoridade fiscal, nos termos do artigo 142 do CTN, somente se efetua com a homologação do pagamento, deve ser esta o termo inicial do prazo prescricional. Assim, sendo tácita a homologação do lançamento, o termo final do prazo de prescrição se dá após dez anos, sendo cinco para homologação tácita e cinco de prescrição propriamente dita.

Entretanto, o próprio STJ excepcionou sua jurisprudência nos casos em que a restituição pelo pagamento indevido tem como causa de pedir a declaração de inconstitucionalidade pelo STF do tributo recolhido, seja em controle

concentrado, seja em controle difuso, quando houver edição de resolução pelo Senado Federal suspendendo a execução da norma em questão.

Nesse caso, o STJ entendeu pela não aplicação da tese dos “cinco mais cinco”, senão que o termo inicial da fluência da prescrição seria, dependendo do caso, da data do trânsito em julgado da decisão pela inconstitucionalidade em controle concentrado e da data da publicação da resolução pelo Senado Federal. Em ambos os casos, o prazo aplicável seria o de cinco anos, seguindo a regra do artigo 168 do CTN, apenas com termo inicial fixado sistematicamente conforme as particularidades envolvidas.

A consolidação da jurisprudência do STJ sobre a matéria, com suas particularidades, foi exposta de modo sistematizado na ementa do RESP 602710/AL, relatado pela ministra Eliana Calmon (BRASIL. STJ. Segunda Turma. RESP 602710/AL. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 16 mar 2004. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

Contudo, logo depois desse julgamento, o STJ abandonou seu próprio posicionamento, passando a adotar indistintamente a tese dos “cinco mais cinco”, mesmo nos casos de tributos declarados inconstitucionais pelo STF em controle concentrado e em controle difuso quando houver edição de resolução pelo Senado suspendendo a execução da norma (BRASIL. STJ. Primeira Turma. EARESP 509453/MG. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 26 out 2004. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005; BRASIL. STJ. Segunda Turma. RESP 666838/MT. Rel. Min. Castro Meira. Brasília, 09 nov 2004. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

Também nessa situação são inúmeros os inconvenientes da modificação de posicionamento. Além daqueles mencionados no estudo de caso anterior, até porque prescrição se enquadra igualmente como norma geral de direito tributário, é relevante salientar a perda de legitimidade do STJ como referência jurisprudencial para as instâncias inferiores. A despeito das divergências quanto ao enquadramento da jurisprudência como fonte do direito, é indiscutível sua marcante feição persuasiva. Porém, num sistema jurídico como o brasileiro, é justamente a estabilidade que confere à jurisprudência essa característica.

### **5.3. TERCEIRO CASO: MULTA NO PARCELAMENTO OU DENÚNCIA ESPONTÂNEA?**

Houve, da mesma maneira, modificação da jurisprudência do STJ no tocante à incidência ou não de multa em débito tributário parcelado. Inicialmente,

o entendimento se uniformizara no sentido de que o requerimento de parcelamento do débito pelo sujeito passivo configura denúncia espontânea, excluindo do débito a multa. Posteriormente, o tribunal inverteu seu posicionamento e, reeditando o conteúdo da súmula nº 208 do Tribunal Federal de Recursos, passou a decidir que o parcelamento não se enquadra como tal.

Até a edição da Lei Complementar nº 104/2001, o direito positivo não estabelecia normas gerais sobre parcelamento, que se regulava por leis esparsas de cada ente tributante da federação. Como não havia definição segura sobre sua natureza jurídica, foi levada ao Judiciário a tese segundo a qual o parcelamento teria natureza jurídica de denúncia espontânea, instituto previsto no artigo 138 do CTN<sup>4</sup>.

Denúncia espontânea, portanto, constitui “modo de exclusão da responsabilidade por infrações à legislação tributária” (CARVALHO, 1999, p. 473). Ela se opera pela confissão por parte do infrator da prática do ilícito à legislação tributária, antes do início da ação fiscal. Como benefício, explica Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 474) que

“a iniciativa do sujeito passivo (...) tem a virtude de evitar a aplicação de multas de natureza punitiva, porém não afasta os juros de mora e a chamada multa de mora, de índole indenizatória e destituída do caráter de punição”.

Assim, como não havia uma regulação específica do parcelamento, a jurisprudência do STJ entendeu inicialmente que a providência de solicitá-lo ao fisco equivaleria à denúncia espontânea, evitando a incidência da multa no débito parcelado, inclusive da moratória, e não apenas da punitiva, contrariando a conclusão de parte da doutrina (BRASIL. STJ. Segunda Turma. AgRg no RESP 111724/SC. Rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, 19 mar 2002. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

Todavia, no ano de 2002, foi publicada no informativo nº 139 a mudança do posicionamento do tribunal acerca da temática. O fundamento foi o de que o

---

<sup>4</sup> “Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”.

parcelamento não equivale a pagamento porque não implica necessariamente presunção de adimplemento das prestações vincendas dele decorrentes, excluindo, pois, o enquadramento no instituto da denúncia espontânea (BRASIL. STJ. Site...).

O fato gerou uma situação curiosa. O próprio STJ, já depois de ter modificado seu entendimento, foi levado a apreciar embargos de declaração de acórdãos anteriores, sendo obrigado a confirmar decisão (em sentido lato) proferida sob a posição anterior. É que, não encontrando nenhum dos vícios previsto do artigo 535 do Código de Processo Civil, ficou adstrito ao efeito devolutivo próprio da espécie recursal (BRASIL. STJ. Segunda Turma. EDcl no RESP 227912/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 15 ago 2002. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

O debate de posições, tanto na jurisprudência como na doutrina, de certo modo se arrefeceu quando da edição da Lei Complementar nº 104/2001, que acresceu dois incisos ao artigo 151 do CTN, prescrevendo duas novas modalidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário<sup>5</sup>. Mas aquele ato legislativo também acresceu ao CTN o artigo 155-A, com alguns enunciados que disciplinam com maior clareza o instituto do parcelamento<sup>6</sup>.

Do ponto de vista semântico, a norma legal posteriormente introduzida no sistema apenas confirmou o entendimento então predominante no STJ quando de sua edição. Contudo, sob a ótica pragmática, a introdução no sistema de ato legislativo com conteúdo já definido pela jurisprudência constitui um dos exemplos de perda de espaço político pelo Judiciário em questão de marcante interesse econômico, arriscando-se a se deslegitimar como instituição voltada à solução de conflitos.

#### **5.4. QUARTO CASO: PRESCRIÇÃO E TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”**

Depois de vários anos de discussões, o Poder Legislativo finalmente aprovou uma nova regulação do direito falimentar no sistema jurídico brasileiro, re-

<sup>5</sup> “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:  
(...)

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;  
VI – o parcelamento”.

<sup>6</sup> “Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

§ 1º. Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multa.

§ 2º. Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições relativas à moratória”.

vogando as disposições do Decreto-lei nº 7.661/45 e legislação extravagante pertinente à matéria. A nova sistemática foi introduzida no direito positivo em sua maior parte por meio da Lei nº 11.101/2005.

Outrossim, como a nova regulação pretendia também modificar a ordem dos privilégios creditícios no processo de falência, envolvendo assim as garantias do crédito tributário, foi necessária a edição, na mesma data daquele ato legislativo, da Lei Complementar nº 118/2005. É que essa matéria, sob pena de violação do artigo 146, III, *b*, da Constituição Federal, é submetida a reserva de lei complementar, não podendo ser disciplinada por lei ordinária.

O interessante é que todos os enunciados dessa lei complementar tratam sobre institutos de direito tributário, mas nem todos com repercussão sobre o processo falimentar, como se propunha. Dentre os que nenhuma relação têm com a falência, é de particular relevância para a temática abordada neste trabalho o artigo 3º<sup>7</sup>.

O enunciado, ao incorporar ao direito positivo norma interpretativa (interpretação autêntica) do artigo 168 do CTN, não teria maior repercussão se não fosse por uma circunstância: a jurisprudência do STJ, órgão do Poder Judiciário ao qual compete a interpretação da lei federal, de há muito já tem posicionamento absolutamente uniformizado sobre o tema.

Com efeito, o artigo 168 do CTN tem como objeto a disciplina do prazo de prescrição para repetição do indébito tributário e, neste trabalho, já se demonstrou que, em se cuidando de lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ adotou a tese dos “cinco mais cinco”, com a qual vem a romper essa norma interpretativa. Nessa temática específica, o curioso é que a uniformidade da jurisprudência não se verifica apenas pela reiteração de precedentes. Nas próprias ementas dos julgamentos, os relatores dos acórdãos são incisivos em apontar expressamente essa circunstância, tanto que, na ementa do RESP 661372/CE, relatado pelo ministro Castro Meira, consta a afirmação de que o STJ teria inclusive positivado a matéria, em alusão ao enquadramento de jurisprudência como fonte formal do direito (BRASIL. STJ. Segunda Turma. RESP 661372/CE. Rel. Min. Castro Meira. Brasília, 28 set 2004. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

---

<sup>7</sup> “Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”.

A propósito, o fato de o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, na parte final, fazer referência ao artigo 150, § 1º, do CTN não infirma o argumento, uma vez que a aplicação da tese dos “cinco mais cinco” pelo STJ ocorre também nos casos de retenção na fonte (substituição tributária) (BRASIL. STJ. Primeira Seção. RESP 327235/DF. Rel. Min. Eliana Calmon. Brasília, 28 ago 2002. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 04 abr 2005).

Portanto, a jurisprudência do STJ foi de fato flagrantemente desconsiderada, desafiando sua legitimidade institucional e causando de imediato um enorme desconforto. Como o artigo 106, I, do CTN determina a aplicação da norma interpretativa ao ato ou fato pretérito, teoricamente o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deveria ter incidência inclusive sobre os processos em curso e o STJ rapidamente se deparou com essa situação, haja vista a enorme quantidade de processos em tramitação no tribunal sobre a matéria.

A reação negativa dos membros do STJ foi tamanha, a ponto de setores da imprensa especializada em questões econômicas terem divulgado que o “STJ deve derrubar regra da Lei de Falências” (BASILE, 2005), embora não se tratasse propriamente de disposição com reflexos sobre a matéria falimentar, o que certamente confundiu a população em geral. É importante ressaltar que a imprensa vinha elogiando de forma bastante ostensiva a iniciativa legislativa de modificar a vetusta disciplina legal da falência e a notícia de que o Judiciário se insurgiria com ela soou como uma ameaça à iniciativa do Legislativo.

Abstraindo-se de qualquer discussão quanto à constitucionalidade ou à conveniência de edição do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, não se pode perder de vista o argumento suscitado pelo ministro do STJ José Delgado nessa específica reportagem: trata-se de norma interpretativa de dispositivo em vigor há trinta e nove anos, tendo o tribunal uniformizado sua jurisprudência há aproximadamente quinze anos, pouco tempo depois de sua instalação.

O fato demonstra como a incapacidade de oferecer uma resposta segura aos anseios dos jurisdicionados, pela perda de legitimidade perante eles, enfraquece o Judiciário no espaço político, além de provocar um conflito com o Legislativo. Resulta desse enfraquecimento que os agentes econômicos passam a atuar nesse espaço político em outras vertentes para resolver o problema onde este encontre eco, como no Legislativo. O perigo é que, nesse caso, o interesse dos agentes econômicos tende a prevalecer diante de outros talvez até mais legítimos. O direito então tem sua função de regulação institucional do capital colocada em cheque, figurando como mero legitimador formal dos detentores do capital.

## **6. ESTUDO DE CASOS: JULGAMENTOS FUNDAMENTADOS EM ARGUMENTOS DE PRECEDENTE**

Em que pesem todas essas considerações, seria incorreto afirmar que os juízes brasileiros não estão preocupados com essa situação de instabilidade. Pelo contrário, em todas as instâncias do Judiciário é muito comum a modificação de precedentes anteriores de uma determinada unidade jurisdicional com base em posicionamento da instância superior, especialmente do STF.

Na justiça federal, esse comportamento se verifica ainda melhor, até pela exigência de isonomia no trato das questões federais, caracterizadas por uma marcante massificação. Causas como a da correção das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) atingem, sem nenhum traço distintivo, todos os trabalhadores celetistas optantes de uma determinada época no território nacional, milhões e milhões de brasileiros, exigindo tratamento uniforme do Judiciário em qualquer lugar do país.

Salvo lamentáveis exceções, o juiz brasileiro tende a ser sensível a problemas como esse, até porque não é necessário maior aprofundamento filosófico para identificar a flagrante injustiça no fato de um trabalhador, apenas pelo azar de ter sua causa distribuída a um determinado juízo, ter negado seu direito à correção das contas fundiárias, amplamente reconhecido pela jurisprudência, a ponto de haver sido editada a Lei Complementar nº 110/2001, outorgando à gestora do FGTS, a Caixa Econômica Federal (CEF), a possibilidade de transigir com todos os titulares respectivos que se enquadrem nos limites fixados pelo Judiciário, através da jurisprudência do STF e do STJ.

Entretanto, por sua formação normativista, o juiz brasileiro vive num constante dilema: independência do juiz *versus* isonomia na atuação jurisdicional. O interessante é que essa tensão filosófica se reflete na própria fundamentação dos julgamentos, à medida que, quando o pragmatismo prevalece ao dogmatismo, o juiz brasileiro sente a necessidade de expor como pessoalmente interpreta a situação jurídica levada à sua apreciação e explicar por que razões decide diferentemente.

Com o intuito de ilustrar o argumento com dados empíricos, foram consultados todos os juízes federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, em exercício na jurisdição no mês de março de 2005, sobre como procedem nos julgamentos de causas de abrangência nacional cujas matérias são uniformizadas pelos tribunais superiores, sobretudo pelo STF. Embora estivesse de férias, também foi contatado o juiz federal Walter Nunes da Silva Júnior, o qual

prontamente contribuiu com a pesquisa, que, ao final, atingiu doze dos quinze magistrados lotados nas nove varas da seção judiciária<sup>8</sup>.

O resultado da investigação foi bastante elucidativo e confirma a hipótese levantada. Dos doze juízes consultados, apenas o juiz federal substituto Francisco Glauber Pessoa Alves, da 5ª Vara, não se recordou de ter modificado julgamento anterior com base em precedente de tribunais superiores. Todavia, não excluiu a possibilidade de tê-lo feito e tampouco de fazê-lo no futuro, não se tratando, assim, de uma recusa filosófica à modificação de posicionamento pessoal com base em uniformização da jurisprudência.

Portanto, onze dos doze magistrados consultados afirmaram já terem contrariado posição dogmática pessoal para seguir jurisprudência uniformizada. Nove deles, inclusive, demonstrando interesse em colaborar com a pesquisa, enviaram sentenças em que essa postura foi observada<sup>9</sup> e o mais interessante é verificar que a tensão filosófica apontada é refletida com clareza nas respectivas fundamentações, sendo notável a necessidade sentida pelos juízes em expor seu posicionamento pessoal sob a ótica dogmática para só então adotar o argumento de precedente.

Cada magistrado faz uso de um estilo próprio. Uns apenas ressalvam seu entendimento sobre a matéria que está sendo discutida, antes de decidir com base em precedentes de tribunais superiores. Outros se preocupam em expor a própria fundamentação de seu posicionamento. Há ainda aqueles que transcre-

<sup>8</sup> A pesquisa abrangeu os juízes federais Francisco Barros Dias, Walter Nunes da Silva Júnior, Magnus Augusto Costa Delgado, Edilson Pereira Nobre Júnior, Janilson Bezerra de Siqueira, Manuel Maia de Vasconcelos Neto, George Marmelstein Lima, Jailson Leandro de Souza, Francisco Eduardo Guimarães Farias, Almiro José da Rocha Lemos, Francisco Glauber Pessoa Alves e Marco Bruno Miranda Clementino.

<sup>9</sup> As sentenças remetidas foram as seguintes: BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 3ª Vara. Proc. nº 2003.84.00.008492-2. Juiz Federal Francisco Barros Dias. Natal, 18 out 2003; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 2ª Vara. Processo nº 2004.84.00.008131-7. Juiz Federal Walter Nunes da Silva Júnior. Natal, 16 dez 2004; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 1ª Vara. Processo nº 2001.1568-0. Juiz Federal Magnus Augusto Costa Delgado. Natal, 10 dez 2001; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 4ª Vara. Processo nº 98.2137-0. Juiz Federal Edilson Nobre Pereira Júnior. Natal, 12 maio 1998; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Ceará. 11ª Vara. Processo nº 98.0007049-4. Juiz Federal Janilson Bezerra de Siqueira. Fortaleza, 18 abr 2000; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 1ª Vara. Processo nº 2000.84.00.006974-9. Juiz Federal Substituto Manuel Maia de Vasconcelos Neto. Natal, 07 nov 2000; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Ceará. 4ª Vara. Processo nº 2001.81.00.018622-3. Juiz Federal Substituto George Marmelstein Lima. Fortaleza, [?]; BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte. 1ª Vara. Processo nº 2004.9835-4. Juiz Federal Substituto Almiro José da Rocha Lemos. Natal, [?]; BRASIL. Seção Judiciária do Estado de Pernambuco. 1ª Vara. Processo nº 2002.83.00.002188-7. Juiz Federal Substituto Marco Bruno Miranda Clementino. Recife, [?].

vem inteiramente a fundamentação de julgamento anterior por si proferido sobre a matéria. Dentre todos os consultados, o único que se limitou aplicou o precedente sem se ater a como pessoalmente interpretava a questão sob julgamento foi o juiz federal substituto Almiro José da Rocha Lemos.

Todavia, a iniciativa de fundamentar julgamentos em argumentos de precedente, muitas vezes contrariando posicionamento dogmático do próprio magistrado, não constitui exclusividade da primeira instância da justiça federal. Também nos tribunais de segunda instância e mesmo no STJ isso ocorre de forma bastante freqüente, sobretudo quando se trata de seguir a jurisprudência do STF.

Com efeito, também consultado na pesquisa, o desembargador federal Marcelo Navarro, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) remeteu voto de sua autoria em que aplica o entendimento do STF, com a ressalva de posicionamento pessoal (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Quarta Turma. AC nº 250936/PB. Rel. Des. Marcelo Navarro. Recife, [?]). Por fim, o recente informativo nº 235, de 14 a 18 de fevereiro de 2005, dá conta de que o STJ, em acórdão relatado pelo ministro José Delgado, modificou posicionamento de há muito consolidado em sua jurisprudência por força de precedente do STF, passando a não mais admitir que militar removido *ex officio*, matriculado na origem em universidade particular, tenha direito subjetivo a vaga em universidade pública (BRASIL. STJ. Site...).

Contudo, esses exemplos, ao invés de servirem de alento ao problema da instabilidade da jurisprudência, podem figurar como agravante. A postura paradoxal do Judiciário, refletida na própria fundamentação das decisões (tensão filosófica) e causada pela falta de um critério definido sobre quando o argumento de precedente será ou não observado, cria muitas vezes uma falsa expectativa no imaginário do jurisdicionado. A frustração dessa expectativa é péssima para a imagem do Judiciário, o qual termina sendo encarado pela população como uma instituição complexa, injusta e ineficiente para exercer sua função constitucional com previsibilidade mínima.

Um dado interessante é que existe uma tendência de os tribunais se preocuparem mais em seguir a jurisprudência de tribunais de instâncias superiores do que a sua, como se não houvesse um compromisso com o seu próprio perfil jurisprudencial. É assim que pelo menos a jurisprudência do STF é respeitada com maior freqüência, inclusive pelo STJ, como demonstrado anteriormente, com a vantagem de que se trata de um tribunal secular e de poucos membros, sendo raras as mudanças de composição. Disso resulta uma jurisprudência mais

consolidada e com menos riscos de modificações súbitas, suscetível de ser acompanhada por instâncias judiciais inferiores com maior segurança.

## **7. CAUSAS E CONSEQÜÊNCIAS SOB A ÓTICA OPERACIONAL**

Conquanto sejam inúmeros os inconvenientes da imprevisibilidade do Judiciário, sua causa parece se resumir à falta de compromisso do magistrado brasileiro com a tradição jurisprudencial do tribunal de que é membro e mesmo com seus próprios posicionamentos. É em decorrência disso que a jurisprudência é suscetível de modificação em função da mudança da composição de um tribunal de uma determinada época para outra, por motivo de doença de um dos membros do tribunal que o impeça de se fazer presente à sessão de julgamento ou simplesmente quando um magistrado se arrepende de um posicionamento anterior e o modifica. Em nenhum dos casos, não se pode afirmar, num sistema que adote a tradição normativista, a existência de violação ao direito e tampouco de desvio ético. É consequência regular da própria positivação do direito.

Os vários inconvenientes, de sua parte, têm reflexos importantes em praticamente todos os aspectos da vida social. Primeiramente, ao que importa mais diretamente ao jurista, a violação à isonomia é antipática ao próprio direito. E, num sistema jurídico que se propõe isonômico, tem-se a impressão de uma certa impotência do direito de se autodeterminar, como se não fosse dotado de instrumentos para assegurar-se a si mesmo.

Como lembra José Afonso da Silva (1997, p. 132), invocando Aristóteles, a igualdade é o valor fundante do regime político democrático. Dizia ele há alguns anos:

“É o valor fundante porque, sem sua efetiva realização, os demais não se verificarão. A forma qualitativamente diferente de realizar esses valores é que distingue as duas versões atuais da democracia – democracia capitalista ou burguesa e democracia popular ou marxista”<sup>10</sup>.

Nessa linha, sob uma perspectiva política, um Judiciário incapaz de conferir tratamento isonômico na sua atuação manifesta um viés antidemocrático, rompendo materialmente com a racionalidade do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>10</sup> A referência à democracia popular ou marxista está ultrapassada do ponto de vista histórico, mas, sob a ótica da ciência política, ainda pode ser vista como importante teoria.

No plano econômico, em se tratando de um sistema capitalista, o tratamento isonômico é necessário para que não haja distorções no postulado da livre iniciativa. Nesse ponto, os precedentes analisados são especialmente elucidativos à compressão, bastando imaginar quantos milhões, quiçá bilhões, uma determinada pessoa jurídica pode ter recebido de repetição do indébito em função de haver sido beneficiada por um determinado precedente e quanto uma concorrente sua eventualmente deixou de ganhar por força de um julgamento diverso. O lucro (fictício) gerado por uma decisão judicial, assim, interfere na atuação de um agente econômico, em detrimento de outro, rompendo as regras de concorrência sob as quais se assenta a livre iniciativa.

Em direito tributário, a situação adquire maior complexidade porque as matérias que exigem tratamento isonômico não se restringem às causas de competência da justiça federal, mais habituada a questões repetitivas e de massa. Como estados e municípios não são titulares de competência residual no tocante à instituição de impostos, sua competência tributária está restrita aos limites fixados na Constituição Federal. Assim, em que pese o fato de o ente tributante definir, no exercício do poder de tributar, os elementos da norma tributária do imposto que institui, não se pode perder de vista que todos os brasileiros, de norte a sul, de leste a oeste, pagam os mesmos impostos, o que exige uniformidade de tratamento pela jurisprudência, sob pena de se estabelecerem distorções econômicas, lembrando que o capital tende a se deslocar para os territórios de tributação favorecida.

Merece destaque o fato de que o tributo de maior arrecadação no Brasil não é de competência da União, senão dos estados: trata-se do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), com 22% (vinte e dois por cento) do montante total no exercício financeiro de 2003 (AFONSO; ARAÚJO, 2004). Como o ICMS tem o consumo como base tributável, é um tributo de extrema relevância para a definição da política econômica (função extrafiscal), não apenas por seu volume financeiro senão também pela própria atividade tributada, o mínimo que se pode exigir, num sistema fiscal equilibrado, é um controle efetivo de sua incidência.

Entretanto, se não bastassem as dificuldades causadas pela estrutura federativa, com cada estado federado exercendo sua autonomia em questões de repercussões nacionais, e sem maiores preocupações coletivas, as causas relativas a esses impostos são submetidas a julgamento pelas justiças estaduais, absolutamente independentes umas das outras, dificultando iniciativas de uni-

formização da jurisprudência. Na justiça federal, se já existem os problemas apontados em capítulo anterior, existe pelo menos um órgão, o Conselho da Justiça Federal (CJF), preocupado com a padronização de determinadas posturas administrativas e compilação da jurisprudência, facilitando o acesso à informação (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Site...).

Ademais, há uma questão cultural de fundamental importância. Enquanto a competência da justiça federal cinge-se normalmente a causas de abrangência coletiva, embora movidas individualmente, na justiça estadual ocorre justamente o inverso. É o juiz estadual que aprecia as questões da vida cotidiana, das relações de consumo, empresariais, familiares, sucessórias. Daí porque é menor, na justiça estadual, a preocupação de estruturação de uma jurisprudência unificada, reflexo sentido principalmente em matéria tributária, em que se exige uma postura mais isonômica.

É verdade que o direito positivo brasileiro, ao instituir, no artigo 5º, I, da Constituição Federal, o princípio da legalidade, elegeu a lei como fonte primária de norma jurídica, sendo notória a inspiração do pensamento jusfilosófico positivista, do qual a corrente normativista já referida anteriormente constitui uma das espécies. Entretanto, nada impede que, no que for compatível com a realidade social e com o direito positivo brasileiros, algumas categorias próprias da tradição da *common law* sejam efetivamente incorporados ao sistema jurídico por via legislativa ou mesmo aplicados judicialmente.

Marcelo Alves Dias de Souza (2004), em estudo de direito comparado sobre o precedente judicial obrigatório, defendeu a compatibilidade do instituto com o sistema jurídico brasileiro. Ao demonstrar em sua análise como tem sido freqüente a adoção, em sistemas jurídicos filiados à tradição da *civil law*, de categorias próprias da *common law*, e vice-versa, o autor refere que, no próprio direito positivo brasileiro, tem se tornado cada vez mais freqüente a introdução de institutos que se aproximam de precedentes judiciais obrigatórios, citando como exemplos, entre outros, o efeito vinculante das decisões proferidas em controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos, o prejulgado trabalhista, a sentença normativa na justiça do trabalho, os incidentes de uniformização de jurisprudência (tanto o do Código de Processo Civil como o previsto na Lei nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais).

Na recente Reforma do Judiciário, formalizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foi também incorporado ao direito positivo o instituto da súmula

vinculante. A disciplina do instituto se deu mediante a introdução, na Constituição Federal, do artigo 103-A<sup>11</sup>.

A iniciativa é importante do ponto de vista pragmático. Nada impediria que o próprio Judiciário assumisse por si próprio a postura de passar a praticar a teoria do *binding precedent* ou do *stare decisis*. Na Constituição Americana, por exemplo, não há previsão expressa de sua utilização naquele sistema jurídico. Todavia, como o magistrado brasileiro, em vista da tradição jusfilosófica predominante no sistema, não se sente habilitado a tanto, medidas como essa, criticadas por muitos teóricos que não aceitam o rompimento da prática judicial calcada por padrões formalistas, são importantes passos na transição para uma sistemática diversa, com o detalhe que a súmula vincula também a administração pública, principal responsável, segundo mostram as estatísticas, pelo congestionamento de ações no Judiciário.

## **8. CONCLUSÃO: UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL?**

Em linhas gerais, o estudo demonstrou a importância institucional do Judiciário para a economia, especialmente como instância formalizadora e assecuratória da prática econômica. Daí porque a ineficiência do Judiciário tem indiscutíveis reflexos na esfera econômica, que muitas vezes busca, em vista da agilidade do capital, crescente no mundo globalizado e na sociedade informacional, meios alternativos de solução de conflitos.

Nas causas tributárias, entretanto, pela natureza das respectivas relações jurídicas, calcadas pela indisponibilidade do interesse público, não é possível recorrer a esses meios alternativos, cabendo ao Judiciário intervir quando surgem conflitos na tributação. Esses conflitos têm caráter marcantemente econô-

---

<sup>11</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

mico, não apenas porque a atividade tributária consiste na apropriação de capital na iniciativa privada para fazer frente às necessidades públicas, senão também porque, no Brasil, a carga tributária está bem mais elevada do que a dos Estados congêneres em termos de padrões de desenvolvimento. Assim, as questões tributárias adquiriram, no Brasil, um interesse especial pelo enorme volume de recursos financeiros envolvidos.

Os economistas têm apontado com certa freqüência a imprevisibilidade do Judiciário como fator de desestímulo ao crescimento econômico, em discursos às vezes fundamentalistas, como se esse fosse o único problema do Estado brasileiro, de certo modo tentando se eximir dos sucessivos fracassos governamentais de estabelecer um sólido e perene crescimento econômico, culpando instituições nas quais não têm como interferir diretamente.

Essa imprevisibilidade realmente existe e foi demonstrada neste trabalho. No entanto, trata-se de um fenômeno que não decorre de incompetência dos juízes ou de mau gerenciamento da instituição, como insinuam alguns. É consequência do formalismo de perfil normativista da ciência e da *praxis* jurídica no Brasil, que rejeita a interferência de outros aspectos da realidade na análise jurídica, a qual resulta puramente dogmática.

Ao contrário do americano, o juiz brasileiro não deve preocupação à repercussão de suas decisões, senão apenas à sua consciência, ética e jurídica, o que justifica a modificação freqüente de posicionamentos de tribunais quando há mudança de composição, quando ausente um dos membros do respectivo órgão colegiado, quando um magistrado reavalia o seu entendimento sobre determinada matéria e em demais situações cotidianas.

Paradoxalmente, não tem sido incomum entre os magistrados brasileiros a prática de fundamentar suas decisões com base em argumentos de precedentes ou precedentes persuasivos, especialmente dos tribunais superiores, especialmente em causas repetitivas nas quais o rompimento da isonomia gera maior perplexidade nos jurisdicionados. Entretanto, a falta de critérios definidos para tanto pode ensejar falsas expectativas, o que péssimo para o simbolismo do Judiciário no imaginário popular.

A fim de atenuar os efeitos da imprevisibilidade, o Legislativo tem introduzido cada vez mais no direito positivo brasileiro institutos que se aproximam daqueles empregados nos sistemas filiados à tradição da *common law*, cuja prática judicial está estruturada sob a teoria do *binding precedent* ou do *stare decisis*. O exemplo maior foi a adoção da súmula vinculante por meio da recente Emenda Constitucional nº 45/2004.

Medidas como tal são importantes para aprimorar o sistema judiciário e adequá-lo aos anseios de uma sociedade caracterizada pela agilidade das informações e do rompimento das fronteiras, em que a celeridade e a eficiência são exigências fundamentais para o desenvolvimento. É verdade que uma formação do jurista mais aberta a esses problemas constitui providência até mais eficaz, mas como mudança de mentalidade é algo que se consolida mais lentamente, essas intervenções na legislação constituem medidas transitórias importantes.

## **9. BIBLIOGRAFIA**

### **9.1. DOCUMENTOS IMPRESSOS:**

- ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADEODATO, João Maurício (org). Jhering e o direito no Brasil. Recife: Ed. Universitária, 1996.
- ATIENZA, Manuel. As razões do direito. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BLEICHER, Josef. Hermenêutica contemporânea. Lisboa: Edições 70, 2002.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANO, Wilson. Introdução à economia: uma abordagem crítica. São Paulo: UNESP, 1998.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, Djason B. Della Cunha. Crise do direito e da regulação jurídica nos Estados constitucionais periféricos. Porto Alegre: SAFE, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- EWALD, François. Foucault – A norma e o direito. Lisboa: Veja: Comunicações e Linguagens, (?).
- FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 2004.

- FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Código Tributário Nacional Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Código Tributário Nacional Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LEAL, Rogério Gesta. Hermenêutica e direito. 3 ed. Santa Cruz do Sul, Edu-nisc, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MATTA, Emmanuel. O realismo da teoria pura do direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Limites da responsabilidade do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PINHO, Carlos Marques. Metodologia da Ciência Econômica. In Manual de economia: Equipe de professores da USP. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SCHWARTZ, Bernard. O federalismo norte-americano atual. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOUTO. Cláudio. Ciência e ética no direito. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 2003.

- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. O precedente judicial. 2004. 359 p. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ZUUDI, Sakakihara. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Código Tributário Nacional Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## **9.2. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS:**

- AFONSO, José Roberto Rodrigues; ARAÚJO, Érika Amorim. 2003 – Uma análise da carga tributária global. 2004. Disponível em <[http://www.federativo.bndes.gov.br/bf\\_bancos/estudos/e0002441.pdf](http://www.federativo.bndes.gov.br/bf_bancos/estudos/e0002441.pdf)> Acesso em: 07 mar 2005.
- BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Justiça favorece alta dos juros. Valor Econômico. Brasília, 2004. Disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=167447>> Acesso em: 07 mar 2005.
- BASILE, Juliano. STJ deve derrubar regra da lei de falências. Valor Econômico. Brasília, 2005. Disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=180026>> Acesso em: 04 abr 2005.
- BRASIL. Banco Federativo. Condicionantes e Perspectivas da Tributação no Brasil. Disponível em <[http://www.federativo.bndes.gov.br/f\\_estudo.htm](http://www.federativo.bndes.gov.br/f_estudo.htm)> Acesso em: 07 mar 2005.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Site Oficial do Conselho da Justiça Federal. Disponível em <[www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br)>. Acesso em: 04 abr 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Site Oficial do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 04 abr 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, reforma e economia: A visão dos magistrados. 2003. Disponível em <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em: 07 mar. 2005.



# AS RECEITAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS

**Alcides Saldanha Lima**

*Juiz Federal / 10ª Vara - CE*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A atividade financeira do Estado; 3. As receitas públicas: conceito e classificação; 4. Conceito de tributo; 5. As espécies tributárias; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.*

## **1. INTRODUÇÃO**

O objeto do presente estudo são as receitas públicas tributárias, vale dizer, aquelas oriundas das exações instituídas e cobradas com fundamento no exercício do poder de tributar, esta manifestação da soberania na seara do direito tributário.

A importância do tema decorre da relevância das receitas tributárias para os orçamentos públicos contemporâneos. As receitas originárias do patrimônio do Estado perderam relevância ao longo da história, mormente a partir da queda do mercantilismo. Hodiernamente, tal desimportância foi reforçada, dentre outros motivos, pelo forte movimento pelas privatizações.

Justifica-se a presente perquirição pela necessidade de se identificar os contornos teóricos do tributo no Brasil.

A pesquisa bibliográfica voltou-se para textos de autores clássicos das áreas de direito financeiro e tributário, sendo elencadas na bibliografia apenas as obras efetivamente citadas.

A investigação parte da compreensão da atividade financeira do Estado e da conceituação e classificação das receitas públicas, evoluindo para análise dos elementos integrantes do conceito legal de tributo (art. 3º CTN) e das espécies tributárias.

## 2. A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

O Estado, enquanto sociedade política, tem um fim geral a atingir. Sendo o meio através do qual os indivíduos e as sociedades atingem seus fins particulares, é de se concluir que o fim do Estado é proporcionar o bem comum de um povo em dado espaço e tempo.

Há muito resta superada a técnica de requisição gratuita, em que o Estado utilizava-se de bens ou serviços dos súditos/cidadãos sem ônus financeiro. O Estado age como qualquer outro integrante da coletividade: adquire bens e serviços e paga pela aquisição que realizou. É o chamado processo de “despesa pública” que substitui, vantajosamente, a antiga sistemática da requisição<sup>1</sup> ou da gratuidade dos cargos e funções governamentais<sup>2</sup>.

Para a consecução de seus máximos objetivos, o Estado realiza atividade financeira<sup>3</sup>, concernente à obtenção, gestão e ao dispêndio de dinheiro. Na lição do eminente professor Baleeiro: *A atividade Financeira consiste, portanto, em obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àqueloutras pessoas de direito público.*<sup>4</sup>

Encontra-se fora da atividade financeira a obtenção de outros valores traduzidos em bens e serviços, prestados *in natura* ou *in labore*, respectivamente. Caracteriza-se a atividade financeira pelo uso do bem de troca por exceção: o dinheiro.

A atividade financeira implementada pelo Estado é indissociável da satisfação das necessidades sociais. É atividade que não se esgota em si mesma,

<sup>1</sup> É de se destacar a previsão residual constante no art. 5º, XXV, CF, que prevê requisição excepcional de bens em caso de iminente perigo público, assegurada indenização ulterior, se houver dano, *verbis: no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.*

<sup>2</sup> Estas funções públicas são exercidas pelos agentes públicos honoríficos, que não apresentam vínculo com a Administração e não percebem remuneração. Caracterizam-se como *munus* público. Exemplificativamente, tem-se a participação em eleição como mesário, ou em julgamento de crime doloso contra a vida, como jurado, entre outras.

<sup>3</sup> Para CLÁUDIO MARTINS, atividade financeira do Estado é [...] *atuação do Estado no que concerne à aquisição, aplicação e gestão dos meios por ele utilizados para promover o bem público (Compêndio de Finanças Públicas, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 11)*; Não discrepa ALBERTO DEODATO destacando que: *É a procura de meios para satisfazer às necessidades públicas (Manual de ciências das finanças, São Paulo: Saraiva, 1987. p.6).*

<sup>4</sup> BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.2 .

senão nas metas do Estado. Este não arrecada dinheiro para o entesouramento, mas sim, para a viabilização de sua existência e objetivos. Nestes termos, é de se afirmar a natureza eminentemente instrumental da atividade financeira<sup>5</sup>.

A satisfação das necessidades sociais, também ditas públicas, por seu turno, pressupõe a criação e manutenção de todo um aparato administrativo capaz de atendê-las eficazmente. Cria, o Estado, serviços públicos<sup>6</sup> organizados de forma ativa e dinâmica para realização do bem-estar coletivo. Para isto, realiza despesa, entendida como qualquer parcela de sua receita (aplicada) na promoção do bem público<sup>7</sup>.

Restando inevitável ao Estado moderno a realização de despesa, mormente pelas elevadas atribuições de índole interventiva que o caracterizam, urge considerar as receitas que viabilizarão tal atuação.

### **3. AS RECEITAS PÚBLICAS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO**

São considerados “ingressos” ou “entradas” todas as quantias recebidas pelo Estado. Nem todos, porém, são receitas públicas<sup>8</sup>. Para serem assim consideradas, é necessário que impliquem acréscimo patrimonial para o Estado, não podendo estarem os valores recebidos condicionados à devolução, tampouco significar devolução de valores emprestados ou cedidos.

No dizer de Baleeiro: *Receita Pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo*<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Neste sentido afirma CELSO RIBEIRO BASTOS, *verbis* : *Em síntese, a atividade financeira não visa diretamente a satisfação de uma necessidade coletiva, mas cumpre uma função instrumental de grande importância, sendo seu regular desenvolvimento condição indispensável para o desempenho de todas as demais atividades.* (Curso de direito financeiro e tributário, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 7)

<sup>6</sup> Segundo HELY LOPES MEIRELLES: *Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado* (Direito administrativo brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2006. p. 329).

<sup>7</sup> MARTINS, Cláudio. *Compêndio de finanças públicas*, ob. cit. p. 43.

<sup>8</sup> Destaque-se que a qualificação ‘pública’ se refere à natureza do ente que as recebe e não à qualidade em si da receita. São ditas públicas porque recebidas por pessoa jurídica de direito público, contrariamente, são privadas as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>9</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, ob. cit. p. 116.

Assim sendo, não se pode tomar como receita depósitos, fianças ou ainda o produto da alienação de um bem público, posto que não se caracterizam pelo elemento “aumento”. Este (produto) porque revelador de mera mutação patrimonial: a riqueza traduzida em bem é convertida em dinheiro, em quantidade correspondente, e sem alteração no total do patrimônio; aqueles (depósitos e fianças) porque tendem a devolução futura, somente em casos específicos incorporando-se ao Erário.

Tem-se, assim, em apertada síntese, que, para a caracterização da receita, importa verificar a que título a soma ingressa no patrimônio estatal.

As classificações são, há muito, veementemente criticadas pela doutrina. Afirma-se que são precárias, vez que se subordinam ao interesse que norteia aquele que as formula. De qualquer sorte, não se pode ignorar que uma classificação pode se fundar em um critério de discriminação relevante à identificação do objeto de estudo pretendido.

Para os estritos objetivos do presente estudo, importa considerar as receitas segundo a classificação<sup>10</sup> clássica alemã, quanto à origem.

Para auferir o necessário à realização das despesas públicas, ou seja, para obter receita, valem-se os governos de duas práticas: a) retiram receitas dos bens e empresas comerciais e industriais do Estado; b) retiram receitas, mediante constrangimento legal, do patrimônio particular; respectivamente classificadas como receitas originárias<sup>11</sup> e receitas derivadas.

A atividade exercida pelo Estado quando da exploração de seu domínio privado<sup>12</sup> é de natureza predominantemente econômica. O Estado age como um particular. O regime jurídico desta exploração é de caráter privado.

Contrariamente, se a atividade estatal revela o exercício do poder de autoridade traduzido no constrangimento legal para arrecadação de rendas – poder de tributar, fundado na soberania -, está-se diante de receita derivada. A natureza da relação é de direito público e a compulsoriedade sua nota essencial.

Entre as receitas derivadas, caracterizadas pelo constrangimento legal para sua arrecadação, estão tributos, penas pecuniárias, reparações de guerra e as

---

<sup>10</sup> Além da forma de catalogação em destaque, fala-se doutrinariamente em classificação quanto a periodicidade de sua obtenção - ordinária e extraordinária.

<sup>11</sup> Sobre o tema v. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*, São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>12</sup> Tal exploração sobre o domínio privado pode se dar sobre o patrimônio mobiliário (ações, demais títulos de crédito ou propriedade); imobiliário (imóveis urbanos e rurais); empresarial (Sociedades de economia mista e empresas públicas).

decorrentes de perdimento (art. 5º XLV, CF). Em atenção aos limites do presente estudo, examina-se a seguir apenas a primeira subespécie de receitas derivadas: o tributo.

#### **4. CONCEITO DE TRIBUTO**

A conceituação do tributo assume relevância especial no que tange a identificação do objeto de estudo do direito tributário e do direito financeiro. Ambos detêm-se na análise normativa de elementos da atividade financeira do Estado (abrangendo arrecadação, planejamento/gerenciamento e despesas públicas). Distingem-se, contudo, porque ao direito tributário compete o estudo das receitas públicas derivadas correspondentes ao conceito de tributo; ao direito financeiro compete o estudo das demais receitas de natureza não-tributária, bem como da teoria das despesas, do orçamento e dos empréstimos públicos.

O conceito de tributo não é absoluto, tampouco transcendente a indistintos ordenamentos positivos. Antes se caracteriza como conceito jurídico-positivo, criado por uma norma para valer em dado tempo e espaço, que como conceito lógico-jurídico, intrínseco à compreensão e racionalidade jurídicas.

É cediço que à norma não é dado conceituar, mas sim imputar consequências a condutas. Pode, no entanto, optar o legislador por substituí-lo à doutrina, superando controvérsias, e fixar, ainda que arbitrariamente, o que pode, à luz do ordenamento considerado, ser tido como tal ou qual instituto jurídico. Esta foi a conduta do legislador complementar brasileiro quando, objetivando facilitar a interpretação e aplicação normativa, definiu ele próprio o que no direito pátrio haveria de ser validamente reconhecido como tributo.

Deste modo o Código Tributário Nacional definiu tributo como:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Analisa-se, a seguir, os elementos integrantes desta conceituação<sup>13</sup>.

Inicialmente, é de se reconhecer o tributo como prestação em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir. Não subsiste na sistemática tributária nacional

---

<sup>13</sup> Sobre a análise dos elementos integrantes do conceito de tributo, ver MACHADO, Hugo de Brito. *O Conceito de tributo no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

o tributo “*in natura*”, ou em serviços. O tributo deve ser pago em moeda corrente, não existindo qualquer direito subjetivo do contribuinte ao pagamento senão por esse instrumento.

Em situação peculiar, porém, poderá o fisco aceitar a entrega de coisa como pagamento - dação em pagamento (art. 356, Código Civil 2002), respeitadas as formas e condições estabelecidas em lei, ordinária e do ente que detém a competência tributária para o específico tributo considerado, destaque-se. Importa observar que, até o advento da LC 104/2001, inexistia a previsão da forma indireta de pagamento “dação” no art. 156, (XI) do Código Tributário Nacional (CTN), e esta restringe-se à dação de bens imóveis. Isto não impedia a doutrina, porém, de permitir à Administração Tributária o uso subsidiário do Código Civil, respeitada a conveniência para o poder público em aceitar a “coisa” objeto da dação em pagamento<sup>14</sup>.

Destaca-se que à semelhança do ocorrido anteriormente com a dação em pagamento, que não estava originariamente encartada no art. 156, CTN, também a confusão é instituto não referido. Isto, contudo, não impede que produza as conseqüências que lhe são próprias, qual seja a extinção do crédito.

É da essencialidade do tributo a compulsoriedade que decorre diretamente da lei, desconsiderada qualquer manifestação de vontade para a constituição da obrigação tributária. Quando se ressalta a desconsideração da vontade, não se está a negar a sua participação na ocorrência do fato imponible. A rigor, se deliberadamente não realiza o agente o fato tributável, ou o realiza, tem-se, ou não, uma relação tributária. Contudo, não é esse tipo de participação volitiva de que se trata. Não há participação de vontade quando da criação da norma tributária de cuja incidência sobre o fato gerador advirá a obrigação de pagar tributo. A imposição de pagar tributo encontra matriz no poder soberano do Estado, não na autonomia contratual das partes: contribuinte-responsável/fisco.

O tributo não é sanção de ato ilícito. Sua hipótese de incidência não poderá descrever um fato que a Ordem Jurídica tenha contemplado como ilícito (abrangendo-se, aqui, a noção contraposta ao legal e ao lícito). A sanção é a conseqüência da não-prestação. Fosse o tributo decorrente de uma conduta ilícita, seria ele, em verdade, sanção - multa, pena, prêmio-. Diversa é sua natureza jurídica.

<sup>14</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 367/368.

As penas pecuniárias são as multas decorrentes do não cumprimento da obrigação pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Podem ser instrumentos de ressarcimento do fisco – como as de mora no pagamento – ou de repressão/intimidação – como as decorrentes de sonegação do tributo.

As multas são sanções decorrentes do ilícito em que se constitui o não pagamento do tributo. Seu pressuposto é a não prestação devida, que por sua vez, já pressupõe a materialização de uma relação jurídico-tributária, isto é, a existência de um tributo. A existência de um tributo -que deve ser pago- é um *prius* em relação a aplicação de multa que é *posterius*. Esta possui existência logicamente subsequente àquela do tributo.

Conforme afirmado, o tributo não pode ter como hipótese de incidência uma conduta ilícita. A pena pecuniária, por sua vez, contrariamente, somente pode ter como hipótese de incidência (por assim dizer, pois, na verdade, a sanção -pena pecuniária, multa de que se trata- está inserta na dita perinorma, elemento integrante da norma jurídica) uma conduta ilícita<sup>15</sup>.

Deduz-se, portanto, que tributo não se confunde com pena pecuniária. Esta não integra o conceito daquele. Submetem-se, assim, a regimes jurídicos diversos e próprios.

O tributo, necessariamente, será instituído por lei. Entende a doutrina que o termo lei deve ser tomado em seu sentido estrito, isto é, lei em sentido formal - ato normativo criado em consonância com as regras de competência legislativa - e em sentido material - ato de natureza disjuntiva.

Há de ser o tributo cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada<sup>16</sup>. Não permitiu a lei qualquer discricionariedade por parte da autoridade administrativa. Esta determinação legal objetiva a minimização, posto que

<sup>15</sup> Segundo GERALDO ATALIBA: *A multa se reconhece por caracterizar-se como sanção por ato ilícito. Para que alguém seja devedor de multa é necessário que algum comportamento anterior seu tenha sido qualificado como ato ilícito ao qual a lei atribuiu a consequência de dar nascimento à obrigação de pagamento de dinheiro ao estado, como punição, ou consequência desfavorável daquele comportamento (Hipótese de incidência tributária, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36).*

<sup>16</sup> Sobre atos vinculados, manifesta-se HELY LOPES MEIRELLES nos seguintes termos: *são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador; uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal, para a validade da atividade administrativa. ... Isso não significa que nessa categoria de atos o administrador se converta em cego e automático executor da lei. ... Poderá, assim, a Administração Pública atuar com liberdade, embora reduzida, nos claros da lei ou do regulamento. O que não lhe é lícito é desatender às imposições legais ou regulamentares que regram o ato e bitolam a sua prática (Direito administrativo brasileiro, ob. cit. p. 166/167).*

é impossível a supressão total da utilização de juízos valorativos pelo Órgão/ agente competente para a cobrança do tributo. Onde houver norma haverá interpretação e com esta, margem ao exercício de opções valorativas. Pretendeu o legislador reduzir ao máximo a possibilidade de o administrador utilizar-se de critérios pessoais. Em nome da segurança jurídico-tributária, outra não poderia ser a decisão do legislador senão a vinculação da atividade administrativo-tributária, à lei.

## **5. AS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS**

Nos termos constitucionais vigentes, são espécies<sup>17</sup> do gênero tributo: os impostos (art. 145,I), as taxas (art. 145,II) e as contribuições de melhoria (art. 145,III). Acrescidas a essas, pode-se indicar as contribuições especiais (art. 149, 149-A<sup>18</sup> e 195, CF) e os empréstimos compulsórios (art. 148,I, II da CF).

Os impostos são tributos ditos não-vinculados, pois independem de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte (art. 16 do CTN), isto é, o Estado não oferece nenhuma utilidade, comodidade ou serviço que possa ser tida como pressuposto ao pagamento do tributo. As hipóteses de incidência dos impostos não denotam nenhuma participação estatal. São fatos identificados pelo legislador constitucional como reveladores de capacidade contributiva absoluta, posto revelarem-se como fatos-signos presuntivos de riqueza (Becker).

As receitas oriundas da cobrança de impostos prestam-se à satisfação das necessidades gerais da coletividade, por isso não podem estar vinculadas<sup>19</sup> a despesas específicas, ressalvadas as vinculação constitucionalmente previstas

<sup>17</sup> Justificando a importância da classificação de tributos, manifesta-se ROQUE CARRAZZA: *Temos [portanto] em nosso País, leis tributárias federais, estaduais, municipais e distritais, todas devendo conviver harmonicamente. Assim, entre nós, o perfeito conhecimento das espécies e subespécies tributárias não é apenas uma exigência acadêmica, mas é fundamental, porque vai permitir que o contribuinte averigüe se está sendo tributado, de modo correto, pela pessoa política competente, nos termos da Constituição (Curso de direito constitucional tributário, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 345/346).* Na perspicaz observação de GERALDO ATALIBA: *É a materialidade do conceito do fato, descrito hipoteticamente pela h.i. (hipótese de incidência) que fornece o critério para classificação das espécies tributárias. O principal e decisivo caráter diferencial entre as espécies tributárias está na conformação ou configuração e consistência do aspecto material da hipótese de incidência. Conforme, pois, a consistência do aspecto material da h.i., será possível reconhecer as espécies de tributo (Hipótese de incidência tributária, op. cit., p. 130).*

<sup>18</sup> Art. 149-A acrescido pela EC n° 39/2002: *Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.*

<sup>19</sup> Não há confundir a não vinculação do imposto a qualquer atividade estatal específica com a não vinculação das receitas oriundas de sua cobrança a qualquer despesa.

(art. 212 despesas para com o desenvolvimento do ensino na ordem de 25% da arrecadação de impostos para os Estados, DF, Municípios; e 18% para a União).

As taxas (art. 77 do CTN), contribuições de melhoria (art. 81 do CTN) são tributos vinculados, vez que pressupõem uma atuação estatal. Distingue-se a taxa<sup>20</sup> da contribuição de melhoria pela conexão entre o aspecto material e o pessoal da hipótese de incidência. A taxa tem como h.i. uma atuação estatal diretamente referida ao obrigado/contribuinte. Na contribuição de melhoria, por sua vez, esta referibilidade é indireta<sup>21</sup>.

As taxas podem ser de serviço ou de polícia, conforme decorram da prestação de serviço público ou do exercício de poder de polícia<sup>22</sup>. Os serviços remunerados por taxa são aqueles fruíveis isoladamente pelo particular, vale dizer divisíveis<sup>23</sup>.

As contribuições especiais<sup>24</sup> (de intervenção no domínio econômico, de interesse de categoria profissional e econômica, de seguridade social, de custeio da iluminação pública e de intervenção diversa) qualificam-se pela destinação. Para as contribuições, também ditas sociais, o destino da arrecadação é um elemento essencial à sua definição. E é a própria Constituição que determina quais atividades devem ser financiadas/instrumentalizadas com a arrecadação.

<sup>20</sup> Distingue-se, ainda, doutrinariamente, a taxa do preço público. Este é fundado em relação de direito privado, contratual, e caracteriza-se pela elemento facultatividade. Sobre o assunto, ver MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Caderno de pesquisas tributárias*, São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária; Resenha Tributária, n° 10, 1985.

<sup>21</sup> Sintetiza GERALDO ATALIBA esta distinção nos seguintes termos: *Duas características, portanto, extremam a taxa da contribuição. 1) É que, na taxa, basta a atuação, como aspecto material da h.i. Na contribuição, requer-se atuação mais efeito (valorização). 2) Por outro lado, a referibilidade entre a atuação e o obrigado - como dito - é direta, na taxa, e indireta (mediante sua consequência) na contribuição.* (Hipótese de incidência tributária, op. cit., p. 149).

<sup>22</sup> O CTN em seu art. 78 dispõe: *Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública, ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

<sup>23</sup> Conveniente é a distinção entre serviços públicos gerais e específicos. Estes são prestados *uti singuli*, referem-se a uma pessoa ou a um número determinado ou determinável de beneficiados. São divisíveis e conseqüentemente mensuráveis no que tange a utilização efetiva ou potencial pelo(s) usuário(s). Aqueles são prestados *uti universi*, indistintamente a todos os cidadãos. São indivisíveis, pois beneficiam à coletividade indistintamente considerada.

<sup>24</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre as contribuições especiais, também ditas sociais, v. MELO, José Eduardo Soares de, *Contribuições sociais no sistema tributário*, São Paulo: Malheiros, 1993.

Os empréstimos compulsórios são caracterizados pelo fato de serem restituíveis. Tal fato, para alguns, os descaracterizaria como verdadeiros tributos, à luz da teoria das receitas públicas: como devem ser restituídos não seriam reconhecidos como receita no sentido próprio (que acresce o patrimônio estatal). Em sentido contrário, e com mais propriedade, objeta-se que, a teor do disposto no art. 4º, II, do CTN, a natureza jurídica do tributo é dada pela sua h.i., restando irrelevante para sua qualificação a destinação legal do produto de sua arrecadação. A tipificação como tributo se exaure na mera adequação da realidade ao enunciado objeto do art. 3º (CTN). A afetação posterior da receita a devolução ou não, desborda ao regime tributário<sup>25</sup>. De qualquer sorte, em que pese à não-unanimidade, a maioria da doutrina os reconhece como tributo, por estarem subordinados ao regime jurídico dos tributos<sup>26</sup>.

Estão previstos constitucionalmente no art. 148, podendo ser instituídos através de lei complementar para atender despesas extraordinárias (inciso I) ou investimento público urgente e de relevante interesse nacional (inciso II). De se ressaltar a vinculação das receitas obtidas às despesas que fundam a instituição da exação.

## **6. CONCLUSÕES**

Diante das considerações formuladas, conclui-se que:

- a) Para a consecução dos seus máximos objetivos, realiza o Estado atividade financeira, consistente na obtenção, gestão e dispêndio de dinheiro;
- b) São receitas públicas aquelas que se integram ao patrimônio público acrescentando seu vulto. Se oriundas dos bens do próprio Estado, regidas por normas de direito privado, são ditas originárias; se retiradas do patrimônio dos particulares, segundo normas de direito público, são ditas derivadas;

<sup>25</sup> Neste sentido afirma ATALIBA: *que é absurdo, despropositado, anticientífico, ilógico e primário recorrer a argumento ligado ao destino que o Estado dá aos dinheiros arrecadados, para disso pretender extrair qualquer consequência válida em termos de determinação de natureza específica dos tributos. ... a destinação não integra o regime jurídico tributário. (Hipótese de incidência tributária, ob. cit., p. 139/140).*

<sup>26</sup> No sentido de que os empréstimos compulsórios são tributos manifestam-se Moreira Alves, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, Vittorio Cassone, Roque Carrazza, entre outros.

- c) Destacam-se entre as receitas públicas, pelo vulto dos valores arrecadados a tal título, aquelas de natureza derivada correspondentes ao conceito de tributo, que no sistema tributário nacional é legalmente definido pelo art. 3º do Código Tributário Nacional;
- d) São espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Diferenciam-se entre si, de regra, pelo aspecto material da hipótese de incidência, excepcionando-se as contribuições especiais que se caracterizam pela finalidade constitucionalmente estabelecida e os empréstimos compulsórios, pelo caráter de restitutibilidade.

## **7. BIBLIOGRAFIA**

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*, São Paulo: Malheiros, 1999.
- DEODATO, Alberto. *Manual de ciências das finanças*, São Paulo: Saraiva, 1987.
- MACHADO, Hugo de Brito. *O Conceito de tributo no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MARTINS, Cláudio. *Manual de ciências das finanças*, São Paulo: Saraiva, 1987.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Caderno de pesquisas tributárias*, São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária; Resenha Tributária, n° 10, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*, São Paulo: Malheiros, 1993.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*, São Paulo: Malheiros, 1994.

# OS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

**Eduardo Rocha Dias**

*Procurador Federal*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As restrições a direitos fundamentais: principais concepções; 3. Uma proposta de identificação dos limites à restrição de direitos na CF/88; 4. Concepções ampla e restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a competência para operar restrições. O princípio da concordância prática; 5. Conclusões e exame de alguns casos concretos.*

## **1. INTRODUÇÃO**

Pretende-se examinar neste estudo o tema dos limites às restrições de direitos fundamentais de acordo com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista a ausência, em referida Carta, de previsão expressa sobre o papel que os poderes constituídos podem desempenhar nesse campo.

Ressalta-se, inicialmente, o caráter extremamente complexo e conflituoso das sociedades modernas, que se reflete nas respectivas cartas constitucionais tanto na consagração do pluralismo político, quanto no reconhecimento de direitos fundamentais dotados de uma *vis expansiva* geradora de freqüentes colisões. Diante de tal quadro, a metodologia subsuntiva tradicional, originada no campo do direito privado, em que havia uma pretensão globalizante e não lacunar de disciplina da realidade, mostra-se insuficiente para dar conta da necessidade de concretizar conceitos indeterminados e abertos e articular direitos fundamentais e valores conflitantes. Alternativas que busquem fugir à idéia de sistema e fundar uma abordagem baseada na análise exclusiva dos casos concretos,

como a tópica, correm o risco de originar insegurança e falta de controlabilidade<sup>1</sup>. Parece mais adequada uma abordagem não baseada exclusivamente na subsunção e que permita integrar a linguagem aberta e lacunosa das normas de direitos fundamentais, sem que com isso se abandone uma idéia de justificação racional dos resultados. A partir das idéias de FRIEDRICH MÜLLER<sup>2</sup>, a interpretação constitucional deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita ao seu texto, abrangendo também uma dimensão que supera os aspectos lingüísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva. Ao mesmo tempo, no entanto, a aplicação de normas que revestem a natureza de princípios, por meio de um procedimento de ponderação, não pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de incorporar uma dimensão crítica que permita aos intérpretes e aos operadores do direito manter uma postura de vigilância. Somente assim os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, conforme exigem os postulados do princípio do Estado de Direito Democrático.

## **2. AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCIPAIS CONCEPÇÕES**

Como restrição deve-se entender qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, aí incluídos o legislador, a Administração e o Judiciário, que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando “a vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental”, bem como enfraquecendo “deveres e obrigações, em sentido lato, que da ne-

<sup>1</sup> Ao referir-se à tópica, THEODOR VIEHWEG esclarece não se tratar de um sistema, mas de uma técnica baseada na análise dos problemas concretos e na apresentação de argumentos (*topoi*) destinados a possibilitar sua solução (*Tópica y Jurisprudência*. Madri: Taurus, 1964, p. 24). Uma das principais críticas atribuídas à tópica é que, muito embora o raciocínio jurídico implique a apresentação de argumentos e pontos de vista, sua mera catalogação não é suficiente para desenvolver um pensamento ordenado, racional e passível de justificação intersubjetiva. Nesse sentido, examinar KARL LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 173).

<sup>2</sup> *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61 et seq. Também KONRAD HESSE adota referido entendimento (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 49 et seq. e 61 et seq.).

cessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”<sup>3</sup>. Pode-se falar em restrição em sentido amplo, abrangendo, além de manifestações de conteúdo jurídico, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais<sup>4</sup>, e em sentido restrito, compreendendo as atuações normativas ou “leis restritivas”, nos termos do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa<sup>5</sup>. Referido dispositivo, a exemplo do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn, que o inspirou, regula a aplicação dos chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites às restrições de referidas posições jurídicas.

Na Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não se prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, vem identificando como “limites aos limites”, além da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade (fundado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do artigo 5º, inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade)<sup>6</sup>.

As previsões do artigo 18 da Constituição portuguesa e do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn permitem concluir que a filiação teórica a eles subjacente é chamada “teoria externa” dos limites aos direitos fundamentais, ou “pensamento de intervenção e limites”. Para essa corrente, e em termos resumidos, a função principal dos direitos fundamentais é a defesa do indivíduo ante atuações

<sup>3</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157. JORGE MIRANDA, ao tratar dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídico-constitucional portuguesa, menciona as restrições, distinguindo-as dos limites ao exercício de direitos, dos condicionamentos, da regulamentação e da concretização legislativa (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Edição, 2000, p. 329 et seq.). As restrições envolvem a amputação ou compressão das faculdades compreendidas em um determinado direito, decorrentes de previsões específicas. Já os limites dizem respeito ao modo de se exteriorizar a prática de um direito, decorrente de razões ou condições de caráter geral, o qual pode desembocar em condicionamentos, ou seja, no estabelecimento de requisitos para o seu exercício. A regulamentação, por outro lado, compreende o preenchimento ou desenvolvimento legislativo do direito. A concretização, por sua vez, implica o estabelecimento de normas que conferem exequibilidade a dispositivos que dela carecem total ou parcialmente.

<sup>4</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 209 et seq.

<sup>5</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 227.

<sup>6</sup> Examinar, a propósito, GILMAR FERREIRA MENDES (*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241 et seq).

estatais, típica marca da teoria liberal dos direitos fundamentais, para a qual toda intervenção em referida esfera é excepcional e deve ser expressamente prevista<sup>7</sup>. Ocorre que tal teoria pressupõe que o legislador constituinte tenha sido clarividente o bastante para introduzir reservas e restrições explícitas, já que, no silêncio da Constituição, não são admitidas restrições. Malgrado tal finalidade garantística, não é factível exigir que o legislador constituinte possa prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais, muito menos pretender que, dado o carácter expansivo de referidas posições jurídicas, não surjam conflitos entre direitos e bens jurídicos constitucionais fora das hipóteses expressamente previstas.

Diante de referidas deficiências, a chamada “teoria interna dos limites dos direitos fundamentais” busca, basicamente, superar o carácter liberal e individualista da “teoria externa”, pela afirmação de que a liberdade somente faz sentido no quadro da sociedade juridicamente conformada e ordenada e que o indivíduo não existe isolado da comunidade<sup>8</sup>. A afirmação de tal carácter institucional e comunitário do direito leva a reconhecer o importante papel do legislador na efetivação e na conformação da liberdade, bem como que os direitos fundamentais não podem violar bens jurídicos de valor igual ou superior. Logo, os limites não seriam “externos” aos direitos fundamentais, mas seriam suas “fronteiras”, afirmando-se desde “dentro”, ou seja, seriam limites “imanescentes”. A eventual previsão destes últimos como reservas de intervenção do legislador ou como restrições teria, na verdade, o carácter de mera declaração. As leis, por sua vez, não constituiriam limites, mas simplesmente concretizariam, interpretariam e revelariam as fronteiras do conteúdo dos direitos<sup>9</sup>. Contrariamente à teoria externa, o perigo da teoria interna é que ela desarma o cidadão ante o Poder Público, reforçando o âmbito de intervenção deste último, o que origina um déficit no

<sup>7</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 292 et seq. O fundamento de tal consideração encontra-se no princípio da “repartição” ou “divisão”, formulado por CARL SCHMITT, que caracterizaria o Estado Liberal de Direito: a liberdade dos indivíduos é em regra ilimitada; já o poder do Estado é, em princípio, limitado (*Dottrina della Costituzione*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 173).

<sup>8</sup> HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 79 et seq., especialmente p. 83-84; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 310-311; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 225.

<sup>9</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 313-314.

controle de sua atuação. Ademais, torna prescindível o recurso aos requisitos formais previstos na Constituição, como é o caso do artigo 18 da Carta portuguesa, para a restrição de direitos fundamentais.

Diante de tais deficiências, costuma-se recorrer ao modelo dos direitos fundamentais como princípios como tentativa de estabelecer um procedimento adequado e controlável de argumentação e fundamentação jurídica, de forma a justificar as restrições aos direitos fundamentais, no caso a metodologia da ponderação<sup>10</sup>. Os princípios são normas dotadas de maior generalidade e abstração, vinculando-se mais nitidamente a valores, e carecendo de concretização. São mandatos de otimização, uma vez que se aplicam na medidas das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Distinguem-se das regras, passíveis de aplicação em termos definitivos, de “tudo ou nada”, mediante uma subsunção dos fatos concretos. Os princípios possuem uma dimensão de peso e as regras uma dimensão de validade. Isso significa que os primeiros, caso entrem em conflito, não são excluídos do ordenamento jurídico, mas submetidos a uma ponderação, pela qual, na decisão do caso, ocorre a cedência de um diante do outro. Mas isso não impede que em outra situação se decida pela aplicação do princípio oposto. Já no caso de conflito entre regras, a solução deverá levar ao reconhecimento da invalidade de uma das regras, ou à aplicação de uma cláusula de exceção que tenha sido introduzida<sup>11</sup>.

As normas de direitos fundamentais têm, em regra, a natureza de princípios, levando a que as posições jurídicas nelas assentadas somente se convertam em direitos definitivos após uma ponderação com os princípios opostos nas circunstâncias do caso concreto. É de capital importância, portanto, reconhecer as normas constitucionais que revistam a natureza de princípios, para o fim de se proceder à referida ponderação, distinguindo-as das normas-regras, que se pres-tam a uma aplicação fundada na metodologia subsuntiva. Tal nem sempre é fácil,

<sup>10</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 339-341. No Brasil, GILMAR FERREIRA MENDES adota a perspectiva de que as normas de direitos fundamentais têm a natureza de princípios, por definirem apenas posições *prima facie*, parecendo pender para uma perspectiva de restrições fundada na teoria externa mas que reconhece papel importante para a metodologia da ponderação (*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 225-226). Entendendo, por sua vez, que as normas de direitos fundamentais podem revestir tanto a forma de regras quanto de princípios, examina SUZANA DE TOLEDO BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 155).

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens”. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50 et seq.

porém, principalmente se for adotado um critério forte de distinção entre regras e princípios<sup>12</sup>. As regras, por exemplo, podem também ser realizadas em maior ou menor medida, como aquela regra que proíbe a ultrapassagem pela direita, mas que pode encontrar diferente acatamento por parte dos condutores nas situações concretas. Por outro lado, há grande diversidade nas formas de proteção de bens jurídicos, tanto por meio de regras quanto de princípios, o que também afasta uma distinção forte entre referidas espécies de normas. Nos casos difíceis, em que não se possa reconhecer que uma dada norma reveste a natureza de regra ou de princípio e se já foram efetuadas todas as ponderações devidas pelas instâncias legitimadas para tal, a distinção forte também se mostra problemática. Admitir, por fim, que a qualificação de uma norma como regra ou princípio possa depender de vicissitudes históricas ou da vontade do constituinte, já que dela dependerá o reconhecimento de maior ou menor margem de restrição por parte dos poderes constituídos, leva a que se busque uma distinção fraca e gradual entre as duas realidades<sup>13</sup>. Nos casos difíceis, lembre-se, não se recorre à subsunção, mas à ponderação, não se identificando uma solução apriorística. Em alguns casos, evidentemente, poderá a Constituição adotar um determinado entendimento e resolver uma colisão entre direitos fundamentais de forma tendencialmente inequívoca. A regra, porém, é que não é possível tipificar-se e regular-se todas as eventuais colisões que venham a ocorrer.

Ao lado das restrições imediatamente decorrentes da Constituição e das que são estabelecidas por lei, com fundamento em autorizações contidas nas normas constitucionais, admitem-se restrições não expressamente autorizadas

<sup>12</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 344-345.

<sup>13</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 353. No mesmo sentido, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*La Ponderación de Bienes e Interesses en el Derecho Administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000, p. 46-47). Este último alude à circunstância de o próprio ALEXÝ referir-se a proposições que têm um “duplo caráter”, de regra e princípio, o que contraria uma distinção qualitativa entre referidas espécies de normas (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 135 et seq.). Tal ocorre quando o que é estatuído por uma disposição de direito fundamental é completado com normas susceptíveis de subsunção, com a ajuda de cláusulas que fazem referência a ponderações. Em suma, tem-se que pode haver regras, princípios, normas que são predominantemente regras e normas que são predominantemente princípios. Da mesma forma, pode-se afirmar que não há uma diferença categorial entre a subsunção e a ponderação como métodos de aplicação do direito. Uma norma qualificável como regra pode exigir a realização de ponderações em virtude de, por exemplo, conter um conceito jurídico indeterminado carente de valoração.

pela Constituição<sup>14</sup>. Não se mostra adequado considerar estas últimas como “limites imanentes” aos direitos fundamentais<sup>15</sup>, mas elas se impõem por uma necessidade de ponderação entre direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais relevantes, ante a impossibilidade de o legislador constituinte prever todas as possíveis colisões de direitos e bens constitucionais, de forma a, em cada caso concreto, assegurar a convivência entre referidos bens e direitos. Não se trata de hierarquizá-los, nem de identificar, com base em uma teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, limites não escritos apriorísticos. Todos os direitos fundamentais, nessa perspectiva, estão submetidos a uma “reserva geral imanente de ponderação”, pela qual se busca compatibilizar, de um lado, a interpretação que os poderes constituídos fazem do interesse público e, de outro lado, as garantias decorrentes da liberdade individual<sup>16</sup>. Uma interpretação constitucionalmente adequada e que leve em conta a força normativa da Constituição deve levar, por outro lado, a considerar as interpretações e

<sup>14</sup> Sobre o tema, J.J.GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1276-1277 e 1279-1283) e JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 254 et seq.).

<sup>15</sup> Adotando posição mais matizada, KONRAD HESSE (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 251 et seq.) entende que a identificação de limites aos direitos fundamentais significa a determinação do âmbito da norma, da parcela da realidade que é objeto de garantia, a qual muitas vezes é conformada juridicamente. Tal limitação pode dar-se em virtude de ordens normativas adicionais eventualmente contidas na garantia do direito fundamental (como a limitação da liberdade de reunião a encontros “pacíficos”). São limites imanentes, a serem determinados por interpretação. Por outro lado, o autor distingue a identificação de limites imanentes da previsão de restrições aos direitos fundamentais, com base em reservas de intervenção legislativa. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 292 et seq.), por sua vez, apesar de aceitar a figura dos limites imanentes, rejeita os pressupostos básicos da chamada teoria interna das restrições. Para ele, e à semelhança de KONRAD HESSE, há o primeiro momento de determinação do âmbito normativo dos direitos fundamentais, por meio da consideração de limites expressos ou implícitos, que leva a afastar de referido âmbito situações ou formas de exercício de direitos não aceitas pela Constituição de forma absoluta, que lesem os direitos dos outros ou valores comunitários fundamentais. Os limites imanentes, assim, são obtidos por interpretação, não se confundindo com o segundo momento, o da restrição a direitos fundamentais por parte do legislador. No Brasil, SUZANA DE TOLEDO BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 166 et seq.), após reconhecer ao legislador uma “implícita autorização” para regular conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos em colisão na ausência de uma reserva de intervenção expressa, em decorrência dos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática, faz vincular tal possibilidade à existência de limites imanentes, fundados nos direitos dos outros e na cláusula de comunidade. Em última instância, a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais e a necessidade de ponderações levariam à afirmação de tais limites imanentes.

<sup>16</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 570 et seq.

ponderações efetuadas em abstrato pelo constituinte, bem como as reservas colocadas nos direitos fundamentais. Isso pode levar à consagração como regras de determinadas garantias jurídicas fundamentais, como é o caso da vedação da pena de morte no Brasil, passíveis de uma aplicação subsuntiva e definitiva. Na maior parte das vezes, contudo, as normas de direitos fundamentais revestir-se-ão da natureza de princípios, mediante o recurso a fórmulas abertas e a conceitos indeterminados carentes de um preenchimento valorativo, o que torna evidente a necessidade de se adotar uma ponderação<sup>17</sup>.

### **3. UMA PROPOSTA DE IDENTIFICAÇÃO DOS LIMITES À RESTRIÇÃO DE DIREITOS NA CF/88**

No Brasil, SUZANA DE TOLEDO BARROS<sup>18</sup> e GILMAR FERREIRA MENDES<sup>19</sup> aludem às restrições legais simples, às reservas legais qualificadas e a direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal. Nas primeiras, há uma remissão abrangente ao legislador, que tem autorizada a possibilidade de restringir o âmbito de proteção de direitos fundamentais, inclusive por meio da densificação de conceitos ou institutos jurídicos; nas segundas, a Constituição fixa as condições em que se fará a restrição, os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados; por fim, na ausência de previsão de intervenção, ambos os autores entendem que o legislador pode intervir. Para GILMAR FERREIRA MENDES, tal possibilidade decorre do inciso II do artigo 5º da CF/88, que estabelece uma “cláusula de reserva legal subsidiária”. Defende ele a idéia de que, no caso de direitos fundamentais não submetidos a reserva de lei restritiva, a ação limitadora seja revestida de cautela redobrada. Quanto aos bens jurídicos em face dos quais seria admissível a restrição, defende o autor, com base na doutrina alemã, a noção de que devem tratar-se de direitos de terceiros ou revestir hierarquia constitucional. Criticando esse último entendimento, uma vez que aquilo que deve prevalecer é o conteúdo material do bem em causa, e não sua localização formal em um plano constitucional ou infra-constitucional, bem como o peso relativo de cada um dos bens em colisão, examina JORGE REIS NOVAIS<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 574-575.

<sup>18</sup> *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 161 et seq.

<sup>19</sup> *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 227 et seq.

<sup>20</sup> *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 620-621.

No tocante ao direito brasileiro, defende-se aqui a opinião de que devem em regra ser observados os princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da igualdade na restrição de direitos fundamentais não dotados de uma reserva de intervenção. Não se mostra adequado, por sua vez, invocar-se o respeito ao núcleo essencial do direito fundamental que vier a ser restringido. Lembre-se que há duas concepções acerca do “núcleo essencial”<sup>21</sup>. Para as chamadas teorias absolutas, ele seria um núcleo fundamental, determinável em abstrato, que seria intocável por ser dotado de maior intensidade valorativa. É reconduzido à dignidade da pessoa, ou à projeção de referida dignidade em cada direito, ou aos elementos típicos que conferem caráter ao direito, dentre outras concepções. Para as teorias relativas, o núcleo essencial não poderia ser apartado dos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade. Ora, não apenas o respeito ao núcleo essencial não se encontra previsto na CF/88 como sua aplicação não traz qualquer reforço do nível de tutela dos direitos fundamentais. Isso porque, se for adotada uma perspectiva relativa da defesa do núcleo essencial, esta dificilmente pode ser distinguida do princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso e da ponderação. A adoção de uma perspectiva absoluta, por sua vez, conduz quer à sua identificação com outros princípios constitucionais, como é o caso do princípio da igualdade ou da dignidade da pessoa, quer a uma difícil e pouco consistente tentativa de identificar um núcleo irreduzível de proteção<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Nesse sentido, examinar JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 304 et seq.).

<sup>22</sup> Examinar, nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 779 et seq.) e MARIANO BACIGALUPO (“La Aplicación de la Doctrina de los ‘Límites Inmanentes’ a los Derechos Fundamentales Sometidos a Reserva de Limitación Legal”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 13, n. 38, maio-agosto de 1993. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 301-302). Este último autor ressalta que a garantia do respeito ao conteúdo ou núcleo essencial perdeu boa parte de sua operatividade prática em favor do princípio da proporcionalidade. Normalmente, se este for respeitado, não há lesão ao núcleo essencial do direito fundamental. O respeito ao núcleo intangível de um direito fundamental tem se transformado em mero “filtro” subsidiário e acessório do princípio da proporcionalidade. Reconhece-lhe, porém, alguma utilidade em situações em que haja um conflito de bens e direitos e um deles tenha um caráter absolutamente preferencial, exemplificando com o direito à intimidade. Segundo a jurisprudência atual do Tribunal Constitucional Federal alemão, faz-se referência ao respeito ao núcleo duro de um direito apenas quando se opõem a intimidade pessoal e o direito à informação, para o fim de admitir a limitação desta última a fim de salvar o conteúdo essencial do primeiro. Assim, a referência ao núcleo essencial somente é admissível, na atualidade, nos casos, infrequentes sem dúvida, de colisões em que a preferência absoluta outorgada a um dos direitos em choque impossibilite uma ponderação. KONRAD HESSE também assevera que a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção do núcleo essencial (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 267-268). Em sentido contrário, considerando que a CF/88 ampararia a necessidade de se proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais em virtude da previsão constante do parágrafo 4º de seu artigo 60, examinar INGO WOLFGANG SARLET (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 120-121). Referido dispositivo prevê, como limite material do poder constituinte reformador, a vedação de propostas de emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

No caso brasileiro, a ausência de uma norma geral sobre restrições a direitos fundamentais, em vez de uma deficiência, pode ser considerada um dado positivo, pois, ao evitar o problema de interpretação do alcance de normas como o nº 2 do artigo 18 da Constituição portuguesa<sup>23</sup>, deixa para a jurisprudência constitucional a possibilidade de reconhecer a existência de uma reserva geral de ponderação, com fundamento no artigo 5º, incisos II e LIV, da CF/88. Na Espanha, a propósito, onde o artigo 53, nº 1, da Lei Maior submete os direitos e liberdades do capítulo II de seu título primeiro a “regulação” por lei, independentemente da existência ou não de reservas de intervenção, também se reconhecem as vantagens de que daí advêm, ao evitar-se a referência a um conceito controvertido como o de limite imanente e ao ampliar as possibilidade de controle de leis restritivas pela sua submissão aos “limites dos limites”<sup>24</sup>.

#### **4. CONCEPÇÕES AMPLA E RESTRITA DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A COMPETÊNCIA PARA OPERAR RESTRIÇÕES. O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA**

Também é de se indagar se deve ser adotada uma concepção ampla ou restritiva da previsão normativa de direitos fundamentais. Isto é, se deve ser mantido o âmbito protetivo *prima facie* de cada direito e, *a posteriori*, com fundamento em uma ponderação, excluir-se determinados aspectos do aludido

<sup>23</sup> JORGE REIS NOVAIS, a propósito (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 587 et seq.), conclui que a previsão normativa constante do nº 2 do artigo 18 da CRP não deve ser interpretada literalmente, seja porque é inexecutável, seja porque é juridicamente inconsistente, uma vez que implica o abandono do princípio da unidade da Constituição e da necessidade de harmonizar e compatibilizar direitos e bens jurídicos em colisão, negando sua força vinculante. O sentido de referida previsão normativa é de um apelo ou advertência dirigido aos poderes constituídos, no sentido de ressaltar o caráter excepcional e carente de especial justificação das restrições não expressamente autorizadas. Estas últimas devem se sujeitar a controles adequados, de forma a respeitar o caráter de “trunfos ante o poder político” dos direitos fundamentais. Mesmo na ausência de reservas expressas, sujeitam-se referidas posições jurídicas a uma reserva de ponderação; no entanto, a ausência de reservas significaria que o constituinte não procedeu a nenhuma ponderação prévia com outros bens e direitos. Em conseqüência, deixou para os poderes constituídos a possibilidade de o fazer, devendo, porém, ser observados critérios de legitimação e de justificação acrescidos, além do respeito aos requisitos constitucionalmente previstos para as restrições. Na ausência de reservas, a competência do juiz, principalmente o constitucional, sobre as ponderações realizadas deve ser total, já que, quando os direitos são consagrados com reservas, estas últimas condicionam o âmbito do controle jurisdicional (op. cit., p. 600-601).

<sup>24</sup> Nesse sentido, examinar LUIS AGUIAR DE LUQUE (“Los Limites de Los Derechos Fundamentales”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, janeiro/abril de 1993, p. 20).

âmbito que impedem uma concordância prática entre os bens e valores constitucionais<sup>25</sup> ou se é possível afastar de tal âmbito determinadas situações e condutas. Com efeito, trata-se de dois momentos lógicos distintos: o da determinação do “âmbito da norma” e o da identificação de restrições<sup>26</sup>. A adoção de tal procedimento estruturado em fases permite afastar o recurso aos requisitos procedimentais e institucionais de restrições a direitos fundamentais nos chamados casos fáceis<sup>27</sup>. Ademais, mostra-se mais adequada constitucionalmente uma perspectiva restritiva, que leve a afastar de referido âmbito protetivo as situações evidentes de lesão aos princípios básicos da ordem jurídica, sobretudo as que configuram ilícitos criminais ou que produzam danos sociais intoleráveis<sup>28</sup>. A definição de tal âmbito inicia com a interpretação das normas de direitos fundamentais, identificando o que pode de forma segura ser incluído na garantia que delas decorre. A análise de conceitos contidos nas normas de direito fundamental, levando em conta a integração necessária entre norma e realidade, serve para o apuramento inicial de referida esfera de proteção. Para tal fim, é de se referir o contributo de FRIEDRICH MÜLLER, que busca incluir no âmbito normativo do direito fundamental apenas as modalidades típicas e não substituíveis de ação. Nesse sentido, a liberdade artística não inclui a possibilidade de se cometer um assassinato durante a encenação de uma peça, já que estão abertas ao titular do direito outras modalidades típicas de exercício que não sejam proibi-

<sup>25</sup> Assim, no caso do direito de greve dos servidores públicos, tem-se, que a princípio, ele seria amplo e irrestrito. Posteriormente, diante da necessidade de ponderar o âmbito protetivo de tal direito com outros bens e valores constitucionais, como a tutela da saúde e da vida, pode-se chegar ao reconhecimento da necessidade de se estabelecer limites ao direito de greve dos servidores que atuam nos serviços de saúde, assegurando uma prestação mínima de serviços à população. Examinar, a propósito, J.J.GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282. Uma concepção ampla, no entanto, pode levar a situações constitucionalmente inadequadas, como na hipótese de integrar na liberdade religiosa a possibilidade de se efetuar sacrifícios humanos ou na liberdade de manifestação artística a possibilidade de se pintar veículos de terceiros. Defendendo uma posição ampla da previsão normativa dos direitos fundamentais, examinar ROBERT ALEXY (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 299 et seq.).

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 251; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212 et seq.

<sup>27</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 431.

<sup>28</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 427.

das<sup>29</sup>. Em seguida, deve-se buscar definir o que está seguramente excluído de tal âmbito, com fundamento em um juízo de evidência que dispense valorações e ponderações. Lembre-se que o critério da evidência aqui lembrado pode eventualmente se mostrar problemático por poder se revestir de subjetivismo. Defende-se, porém, o argumento de que somente as situações caracterizadas como ilícitos penais materiais de forma incontroversa e universal (matar, roubar, destruir o patrimônio alheio, violar, dentre outras), e não toda e qualquer situação circunstancialmente contida na previsão normativa de uma norma penal incriminadora, e as situações que, mesmo não passíveis de sanção criminal, sejam radicalmente incompatíveis com a vida em sociedade e ensejem uma reprovação social e jurídica consensuais, é que podem ser consideradas como excluídas do âmbito de proteção de normas de direitos fundamentais<sup>30</sup>.

Por fim, é de se lembrar os problemas de competência e de habilitação decorrentes da necessidade de determinar se os mesmos requisitos exigidos para as restrições decorrentes da atuação do legislador devem ser observados pelas intervenções restritivas operadas pela Administração. Se, a princípio, a resposta é afirmativa, sobretudo nos casos em que a atuação de autoridades administrativas é prevista em normas constitucionais e deve ser objeto de regulação legislativa, podem sobrevir situações em que a ausência de norma habilitadora ou de suficiente densidade normativa não pode constituir empecilho a intervenções restritivas da Administração destinadas a proteger bens jurídicos relevantes ou a operar uma composição entre bens e interesses em colisão. É o caso de situações de urgência administrativa, muitas vezes associada a missões de polícia administrativa, mas que exigem adequada ponderação por parte do intérprete e a devida justificação da solução encontrada<sup>31</sup>. Também o Judiciário,

<sup>29</sup> Nesse sentido, examinar JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 400-401 e 419). O autor ressalta a importância da obra de MÜLLER para a afirmação da necessidade de uma perspectiva mais restritiva do âmbito de proteção da norma de direito fundamental. Critica, porém, o fato de MÜLLER tentar restringir ao momento da delimitação da previsão normativa a resolução do problema dos limites aos direitos fundamentais consagrados sem reservas, entregando a fixação do âmbito normativo a especulações subjetivas e transferindo para este momento a realização de ponderações e valorações que pretendia evitar.

<sup>30</sup> Não se pode esquecer de que há situações “neutras” em termos de inclusão na previsão normativa ou de sua exclusão, em relação às quais JORGE REIS NOVAIS propõe que seja adotada uma estratégia de *defining out*; ou seja, de inclusão inicial no âmbito protegido e de posterior exclusão de categorias ou modalidades de exercício que apenas aparentemente beneficiavam da proteção, impondo-se, porém, o ônus de justificação de tal procedimento sobre quem sustenta a exclusão (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 434-436). Este processo não é necessariamente isento de valorações e ponderações.

<sup>31</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 475 et seq. e 866.

em razão de sua atividade, pode vir a restringir direitos fundamentais e a compor conflitos entre referidas posições jurídicas, devendo igualmente observar os requisitos referidos.

Lembre-se a possibilidade de ser alegado o fato de que a atuação do Judiciário e, em última instância, dos tribunais constitucionais poderia vir a subverter o princípio democrático, uma vez que alteraria uma decisão legislativa oriunda de representantes eleitos. Tal afirmação, no entanto, não atenta para a adequada caracterização do princípio democrático e do princípio do Estado de Direito na atualidade. A afirmação de direitos fundamentais afasta do âmbito de disponibilidade do legislador e dos demais poderes uma série de matérias, vinculando o Estado no sentido de concretizá-los<sup>32</sup>. Caberá ao Judiciário efetuar o controle das ponderações realizadas pelo legislador (e também pela Administração) à luz dos direitos fundamentais, que constituem o “parâmetro da aferição da respectiva constitucionalidade”. A atuação do Judiciário e das cortes constitucionais, portanto, que só é legítima enquanto puder fundar-se em parâmetros jurídicos do Estado Constitucional e não como alternativa política ao legislador, não viola a repartição constitucional de competências, mas deve se manifestar como controle dos limites e requisitos que a própria Constituição impõe ao legislador<sup>33</sup>.

Cumpre, ainda, aclarar a distinção entre ponderação e o chamado princípio da concordância prática, freqüentemente invocado como pauta a disciplinar a interpretação constitucional<sup>34</sup>. Por meio da concordância prática, de certa forma uma conseqüência do princípio da unidade da Constituição, tem-se que os poderes públicos, ao concretizarem as disposições desta última, devem buscar harmonizá-las e alcançar um equilíbrio “ótimo” entre elas, ou seja, pressupõe-se um conflito entre direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais e predica-se, para sua solução, que seja adotada uma interpretação que evite o total ani-

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, KONRAD HESSE (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 230).

<sup>33</sup> A propósito, examinar JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 696-697).

<sup>34</sup> Nesse sentido, KONRAD HESSE (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 66-67); J.J.GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225); INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (*Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 91) e MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ (*Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 263).

quilamento de um dos direitos ou bens em causa. Pode-se reconhecer na concordância prática um *plus* em relação à ponderação, ou seja, não apenas se impõe esta última, de forma a se evitar que um dos bens ou direitos em colisão seja sobreavaliado em detrimento da satisfação do outro, mas vai-se além e se determina que seja alcançada a efetividade ótima possível entre eles<sup>35</sup>. O apelo à chamada “concordância prática” destina-se nitidamente a “domesticar” a ponderação, evitando que esta última leve ao sacrifício de um bem diante de outro<sup>36</sup>. É de se ressaltar, no entanto, que as situações concretas de conflitos entre direitos raramente chegam a opor a totalidade de um deles contra outro. É mais comum o choque entre aspectos parcelares do âmbito protegido de um e de outro bem jurídico. Ademais, a medida “ótima” de realização de um bem ou direito em face de outro, nos casos concretos, e na ausência de uma medida menos restritiva, pode ser justamente o total afastamento de um ante o outro; mas, aqui, o que se afasta ou se “aniquila” não é o direito fundamental “em abstracto” ou a “liberdade por ele protegida”, mas sim “uma concreta modalidade de exercício ou parcela do bem que se acolhia sob a sua protecção”<sup>37</sup>. Tal “aniquilamento”, portanto, não é absoluto, não podendo ser ilimitado no tempo, nem abranger todas as pessoas ou todos os domínios da vida dos indivíduos. Há que se respeitar, por outro lado, disposições que consagram uma tutela em termos definitivos e absolutos, como a proibição da pena de morte.

Ademais, como tradicionalmente expresso, o chamado princípio da concordância prática desconhece e mesmo entra em choque com a necessidade de se atribuir às normas de direitos fundamentais, na maior parte das vezes, a natureza de princípios; isto é, disposições que devem ser aplicadas de forma gradual e na medida das possibilidades fáticas e também jurídicas. O afastamento de uma concreta modalidade de exercício de um direito, em um determinado caso, ante o maior peso de um direito contrário, não leva à expulsão da norma por meio da qual ele se expressa do ordenamento jurídico; ou seja, as situações de colisão entre princípios não se resolvem no plano da validade, mas sim no plano

<sup>35</sup> Nesse sentido, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*La Ponderación de Bienes e Interesses en el Derecho Administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000, p. 28-29).

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 66.

<sup>37</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 690.

do peso<sup>38</sup>. Mostra-se, com efeito, imprescindível a realização de ponderações, com o eventual afastamento, nos casos concretos, de um dos bens ou direitos em colisão. Daí por que a concordância prática deve ser entendida em termos. Não é realista predicar que se pode sempre alcançar um ponto de equilíbrio e de satisfação ótima entre os bens e direitos que não implique a possibilidade de se afastar uma modalidade de exercício destes nas situações concretas.

## **5. CONCLUSÕES E EXAME DE ALGUNS CASOS CONCRETOS**

Adota-se neste estudo o entendimento de que a restrição a direitos fundamentais em geral, incluindo aqueles cujas normas não prevêem a possibilidade de intervenção legislativa, deve observar os requisitos da legalidade, da proporcionalidade e da igualdade, vedando-se casuísmos. Como um dos contributos da metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER, mencione-se a maior adequação constitucional de uma perspectiva mais restritiva do âmbito protegido por normas de direitos fundamentais. Defende-se neste estudo a idéia de que se deve afastar do momento posterior à identificação de tal âmbito, qual seja, a ponderação entre bens e direitos, condutas consagradas universal e consensualmente como criminosas ou geradoras de grandes danos. Evita-se, assim, a mobilização dos limites às restrições de direitos fundamentais em hipóteses em que na verdade não há uma autêntica colisão entre direitos fundamentais.

Exemplifique-se com o exame da inviolabilidade de correspondência, prevista pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição. Lembre-se que, apesar de prevista aparentemente sem possibilidade de restrição, referida inviolabilidade poderá ser condicionada nas hipóteses de Estado de Defesa e de Estado de Sítio, nos termos, respectivamente, da alínea “b”, do inciso I, do parágrafo 1º do artigo 136 e do inciso III do artigo 139 da CF/88. Trata-se, no entanto, de restrições temporárias e excepcionais. Mas, e em situações de normalidade institucional? A inviolabilidade referida reveste-se da natureza de regra ou poderá ser tratada como princípio e, portanto, ceder ante outros bens e direitos? Tal norma, na maior parte dos casos, deve ser considerada uma regra, susceptível, portanto, de aplicação em termos definitivos, ante a proximidade do valor que pretende tutelar da dignidade da pessoa. Não parece, no entanto, que o legisla-

---

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 26-27; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89-90.

dor esteja impedido de regular eventuais colisões com outros direitos ou bens jurídicos, servindo-se do artigo 5º, inciso II, da CF/88 e do princípio da proporcionalidade. Devem, porém, ser apresentadas boas razões e argumentos que justifiquem tal cedência.

Condutas criminosas ou que produzam grandes danos não devem ser consideradas como abrangidas pelo seu âmbito de proteção. Assim, se alguém pretender enviar tóxicos, dinheiro falso ou um produto nocivo à saúde por meio da correspondência, não pode invocar a inviolabilidade referida. A Administração, por sua vez, seja a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ou a direção de uma penitenciária, por exemplo, pode usar dos meios necessários (aparelhos de raio X, cães farejadores de substâncias proibidas) para coibir referidas práticas, independentemente de lei, desde que de forma devidamente justificada e motivada. Não há aqui qualquer colisão de direitos nem restrição que tornem necessário ponderar posições jurídicas e aplicar os requisitos da legalidade e da proporcionalidade<sup>39</sup>.

Examine-se, ainda, o direito de greve dos servidores públicos. Ele é previsto pelo inciso VII do artigo 37 da Constituição, uma norma que consagra um reserva simples de intervenção do legislador, ou seja, que entrega a este em termos amplos a definição de como se dará o seu exercício. Estarão a Administração e o Judiciário, em consequência, na ausência de lei, impedidos de atuar, por exemplo, no tocante a uma greve que tenha paralisado os serviços de emergência de um hospital público ou em que tenha ocorrido a ocupação de um prédio público ou o impedimento da entrada de quem queira trabalhar? Não parece. A greve no serviço público deve ser tratada de forma diversa da greve na iniciativa privada. Os danos que ela pode provocar não afetam apenas o “patrão” governamental, mas toda a sociedade. A prestação de serviços públicos, alguns dos quais são essenciais, não pode sofrer interrupção em decorrên-

<sup>39</sup> ALEXANDRE DE MORAES lembra que o Supremo Tribunal Federal, no HC 70.814-5/SP e na Carta Rogatória 7.323-2, admitiu a interceptação das cartas de presidiários pela administração penitenciária, respeitados certos parâmetros, sempre que elas estejam sendo utilizadas como instrumentos de crimes, não sendo admissível que a sua inviolabilidade sirva para acobertar ilícitos (*Direito Constitucional*. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 84). Lembrou-se a possibilidade de restringir referido direito com fundamento na segurança pública, na disciplina prisional ou na preservação da ordem jurídica. No caso das penitenciárias, é de se lembrar o parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução Penal, que trata da possibilidade de se restringir a correspondência do preso, por ato motivado do diretor do estabelecimento. Entende-se neste estudo, porém, que a hipótese não é de restrição, mas sim de explicitação de uma modalidade de conduta não incluída no âmbito de proteção da norma que consagra a inviolabilidade da correspondência.

cia do princípio da continuidade. Ademais, a atuação do Poder Público, por meio de seus servidores, é indispensável à satisfação inadiável de necessidades coletivas. Por tais razões, deverá o legislador ponderar adequadamente os bens em conflito, de forma a possibilitar o exercício de referido direito sem, no entanto, ensejar graves prejuízos à sociedade. Paralisar a emergência de um hospital público, com a possibilidade de causar mortes e lesões graves à integridade física, não é, porém, uma conduta que possa ser coberta pelo direito de greve. Pode-se presumir que o legislador jamais consagraria referida conduta. Como está fora do âmbito de proteção do direito, pode ser coarctada por medidas administrativas (corte do ponto, desconto dos dias parados), que deverão ser motivadas e dotadas de suficiente fundamento normativo, e judiciais (reintegração de posse no caso de invasão das dependências, aplicação de multa para permitir o acesso de quem queira trabalhar, imposição do comparecimento de um percentual mínimo da força de trabalho, destinado a atender a situações emergenciais e inadiáveis, dentre outras). Tais medidas não invadem o âmbito de proteção do direito, nem a competência do legislador para dispor sobre o direito de greve dos servidores públicos, pois, como visto, as condutas coibidas estão fora do âmbito de proteção do direito fundamental em causa.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, no Mandado de Injunção nº 20 (Relator Ministro Celso de Mello) se manifestou no sentido de que a norma constitucional que consagra o direito de greve dos servidores públicos não é auto-aplicável, carecendo da edição de lei, sem o que referido direito não poderá ser exercido. Em outra decisão, a referida corte entendeu que não ofende a competência privativa da União para disciplinar o direito em comento o decreto de Governador que - a partir da premissa de ilegalidade da paralisação, à falta da lei exigida pela Constituição - discipline suas conseqüências administrativas, disciplinares ou não (ADInMC 1306, 30.6.95, julgamento: 16/05/2002, DJU de 14/06/2002, p. 126). Sobre os limites do direito de greve dos servidores, examinar, ainda, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na AMS 81228 (Relator Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJU de 20/11/2002, p. 413). A distinção efetuada neste estudo entre o âmbito protegido do direito fundamental e as condutas que podem ser consideradas, de forma consensual e evidente, como excluídas de tal âmbito, permite justificar a intervenção da Administração e do Judiciário no caso das segundas, afastando o argumento de que se trata de uma invasão do campo atribuído pela Constituição ao legislador na regulação do direito em comento.



# EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO BRASILEÑO EN LA ACTUALIDAD

**Regis Frota Araujo**

*Profesor*

*SUMARIO: 1. Introducción; 2. Definición de la disciplina jurídica “Derecho Constitucional Económico”; 3. El constitucionalismo económico en la Historia Constitucional Brasileña; 4. Comentarios a las normas constitucionales de Derecho Constitucional Económico en la actualidad brasileña; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El objetivo de esta intervención es precisamente dar una idea mas o menos histórica de la importancia y relevancia del constitucionalismo económico, en el Brasil de la Constitución Federal de 1988.

Es intentar definir la disciplina jurídica del “Derecho Constitucional Económico” de cara a la actualidad de sus normas internas y, en relación con la realidad histórica reciente de este país de América Latina, sobre todo a partir del siglo XX.

Para tanto, me referiré a la historia constitucional brasileña desde el punto de vista de la economía nacional y sus principales momentos políticos de adopción de opciones típicas de desarrollo nacional y, asimismo, comentaré las normas concretas de la Constitución Federal de 1988 (los artículos 170 hasta 192).

El constitucionalismo económico, desde el punto de vista de una primera tentativa de definición, es una de las ramas del Derecho Constitucional que más crece de importancia, en la contemporaneidad. Si intento una aproximación epistemológica, mejor diría que el Derecho Constitucional Económico es el conjunto

de normas y debates - de naturaleza constitucional, donde los principios y valores constitucionales se hallan presentes – acerca de las relaciones intervencionistas del Estado en la economía, o sea, el orden económica y financiera en la cual el Estado utiliza su autoridad de agente regulador de la economía para repartir competencias entre el Público y el Privado, de los derechos de explotación, distribución y reparto de la riqueza nacional.

## **2. DEFINICIÓN DE LA DISCIPLINA JURÍDICA “DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO”**

El título o capítulo específico y propio que las Constituciones contemporáneas suelen consagrar, generalmente bajo la denominación de “Economía y Hacienda” u “Orden económico y social” tratan de un conjunto de principios entre los cuales se encuentran el de la necesidad del Estado reprimir dicha utilización abusiva de los agentes económicos en el mercado, o sea, el abuso del poder económico. Esa actitud nueva de intervención de los poderes públicos sobre el libre juego de los mercados, inserida en las Constituciones modernas, resulta como bien advierte Fernández Segado<sup>1</sup>, “unas normas jurídicas ordenadoras que vertebran su actividad en el ámbito socio-económico, guiándola en orden a la consecución de los valores constitucionales supremos, de modo muy especial del valor justicia igualdad, entendida en su sentido material.”

Estamos ante lo que se conoce como “Constitución Económica”, hace ya más de medio siglo, es decir, aquella parte de la Constitución que contiene el conjunto de principios y reglas para ordenar la actividad productiva de una economía y, al cual el Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, hizo referencia en una de sus primeras sentencias, haciendo eco de esta vertiente constitucional, la “constitución económica”.

“En la Constitución Española de 1978 – puede leerse en la STC 1/1982, de 28 de enero-, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, **existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica**; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse **la constitución económica** o constitución económica formal. Ese mar-

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco : “ El régimen socio-económico y haciendístico en el ordenamiento constitucional español”, Facultad de Derecho y CC.PP. de la Universidad Nacional de Trujillo, Peru, 1995, pàg. 24

co implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de un “orden económico y social justo”.

La Constitución brasileña de 1988, igualmente, contiene el Título VII bajo la rúbrica o denominación del “orden económica y financiera” cuyo artículo 173, párrafo 4 establece que “ la Ley reprimirá el *abuso de poder económico* que tiende a la dominación de los mercados, a la eliminación de la competencia y al aumento arbitrario de los beneficios” .

Por supuesto, una de las tareas del Estado contemporáneo es precisamente intentar controlar los abusos del poder económico que la concentración de riqueza en manos de una regiones y empresas concurren para la manutención de otras regiones y empresas subdesarrolladas, o sea, sin posibilidad de competencia, no fuera las intervenciones estatales distintas de la época en que prevalecía el dogma fisiocrático y liberal del “ *laissez faire, laissez passer*” .

El constitucionalismo económico brasileño asumió, desde sobre todo los años 70, con el gigantismo del Estado y desde las contribuciones y aportaciones doctrinales de los profesores **Washington Peluso** ( de Minas Gerais ) , **Eros Roberto Grau** ( de la Univ. de Sao Pablo), **Nelson Saldanha** (de la Univ. de Federal de Pernambuco), **Bezerra Falcao** (de la Univ. Federal de Ceará, Fortaleza) y otros tantos por todas las partes, una relevancia típica de asignatura aislada, con método propio y contenido constitucional específico. En Bahia, por ejemplo, hasta hoy hay un magíster en Derecho Constitucional Económico, con la publicación semestral de una revista a través de la cual se desarrolla los debates en este área del conocimiento constitucional. Sin embargo, en mi universidad, la UFC, el magíster en Derecho, conserva su área de concentración profesional bajo el título de “orden constitucional y desarrollo económico”.

### **3. EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL BRASILEÑA**

Ahora bien: tengo la intención de desarrollar mi intervención sobre el constitucionalismo económico brasileño de la siguiente forma: haré una referencia evolutiva rápida sobre la historia constitucional de Brasil y, desde luego, me concentraré sobre el modelo del orden económico y financiero de la actual Constitución de 1988.

Bueno, vamos a ver: la primera Constitución de Brasil ha sido la Constitución del Imperio, otorgada por don Pedro I, en el año de 1824, con la cual el

Emperador implantó el Constitucionalismo del autoritarismo imperial, con la característica de los cuatro poderes, es decir, además del poder ejecutivo, legislativo y judicial, había previsto el poder moderador, a ser ejercido por él mismo, o sea, por el emperador, y como forma de controlar los eventuales conflictos entre los otros. Tuvo una larga duración, este modelo constitucional solamente fue sustituido tras la proclamación de la República, en el año 1889, cuya primera constitución republicana de 1891, trajo dos grandes innovaciones, de alguna manera casi trasladadas de la experiencia norteamericana, es decir, la forma compuesta federativa de Estado a se contraponer al Estado Unitario que había vivenciado el Brasil imperial del siglo diecinueve, desde el traslado, en el año 1808, de la familia imperial portuguesa huyendo de las amenazas de Napoleón del bloqueo continental, hasta la declaración de la Independencia, en el año 1822, por el hijo de don João VI, que le recomendó que la declarase antes que algún aventurero lo hiciese.

La otra gran innovación de la primera Constitución republicana brasileña de 1891 se refiere al régimen presidencialista de gobierno, lo cual, a excepción de algunos golpes de Estado – el principal lo que impartió el dictador GETULIO VARGAS entre los años 1937 hasta 45( en el denominado ESTADO NUEVO) y luego, el período de la dictadura militar entre los años 1964-85-, se constituye en una de las principales demostraciones de la vitalidad institucional y democrática de la vida constitucional brasileña, donde los múltiples partidos políticos vivencian una permanente lucha de auto-fraccionamiento y, la gobernabilidad una permanente fuente de acuerdos entre ellos, como forma de cambios políticos y estabilidad institucional.

La tercera carta política constitucional brasileña vino con la promulgación de la Constitucional de 1934, influenciada por el espíritu social de la innovadora experiencia “weimariana”, con la consagración de algunos nuevos Derechos Fundamentales, pero el golpe de Estado del “gaúcho” Getúlio Vargas<sup>2</sup>, implan-

<sup>2</sup> Tenemos que subrayar que Getulio lidero la revolución democrática burguesa, en 1930, objetivando impulsar la industrialización del país. Las contradicciones inter-burguesas, han acelerado los conflictos de la época y paralisaron la revolución. Getulio, para dar seguimiento al proceso revolucionario burgués, en el año 1937, há dado un golpe bonapartista, falsamente confundido con el facismo que a la época se aglutinaba en torno de la acción integralista de Plínio Salgado. Como dictador, miro con simpatía para el nazi-facismo, pero se há aproximado de los aliados y durante la 2ª Guerra Mundial logro con los Estados Unidos la implantación de la Compañía Siderúrgica Nacional, en Volta Redonda(RJ). Durante su gobierno (1930/45), muy especialmente entre los años 1937 e 1945 Getúlio consolido, utilizando el Estado como instrumento, el proceso de industrialización de Brasil, y asimismo otorgó una legislación laboral bastante adelantada para la época y crió también la Previdência Social para los trabajadores urbanos, a través de los institutos de jubilaciones y pensiones, los llamados IAPAS.

taría ya en el año 1937, el Estado Nuevo y daría inicio al proceso económico de desarrollo de la economía industrial brasileña, con la sustitución de importaciones, el traslado de poblaciones del campo a la ciudad y la formación de los sindicatos obreros, etc, en donde la Carta Constitucional de 1937 se caracterizó por la otorga de una verdadera dictadura .

La redemocratización del país solamente vino en el año de 1946, tras la promulgación de la Constitución que pudo contar entre sus Constituyentes incluso con Carlos Prestes, electo Diputado Federal por el Partido Comunista, hasta entonces en la ilegalidad. Conocida como la “Constitución de la redemocratización”, su promulgación posibilitó un adelanto de conquistas sociales en el orden económico y financiero, sobretodo en el campo de las competencias de los Estados-Miembros de cara a la Unión y, asimismo, de sus participaciones en los ingresos tributarios de la Unión como forma de incrementar el carácter dual y cooperativo de la Federación brasileña.

La penúltima experiencia constitucional brasileña digna de registro en su reciente historia, desde el punto de vista del orden económico, es la Carta Constitucional de 1967, resultado de una fusión de los actos institucionales del 64 hasta 67, de los gobiernos militares con la labor del congreso nacional a intentar recuperar y acoger la Constitución de 1946. Había, pues, un capítulo específico acerca del “orden económico y social”, sustituido que fue por el capítulo VII, de la actual Constitución de 1988, denominado “ Orden económico y financiero”, que comprende los artículos 170 hasta 192, de la Constitución Federal del 88, los cuales tratan de las relaciones entre el Estado y la Economía, en cuatro secciones, a saber:

- a) los principios generales de la actividad productiva;
- b) La política urbana;
- c) La política agrícola, agraria y de reforma agraria; y,
- d) El sistema financiero nacional.

#### **4. COMENTARIOS A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO EN LA ACTUALIDAD BRASILEÑA**

Los principios generales de la actividad productiva contienen nueve principios y intenciones constitucionales que representan un adelanto en materia de reconocimiento por la Constitución Económica brasileña, de los Derechos Fun-

damentales de tercera generación, es decir, los derechos sociales, culturales y económicos. Son, de hecho, Derechos de Solidaridad como la función social de la propiedad – tanto la urbana cuanto la agraria-, que deberán ser observados por la legislación infra-constitucional de manera a hacerse compatible con la propiedad privada en el país, con la nueva forma de adquisición y pérdida de esta misma propiedad, sino cuando observadas las exigencias de cumplimiento de las normas constitucionales de la utilidad social a ellas establecidas, desde entonces.

El medio ambiente, el derecho de la defensa del consumidor, el tratamiento favorable a las empresas de pequeño y mediano porte, la búsqueda de pleno empleo, y la reducción de las desigualdades sociales y regionales son algunos otros de estos principios generales de la actividad productiva establecidos, y asimismo, consagrados por el artículo 170, de la Constitución Federal brasileña.

Este último principio constitucional, aunque no consagrado, explícitamente, por el Constituyente de 1988, pasa por todo el texto constitucional vigente, como para reconocerlo integrado a las características de una economía y de una federación nada fraterna ni integradora.

José Afonso da Silva<sup>3</sup>, en su “Curso de Derecho Constitucional Positivo” lo ve como uno principio de integración. Lo veo yo como uno de los principales principios constitucionales de nuestra realidad periférica, el PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA SOLIDARIDAD, el cual una vez reconocido por la jurisprudencia nacional podría tornarse en el elemento fundamental de la integración y de la cooperación entre las diversas regiones y grupos sociales del país, las del SUR - las regiones SUDESTE Y SUR aquellas **desarrolladas**, donde se ubican los Estados de Sao Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Paraná, Minas Gerais y Rio Grande del Sul – en total contraste con las regiones del NORTE, NORDESTE Y CENTRO-OESTE, que todavía, conocen la pobreza

<sup>3</sup> AFONSO DA SILVA, José : “ Curso de Direito Constitucional Positivo”, 11ª edição, S. Paulo, 1996, pág. 144. El autor afirma: “ De tudo isso se deduz a importância de ter a Constituição conjugado a concepção de uma *sociedade pluralista* (art. 1º), com as de uma *sociedade livre, justa, fraterna e solidária* (art.3º) pois, se o pluralismo é uma concepção liberal, o solidarismo, de fundo socialista, aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário, que supõe a superação dos conflitos, e, assim, fundamenta a **integração social** que evita os antagonistas irreductíveis que destroem o princípio pluralista. Forma-se, assim, uma sociedade integrada em que, por um lado, “ cada uma das unidades componentes ocupa nela um lugar conforme seu papel no conjunto”, e em que, por outro lado “ seus membros admitem os mesmos valores, participam das mesmas crenças, unem-se nas mesmas representações, aderem aos mesmos símbolos.” (Grifos inovados).

y el subdesarrollo, el semi-àrido y la ausencia de estímulo estatal para implantación de infraestructuras modernas en el campo de la economía globalizada, como es una de las principales características de la economía contemporánea.

Como he puesto de relieve<sup>4</sup> son tantos los artículos de la Constitución de 1988 que se refieren al principio de solidaridad o de la reducción de las desigualdades sociales y regionales, que demostrado queda, sin derecho a dudas, la relevancia de este principio constitucional en el constitucionalismo económico brasileño. Los principales artículos de la Carta política de Brasil a consagrar el referido principio integrador son :Art. 3; art. 43; (de las regiones) 151, I (el sistema tributario nacional) ; Art. 159, I, letra C: los fondos compensatorios para NE, NO y CO; art. 165, párrafo 7 ( del presupuesto de las empresas estatales, de la Unión y de la Seguridad Social); art. 170, párrafo 7 – reducción de las desigualdades sociales y regionales (en el orden económico, financiero y social) hasta al ADCT, es decir, el acto de las disposiciones constitucionales transitorias (art. 34, párr. 10 y 11).

Tras estas pequeñas observaciones acerca de los “principios generales de la actividad económica” o productiva, consagrados por el artículo 170 de la Constitución Federal de 1988 (o sea, el capítulo I, del título VII) y entre los cuales, el principio constitucional de la solidaridad o de reducción de las desigualdades regionales y sociales se constituye en uno de los más importantes, debemos resumir el contenido de los demás capítulos (II, III y IV) del mismo título VII de la Carta Magna brasileña, de manera a tener una idea sobre, ya sea la política urbana, ya sea la política agrícola, agraria y de reforma agraria en el Brasil, sin contar que el sistema financiero nacional del artículo 192, en que pese la reforma resultante de la Enmienda Constitucional nº 40, de 29.05.2003 haya desfigurado el primitivo sistema financiero diseñado por los Constituyentes de 1988.

El capítulo II, del orden económico y financiero de la Constitución de 1988, titulado “de la política urbana” regula, en los arts.182 y 183 de ésta “*Lex Magna*”, la forma de adquisición y pérdida de la propiedad urbana y, asimismo trata de la política de desarrollo urbano ejecutada por el Poder Ejecutivo Municipal, bajo ciertas reglas establecidas en la misma Constitución.

---

<sup>4</sup> FROTA ARAUJO, Francisco Regis: “ O principio Constitucional da Solidariedade nos sistemas constitucionais ibérico e brasileiro: uma tentativa de inserção epistemológica deste principio na teoria geral dos direitos fundamentais” in **Revista Iberoamericana de Direito Constitucional Econômico**, nº 1, ano 1, Fortaleza, abril de 2002, págs. 34 a 68.

Con el fin de ordenar el pleno desarrollo de la funciones sociales de la ciudad y garantizar el bien estar de sus habitantes, las ideas maestras de una política urbana son establecidas por la Constitución que ha dejado a la Ley (el reconocido “Estatuto de la Ciudad”, es decir, la Ley nº 10.257, de 10/7/2001) la tarea de fijar las directrices generales y específicas de tal política, incluso a través del “Plan Director”, aprobado por la Cámara Municipal (art.182, § 1º CF/1988), obligatorio para ciudades con más de veinte mil habitantes, que es el instrumento básico de desarrollo y de expansión urbana.

De hecho, la expansión urbana en el Brasil de los años 90 se destaca en Latinoamérica, puesto que los Municipios brasileños han sido bien contemplados por la Constitución Federal de 1988.<sup>5</sup>

La política urbana trazada pelo el texto constitucional determina, pues, que la propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el ya referido plan director. Y por otro lado, se permite al poder público municipal, mediante ley específica incluida en el plan director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario del suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente: I- parcelamiento o edificación obligatorias; II – impuesto sobre la propiedad territorial urbana progresivo en el tiempo; III- expropiación con pagos mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales.

Es decir: al poder ejecutivo municipal los Constituyentes de 1988 han dado una gama de poderes de manera a efectivizar la política urbana de ordenación de la propiedad urbana y su utilidad o función social en el espacio de las ciudades.

Diferentemente, la función social de la propiedad rural solamente se cumple, según la Constitución de 1988, cuando la propiedad rural atiende, simultáneamente, de acuerdo con los criterios y los grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos: I- aprovechamiento racional y adecuado; II- utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; III- observación de las disposiciones que regulan las relaciones

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo : “Curso de Direito Constitucional” , Editorial Malheiros, 7º edición, S. Paulo, 1997, en especial el capítulo 10, titulado “Las innovaciones introducidas en el sistema federativo por la Constitución de 1988”, págs. 311/326.

de trabajo; IV- explotación que favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores.

Acá ya estamos en el campo específico de la política agrícola y territorial y de la reforma agraria trazada por la *Lex Magna* vigente de Brasil, cuyos artículos 184 hasta 191, establecen formas especiales de adquisición y pérdida de la propiedad rural, a ejemplo del art. 185 que, textualmente, dispone que no son susceptibles de expropiación para fines de reforma agraria: I- la pequeña y media propiedad rural, así definida en Ley, siempre que su propietario no posea otra; II- la propiedad productiva.

En tanto en cuanto a la política agrícola será ésta planificada, según regula el art. 187 de la Constitución, y ejecutada en la forma de la ley, con la participación afectiva del sector de producción, incluyendo productores y trabajadores legales, así como de los sectores de comercialización, almacenamiento y transportes, teniendo en cuenta especialmente:

- I - los instrumentos crediticios y fiscales;
- II - los precios compatibles con costos de producción y garantía de comercialización;
- III - el incentivo a la investigación y a la tecnología;
- IV - el seguro agrícola;
- V - el cooperativismo;
- VI - la electrificación rural y de irrigación; y,
- VII - la vivienda para el trabajador rural;

Donde no se puede olvidar que la planificación agrícola incluye las actividades agroindustriales, agropecuarias, pesqueras y forestales.

Buena cosa hizo la Constitución de 1988 cuando estableció que “los beneficiarios de la distribución de inmuebles rurales por la reforma agraria recibirán los títulos de dominio o de concesión de uso, sin posibilidad de negociarlos en el plazo de diez años” (art. 189), lo que ha impedido una intensa negociación a fines meramente especulativos de inmuebles rurales, en el seno de una reforma agraria que se arrastra, dramáticamente, muy lenta según los componentes del Movimiento de los Sin Tierra (MST), y a pasos muy largos según los Gobiernos, desde Fernando Henrique Cardoso a Lula da Silva.

Por último, hay que señalar la creación, por el texto constitucional, del instituto del “usucapião” especial, es decir, la posibilidad de adquisición de la propiedad - rural o urbana-, a través, sencillamente, del paso del tiempo, sin

oposición, en áreas urbanas de hasta doscientos cincuenta metros cuadrados, mientras que en áreas rurales, aquel que, no siendo propietario de inmueble otro, posea como suyo, por cinco años no interrumpidos, una superficie de tierra, en zona rural, no superior a cincuenta hectáreas, que haya puesto a producir con su trabajo o el de su familia, teniendo en ella su vivienda, adquirirá, por tanto, la propiedad, a tenor de las disposiciones de los artículos 191 y 183, de la Constitución del país.

Ahora, hago rápidas consideraciones en torno al último capítulo, del Título VII de la Constitución de la República Federativa brasileña, o a la cuarta y última sección de este mismo capítulo del constitucionalismo económico: del sistema financiero nacional.

Viene todo reglado en el artículo 192, de la Carta Política de 1988 y por ello mismo denominado de “sistema”, pero tenemos que reconocer haber sido completamente destrozado por la reciente enmienda constitucional número 40, de 29 de mayo de 2003, que revogó todas las disposiciones del referido artículo, a excepción de su *caput*, aunque este también, parcialmente, reformado.

En otras palabras, el contenido originario del sistema financiero nacional fue enteramente desvirtuado por los intereses de las bancas extranjeras, representadas en el Congreso Nacional, interesadas en obtener largas parcelas del capital brasileño. Quien pueda leer el texto originario del antiguo artículo 192, de la Constitución de 1988, ahora ya eliminada su vigencia, en virtud de la reforma constitucional de la enmienda n° 40/2003, antes referida, sabrá evaluar lo cuánto radical fue ésta reforma, la cual ha sostenido la redacción del sistema financiero nacional, unicamente, al siguiente: “el sistema financiero nacional, estructurado de manera que promueva el desarrollo equilibrado del país y sirva a los intereses de la colectividad, en todas las partes que lo componen, incluso las cooperativas de crédito, estará regulado en leyes complementarias que dispondrán, incluso sobre la participación del capital extranjero en las instituciones que lo integran.” (Grifos innovados.)

Así que la revocación de los ocho apartados y asimismo, de los tres párrafos del apartado ocho del artículo 192, de la CF/1988, por el texto de la enmienda constitucional EC n° 40, de 29.05.2003 que ha dado nueva redacción al referido artículo 192 representó un empobrecimiento del constitucionalismo económico brasileño actual, a partir de la eliminación de antiguas garantías fundamentales y populares, a ejemplo de los criterios restrictivos de transferencia de ahorro de regiones con renta inferior a la media nacional a otras de mayor desarrollo, la creación de un fondo o seguro, con el objetivo de proteger la

economía popular, garantizando créditos, aplicaciones y depósitos hasta determinado valor, prohibiéndose la participación de recursos de la Unión, etcétera, etcétera.

Podemos resumir: ya no tenemos, en Brasil, un sistema financiero nacional, constitucionalmente protegido. Tenemos sí, una promesa de elaboración de **diversas** leyes complementarias – lo que antes de la reforma mencionada, estaba concentrada en una sola ley complementaria, ahora serán muchas, a preunciarse divisiones internas-, y enflaquecer el sistema financiero nacional.

Desde el punto de vista de la historia reciente sabemos que el sistema financiero conoció su arranque a finales de los años cincuenta con el sucesor de Getúlio Vargas, el presidente Juscelino, electo en el año 1955, que retornó a la política desarrollista de Vargas, teniendo utilizado de las bancas internacionales para la financiación de Brasilia y muchas infraestructuras estatales, en sus conocidos “cincuenta años en cinco”.

El candidato a su sucesión de Juscelino, el Mariscal Lott fue derrotado por el candidato de las fuerzas antivarguistas, el señor Jânio Quadros, el cual, una vez en el poder ha intentado alejarse del getulismo, pero vió que ello lo tornaría impopular. Quiso, entonces, retomar el lecho natural y original del Varguismo, pero ya era demasiado tarde. João Goulart, discípulo de Vargas, entonces Vice-Presidente, lo sucedió y tentó profundizar el camino getulista con las “reformas de base” y la nacionalización de las empresas multinacionales. Resultó que fue sacado del poder por un golpe militar que puso en el Palacio de Alvorada los anti-getulistas.

El primer dictador, Castelo Branco, intentó una política muy parecida con el neoliberalismo de hoydía y por ello, se tornó extremadamente impopular. Los militares, para se mantener en el poder, han retomado la política getulista de desarrollo nacional, el desarrollismo nacionalista que profundizó las conquistas sociales llevando, a través del General Médici, el más represor de los generales, la Previdencia Social a los trabajadores del campo con el conocido “Funrural”.

Como ha subrayado Nogueira Carneiro<sup>6</sup>, el “general Geisel fue el más getulista de los dictadores militares brasileños, incrementó mucho la influencia del Estado en la economía, con una política de sustitución de las importaciones de los no ferrosos, petroquímicos, celulosa y armamientos, además de obra de

---

<sup>6</sup> NOGUEIRA CARNEIRO, Raimundo Augusto Sérgio : “ Getulio, o brasileiro” , in *Jornal Diário do Nordeste*, edición de 05/8/04, pág. 2. Conferir, igualmente, del mismo autor, “ Analise marxista da globalização”, edit. ABC, Fortaleza, 2000.

infraestructuras vitales, como es ejemplo la “ferrovía del acero” y el acuerdo nuclear con los alemanes.”

## **5. CONCLUSIONES**

Desde el punto de vista histórico, yo diría que estamos hoy a vivenciar el mismo dilema que conocieran los militares: las fuerzas aliñadas al neoliberalismo son momentáneamente hegemónicas, pero considerando que este modelo no prospera en Brasil, las fuerzas getulistas-desarrollistas ya cuentan con una lista política económica alternativa que llevaría el país al natural lecho del crecimiento y de la prosperidad nacionales.

Por otro lado, la lucha entre el neoliberalismo *versus* el intervencionismo estatal brasileño a caracterizar las dos principales opciones históricas del constitucionalismo económico y político de este país de América del Sur conlleva la sensación de una inolvidable lucha entre las desigualdades regionales y sociales, de un lado, y el desarrollo y el progreso, del otro lado.

La capacidad normativa de coyuntura, en tanto en cuanto utilizaciones excesivas de los últimos gobiernos federales, ya sea a través de los Decretos-Leyes, ya sea a través de las “Medidas Provisorias”, sustituyen en la práctica política, un Poder Legislativo sano por un Ejecutivo poco democrático y concentrador.

Los Decretos-Leyes y las Medidas Provisorias son, pues, en el país de la Constitución, antes ya denominada de “Constitución-ciudadana” por Ulisses Guimarães, objeto del deseo de gobiernos con alguna dificultad de cumplir con las Garantías de los Derechos fundamentales, consagrados en el Orden económico y financiero, antes comentado.

De todas las maneras, la historia constitucional brasileña atesta una verdad relacionada con el compromiso de la Constitución de reducir las desigualdades regionales y sociales, aunque solamente sea posible, a nuestro juicio, en el día en que haya determinación y voluntad políticas en este sentido.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

ANTONIO CARRAZZA, Roque: “Curso de Direito Constitucional Tributario”, Edit. RT, S.Paulo, 1991

- BALEEIRO, Aliomar: “Direito tributario brasileiro” 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976
- BARBOSA NOGUEIRA, Rui : “Curso de direito tributario”, 10ª ed., Edit. Saraiva, 1990
- BONAVIDES, Paulo : “Curso de Direito Constitucional”, Editorial Malheiros, 15ª ed., São Paulo, 2004.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL da Republica Federativa de Brasil de 1988, Editorial Saraiva, S. Paulo, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves : “Comentarios à Constituição de 1988”, 5ª ed., Sao Paulo, Edit. Saraiva, 1984
- FROTA ARAUJO, Francisco Regis: “ La solidaridad italiana” in *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais*, vol. 1, nº 1, Belo Horizonte/ S. Paulo, Edit. Del Rey, 2003, pags.
- FROTA ARAUJO, Francisco Regis: “ Principio da solidariedade nos sistemas constitucionais ibérico e brasileiro”, in *Revista Iberoamericana de Direito Constitucional Econômico, nº1*, ano I, Fortaleza, 2002, pags. 34/ 68.
- MIRANDA, Pontes de : “Comentarios à Constituição brasileira”, 3ª ed., Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1987, vol. II.
- GARCÍA NOVOA : “La financiación de las CCAA en España. Una interpretación en clave federal”, en *Estudios en homenaje a Carlos G.Otero.* , (Coord.P.Puy), Santiago de Compostela, 1991.
- RIBEIRO BASTOS, Celso e outro: “Comentários à Constituição de 1988”, VI volume, tomo I.
- RIBEIRO BASTOS, Celso: “ Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributario”, Edit. Saraiva, S. Paulo, 1991
- ROBERTO GRAU, Eros: “A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Critica)”, Edit. RT, S.Paulo, 1990
- SILVA MARTINS, Ives Gandra da : “Sistema tributario na Constituição de 1988”, São Paulo, 1989.



# IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

**Leonardo de Medeiros Fernandes**

*Advogado*

À Casa de Tobias Barreto, aos meus Professores, nos  
180 anos de sua História dedicada ao Direito, à Justiça.

*SUMÁRIO: 1. Imunidades tributárias na Constituição Federal de 1988: limitações ao Jus Tributandi; 1.1. Classificação doutrinária das imunidades; 1.2. Não-incidência, incidência, isenção e imunidade; 2. Imunidade recíproca dos entes públicos federados; 3. Imunidade religiosa; 4. Imunidade das pessoas jurídicas de direito privado especiais; 4.1. Partidos Políticos e fundações privadas; 4.2. Sindicatos das categorias profissionais; 4.3. Instituições educacionais e de assistência social filantrópicas; 5. Imunidade cultural; 6. Demais imunidades tributárias; 7. Demais imunidades; Referências.*

## **1. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: LIMITES AO *JUS TRIBUTANDI***

Francisco D' Auria<sup>1</sup> já ensinava que a tributação é imposta pelo Estado objetivando o bem comum, posto que o seu fim é a conquista do *ideal social*. Preconizava o Professor, que todo tributo é criado por lei e a sua espécie e gradação sofrem a influência dos ditames políticos e econômicos da Nação, bem como das classes ou de grupos de indivíduos interessados. Com efeito, a Carta da República de 1988, ao definir a competência tributária, conferiu a cada

---

<sup>1</sup> D'AURIA, Francisco. *Ciência das Finanças*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947. p. 41, 42 e 44.

ente político o poder de instituir tributos<sup>2</sup>, via de regra, por meio de lei ordinária específica, emanada do Poder Legislativo respectivo, obedecido o devido processo legislativo.

Há situações, no entanto, que a própria Lei Maior afastou da oneração tributária. Os fundamentos são “valores” conquistados pelo povo e que o legislador originário reputou relevantes, jurisdicizou-os ignorando a eventual ou efetiva capacidade econômica revelada pela pessoa ou opulência do bem. Essa qualidade não poderá ser absorvida pelo tributo, em razão de norma constitucional que “*imunizou*” — *proteger, deixar insensível*<sup>3</sup> — à concretização das eventuais hipóteses de incidência, em respeito a tais princípios. Sem a substância dessa cláusula, as referidas garantias positivadas na Carta seriam letras mortas!

Aliomar Baleeiro<sup>4</sup> define imunidade tributária como a vedação absoluta ao poder de tributar certas pessoas (subjetivas) ou bens (objetivas) e, às vezes, uns e outras. Para Luciano Amaro<sup>5</sup>, não é amputação ou supressão do poder de tributar, porque, na verdade, não existe ou pré-existe poder de tributar. Sacha Calmon<sup>6</sup> refere-se à “intributabilidade”, delimitação do campo tributável posto à disposição do ente tributante.

Kiyoshi Harada<sup>7</sup> trata as imunidades como se fossem princípios constitucionais conceituando-os como limites ao poder de tributar, verdadeiro escudo de proteção ao contribuinte. Fernando Lemme Weiss<sup>8</sup> entende que as imunida-

<sup>2</sup> Lei Complementar nº. 101, de 04.05.2000, art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos; art. 25. *Omissis*. § 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

<sup>3</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 405.

<sup>4</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 84.

<sup>5</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151.

<sup>6</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 288.

<sup>7</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 378.

<sup>8</sup> WEISS, Fernando Lemme. **Princípios Tributários e Financeiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 143.

des não são princípios, porque constituem apenas exceções a princípios materiais da tributação, como a generalidade, isonomia, capacidade contributiva.

As imunidades tributárias são, portanto, regras constitucionais de limitação das competências tributárias, é dizer, são casos de *incompetência tributária*<sup>9</sup>. Estão, em geral, disciplinadas na *Seção II. Das Limitações do Poder de Tributar*, arts. 150 e 151, do *Capítulo I. Do Sistema Tributário Nacional*, *Título VI. Da Tributação e do Orçamento*. Em fim: a regra é a “tributabilidade”; a exceção, a imunidade tributária. Todas essas normas jurídico-tributárias estarão contidas literalmente na *Lex Fundamentalis*.

É firme e remansada a jurisprudência pautada pelos princípios expressos nos julgados do Supremo Tribunal Federal: “*O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes*” (ADI 712-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/02/93).



A imunidade só será, *a priori*, suprimida ou reduzido o seu alcance, por meio de emenda constitucional. Submete-se, portanto, à reserva constitucional, tanto para criação, quanto para modificação ou extinção. Há casos, todavia, que foram erigidos a cláusulas pétreas: normas que refletem certos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a forma federativa de Estado.

Esses limites ao *Jus Tributandi* são dirigidos não só ao legislador ordinário tributário, que fica impedido de criar, como hipótese de incidência, os casos que o legislador constituinte imunizou. Igualmente, o administrador fiscal deverá

<sup>9</sup> ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2005. p. 155.

obediência, não exigindo tributos, em determinados casos, porque é inexistente o fato gerador. De se ressaltar nesse ponto, que as imunidades tributárias não retiram o poder-dever de fiscalização das Administrações Tributárias<sup>10</sup> que, inclusive, poderão “*suspend*” a aplicação do benefício imunitório, face à desobediência ou negligência em cumprir os requisitos enumerados no Digesto Tributário. Impossível, pois, a “*cassação*”.<sup>11</sup>

Por fim, anote-se que, porquanto a maioria das imunidades tributárias é delineada, no art. 150, VI, e dirigidas a *impostos*, a Constituição Federal positiva, dispersamente no seu texto, hipóteses com impostos específicos (v.g. II, IE, IPI, ITR, ICMS, ITBI) além de outras espécies tributárias (v.g. taxa, contribuição social, contribuição para a seguridade social, CIDE, CPMF), e estão dispersas no texto, inclusive alcançando o ADCT.

### **1.1. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS**

A maioria da doutrina classifica as imunidades do ponto de vista didático e legal. Podemos agrupar a limitação tributária da seguinte forma:

- a) *imunidade recíproca*: é a limitação constitucional ao poder de instituir impostos entre os próprios entes políticos brasileiros, uns sobre os outros, em respeito à igualdade e autonomia, alicerces do princípio federativo (art. 150, VI, “a”, CF);
- b) *genérica*: são os demais casos de imunidade previstos na Constituição Federal;
- c) *imunidade objetiva*: a imunidade é concedida tendo em vista tão-só a aspectos da situação ou bem, sem levar em consideração as qualidades dos sujeitos envolvidos;
- d) *subjetiva*: a norma leva em conta os caracteres da pessoa imune, suas condições subjetivas, não se relacionando com a matéria tributada;
- e) *imunidade incondicional* (ou *auto-executória*): decorrente de normas constitucionais tributárias de eficácia plena e imediata, dispensada

<sup>10</sup> Toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, tributada, imune ou titular de isenção pessoal, contribuinte, responsável ou não-contribuinte, sem qualquer exceção, está submetida ao crivo da fiscalização da Administração Tributária. Vide art. 14, *caput*, §1º, e art. 194, parágrafo único, tudo do CTN.

<sup>11</sup> Se o imune volta a satisfazer fielmente os ditames legais, reingressará à seara da *intributabilidade*. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 303.

- lei que complete o seu sentido ou reduza o seu alcance (*self-executing* ou *self-acting*);
- f) *condicional*: é norma constitucional *not self-executing* (ou *not self-acting*), a depender de lei complementar, *ex vi* art. 146, II, CF<sup>12</sup>;
  - g) *imunidade condicionada*: só haverá o benefício tributário se o patrimônio, renda ou serviço forem vinculados a finalidades essenciais ou às que dela decorram;
  - h) *incondicionada*: queda a imunidade, independentemente, da referida vinculação.

## 1.2. NÃO-INCIDÊNCIA, INCIDÊNCIA, ISENÇÃO E IMUNIDADE

Não-incidência, incidência, isenção e imunidade são institutos diversos, categorias especiais da técnica de tributação. A diferença é importante para facilitar a interpretação e orientar a aplicação da legislação tributária.

A não-incidência é verificada de duas maneiras. A mais comum é quando, simplesmente, não há hipótese de incidência tipificada na lei, porque o legislador se omitiu ou preferiu se omitir (*não-incidência pura*): não existe a estrutura tributária, não há ocorrência do fato gerador, o tributo não existe<sup>13</sup>.

Segundo Ruy Barbosa Nogueira<sup>14</sup>, não-incidência é o fato de o objeto se encontrar fora dos limites do campo tributário: eventos humanos não tributados, mas, que poderão vir a sê-lo algum dia. Ives Gandra Martins ensina que o Poder Tributário que pode, não deseja poder, tem a faculdade constitucional de impor, mas abdica do exercício de sua faculdade. Para suprimir, em regra, precisa apenas da edição de lei, via regular processo legislativo, no âmbito infraconstitucional.

O STF e o STJ já enunciaram as súmulas da jurisprudência dominante a cerca da não-incidência: STF 110. O imposto de transmissão “*inter vivos*” não

---

<sup>12</sup> CF, art. 146. Cabe à lei complementar: II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

<sup>13</sup> Recentemente, a 2ª Turma do STJ, por unanimidade, restringiu incidência do ICMS no serviço de telefonia. Decidiu-se, no caso, que os serviços de *habilitação* e *bloqueio de chamadas* não são espécies daquele gênero, não são atividades-fim “*a hipótese de incidência do imposto, conforme previsão constitucional, é para serviços de telecomunicações, e alargar esse conceito para incluir suas atividades-meio fere o princípio da legalidade*” **Jornal do Commercio**. Recife, 22 fevereiro 2007. Economia, p. 6. **STJ restringe ICMS na telefonia**.

<sup>14</sup> MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. **Incentivos fiscais através das isenções**. Direito Tributário. Direção e colaboração: Ruy Barbosa Nogueira. 4. colet. São Paulo: José Bushatsky, 1971. p. 112.

incide sobre a construção, ou parte dela, realizada pelo adquirente, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da alienação do terreno; STF 308. A taxa de despacho aduaneiro, sendo adicional do imposto de importação, não incide sobre borracha importada com isenção daquele imposto; STF 329. O imposto de transmissão “*inter vivos*” não incide sobre a transferência de ações de sociedade imobiliária; STF 470. O imposto de transmissão “*inter vivos*” não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada, inequivocamente, pelo promitente comprador, mas sobre o valor do que tiver sido construído antes da promessa de venda; STF 570. O imposto de circulação de mercadorias não incide sobre a importação de bens de capital; STF 558. O imposto sobre serviços não incide sobre os depósitos, as comissões e taxas de desconto, cobrados pelos estabelecimentos bancários; STF 660. Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto; STJ 125. O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito a incidência do imposto de renda; STJ 135. O ICMS não incide na gravação e distribuição de filmes e videoteipes; STJ 136. O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda; STJ 185. Nos depósitos judiciais, não incide o Imposto sobre Operações Financeiras; STJ 215. A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda.

Incidência, por seu turno, é o oposto de não-incidência, o objeto foi incluído no círculo da tributação: verifica-se a ocorrência do fato gerador, o tributo passa a ser devido. São casos de incidência, de acordo com os enunciados das súmulas da jurisprudência dominante<sup>15</sup>: STF 586. Incide IR sobre os juros remetidos para o exterior, com base em contrato de mútuo; STF 587. Incide IR sobre o pagamento de serviços técnicos contratados no exterior e prestados no Brasil; STF 662. É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas de videocassete; STF 664: É inconstitucional o inciso V, art. 1º, Lei nº 8.033/1990, que instituiu a incidência do imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros - IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança; STF 668. É legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário; STF 326. É legítima a incidência do imposto de transmissão “*inter vivos*” sobre a transferência do domínio útil; STF

<sup>15</sup> Lemme Weiss observa, com propriedade, que grande parte das súmulas tributárias têm como objeto a demarcação da área de incidência dos tributos. WEISS, Fernando Lemme. **Princípios Tributários e Financeiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 142.

331. É legítima a incidência do imposto de transmissão “causa mortis” no inventário por morte presumida; STJ 50. O Adicional de Tarifa Portuária incide apenas nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo curso; STJ 124. A Taxa de Melhoria dos Portos tem base de cálculo diversa do Imposto de Importação, sendo legítima a sua cobrança sobre a importação de mercadorias de países signatários do GATT, da ALALC ou ALADI; STJ 138. O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis; STJ 152. Na venda pelo segurador, de bens salvados de sinistros, incide o ICMS; STJ 155. O ICMS incide na importação de aeronave, por pessoa física, para uso próprio; STJ 156. A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS; STJ 167. O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS; STJ 198. Na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS; STJ 262. Incide o IR sobre o resultado das aplicações financeiras realizadas pelas cooperativas; STJ 274. O ISS incide sobre o valor dos serviços de assistência médica, incluindo-se neles as refeições, os medicamentos e as diárias hospitalares.

Segundamente, o legislador tributário deixa de definir algumas situações como fatos geradores abstratos, não por omissão, mas porque é incompetente: deve deixar de fora, *ex vi Lex Legum (não-incidência qualificada = imunidade tributária)*. Como disse Bruni de Moura<sup>16</sup>, a imunidade é um obstáculo ao próprio nascimento da obrigação tributária. Para alterar, no entanto, só por meio da edição de emenda constitucional, via processo especial de reforma.<sup>17</sup>

A isenção (latim *exemptio onis* = ação de tirar), por seu turno, é outorga expressa de lei infraconstitucional, faculdade do poder público competente<sup>18</sup>, uma vez que se situa no plano da conveniência e oportunidade, avaliadas à luz

---

<sup>16</sup> MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. **Incentivos fiscais através das isenções**. Direito Tributário. Direção e colaboração: Ruy Barbosa Nogueira. 4. colet. São Paulo: José Bushatsky, 1971. 113.

<sup>17</sup> JCSTF: “Impossibilidade, na via extraordinária, da discussão acerca da natureza da incidência de impostos cuja regulação ocorre no âmbito infraconstitucional” (RE 230.281-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 1º/08/03).

<sup>18</sup> CF, art. 151. É vedado a União: III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. “Isenção concedida mediante convênio celebrado pelo Estado. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, CF.” (RE 206.397, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20/3/98).

das exigências da política fiscal. O CTN regula a isenção como hipótese de exclusão do crédito tributário — ao lado da anistia — dispensando apenas a obrigação principal (pecuniária), restando intocável a obrigação acessória (dever tributário instrumental, burocrático), que deve ser cumprida pelo sujeito passivo (art. 175, *caput* e parágrafo único, CTN).

Souto Maior Borges<sup>19</sup>, em mais uma lição primorosa, escreveu (sic):

*Tradicionalmente, a doutrina do Direito Tributário socorre-se de linguagem figurada, de metáfora que considera útil à descrição das relações entre obrigação e isenção tributárias, consiste na afirmação de serem elas como que o verso e reverso de u'a medalha. Com essa afirmação, pretende-se realçar o paralelismo, uma certa simetria que existe entre isenção e obrigação tributárias. O poder (competência) para isentar será um consectário do poder (competência) para tributar. Dito noutras palavras, e mais sinteticamente: só quem tributa tem competência para isentar. Ou ainda: o poder de tributar envolve o poder de isentar.*

Só se pode isentar o que esteja a priori tributado (isenção pressupõe incidência<sup>20</sup>). A isenção opera no plano do exercício da competência tributária, enquanto a imunidade é anterior à instituição do tributo<sup>21</sup>. É como diz Sacha Calmon<sup>22</sup>: *a imunidade é um prius em relação ao exercício da competência tributária, e a isenção, um posterius.*

Assim, na isenção, ocorre a incidência, verifica-se o fato gerador, instaura-se a relação jurídico-tributária, nasce a obrigação tributária, mas, por força de lei, o contribuinte é dispensado do pagamento daquele crédito por razões sócio-econômicas — mas sempre em razão do interesse público (*ratio juris*).

<sup>19</sup> BORGES, José Souto Maior. **Isenções do ICM por lei complementar**. Anuário do Mestrado em Direito. Faculdade de Direito do Recife, UFPE. Recife, ano 2 – 3, p. 165 – 172, jan./dez. 1983/1984. p. 165.

<sup>20</sup> MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. **Incentivos fiscais através das isenções**. Direito Tributário. Direção e colaboração: Ruy Barbosa Nogueira. 4. colet. São Paulo: José Bushatsky, 1971. p. 113 e 115.

<sup>21</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151.

<sup>22</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 288.

É, por isso mesmo, uma técnica de tributação excepcional, mais restrita que a imunidade, persistindo a criatura tributária somente enquanto durar a efêmera lei criadora.

A lei isentiva subtrai a possibilidade de se exigir o crédito tributário: a Fazenda é impedida de constituir o crédito pelo lançamento. Não extingue o tributo, nem o reduz, nem modifica a sua estrutura, mas exclui, dispensa o adimplemento. Por consequência, se nova lei surgir eliminando os casos de isenção, não cabe observar o princípio da anterioridade — em qualquer de suas formas — salvo disposição legal expressa contrária. A um, porque não será re-instituição do tributo — ele não deixou de existir com a isenção — a dois, nem é majoração — o tributo não teve seu aspecto numérico minimizado.<sup>23</sup>

A imunidade e a isenção são situações de não-sujeição à lei, e a diversidade reside, basicamente, de grau normativo.<sup>24</sup> Se a imunidade ocorre em nível constitucional, a isenção é outorgada por meio de lei.<sup>25</sup> Dessarte, a violação do dispositivo onde se contém a isenção importa em ilegalidade, ao passo que, onde se insere a imunidade, implica em vício de constitucionalidade.<sup>26</sup> Daí a jurisprudência pacífica do Tribunal Constitucional: “*A criação de imunidade tributária é matéria típica do texto constitucional enquanto a de isenção é versada na lei ordinária; não há, pois, invasão da área reservada à emenda constitucional quando a lei ordinária cria isenção. Poder Público tem legitimidade para isentar contribuições por ele instituídas, nos limites das suas atribuições (art. 149, CF)*” (ADI 2.006-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 24/09/99).<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Entendimento esse há muito sedimentado na Súmula Constitucional: STF 615. O princípio constitucional da anualidade [§29, art. 153, CF/1946] não se aplica à revogação de isenção do ICM [ICMS].

<sup>24</sup> WEISS, Fernando Lemme. **Princípios Tributários e Financeiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 141.

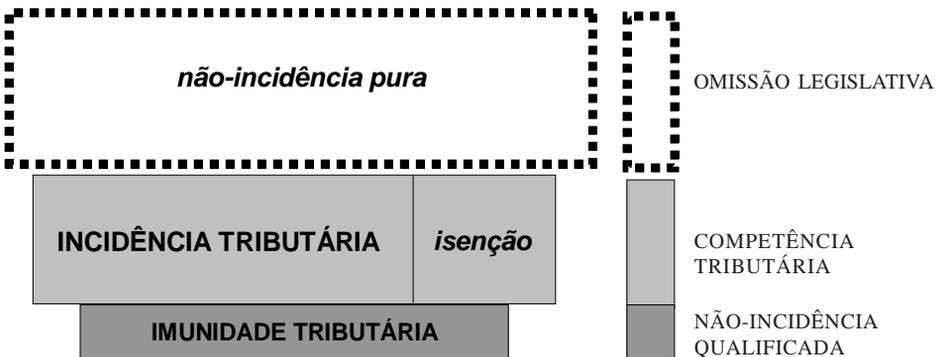
<sup>25</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de ; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 62.

<sup>26</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 84.

<sup>27</sup> Exemplo de isenção tributária criada pela Lei n° 6.938, de 31.08.1981, art. 17-F. São isentas do pagamento da TCFA [Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental] as entidades públicas federais, distritais, estaduais e municipais, as entidades filantrópicas, aqueles que praticam agricultura de subsistência e as populações tradicionais (redação dada pela Lei n° 10.165/00). O STF, no RE 416.601, 10.08.2005, Rel. Min. Carlos Velloso, entendeu que a TCFA é constitucional, independentemente de os sujeitos passivos sofrerem fiscalização efetiva.

No STF e no STJ, são remansadas as hipóteses de isenção: STF 77. Está isenta de impostos federais a aquisição de bens pela rede ferroviária federal; STF 78. Estão isentas de impostos locais as empresas de energia elétrica, no que respeita às suas atividades específicas; STF 79. O Banco do Brasil não tem isenção de tributos locais; STF 81. As cooperativas não gozam de isenção de impostos locais, com fundamento na Constituição e nas Leis Federais; STF 89. Estão isentas do imposto de importação frutas importadas da Argentina, do Chile, da Espanha e de Portugal, enquanto vigentes os respectivos acordos comerciais; STF 536. São objetivamente imunes [imunidade legal = isenção] ao ICM os produtos industrializados, em geral, destinados à exportação, além de outros, com a mesma destinação, cuja isenção a lei determinar; STF 544. Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas; STF 591. A imunidade ou isenção tributária do tributo do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do IPI; STJ 20. A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional; STJ 71. O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM; STJ 87. A isenção do ICMS relativa às rações balanceadas para animais abrange o concentrado e o suplemento; STJ 178. O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios propostas na Justiça Estadual; STJ 184. A micro-empresa de representação comercial é isenta do imposto de renda; STJ 276. As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado.

De todo o exposto, em síntese, infere-se: incidência é inclusão de fatos humanos nas hipóteses legais; não-incidência é exclusão de hipóteses de incidência; imunidade é exclusão de tributação; isenção é exclusão do crédito tributário.



## 2. IMUNIDADE RECÍPROCA DOS ENTES PÚBLICOS FEDERADOS

Nos termos da CF, art. 150, VI, “a”: sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

A imunidade recíproca das entidades públicas da Federação é subjetiva e incondicional: norma constitucional de eficácia plena e imediata que põe em relevo apenas as qualidades das pessoas beneficiadas (pessoas jurídicas de direito público).

É concedida às pessoas políticas da Administração Centralizada (União, Estados, DF e Municípios) e ampliada às pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta. Kiyoshi Harada<sup>28</sup> ensina que é regra decorrente da coexistência das três esferas governamentais, próprias do sistema federativo brasileiro.

A norma constitucional impede que as unidades federativas sejam contribuintes e tenham que pagar *impostos* umas às outras. Evita a “guerra fiscal” no regime federativo. Defende contra pressões políticas recíprocas, que abalem o “sacrossanto” princípio do federalismo<sup>29</sup>. O escopo é, dessarte, proteger a federação, consequência direta e imediata do postulado da igualdade jurídica entre União, Estados, DF e Municípios todos autônomos, nos termos da Constituição Federal.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 387.

<sup>29</sup> O saudoso Professor da Casa de Tobias Barreto Marcos Freire, dissertando elogiosa crítica sobre a Reforma Tributária de 1965 — consagrada quase na integralidade na Constituição de 1967 — registra que tanto em 1891 (art. 90, §4º), como também em 1934 (art. 178, §4º), em 1946 (art. 217, §6º), em 1967 (art. 50, §2º), e em que pese a omissão de 37, adveio um Estado de Direito em que, admitindo-se solenemente a reforma da Constituição, ficavam vedados, sempre, projetos tendentes a abolir a Federação. Anotou Dr. Marcos Freire que, ainda em 1969 (art. 47, §1º), a proibição tributária foi mantida, embora os Estados-membros, na prática, “*cada vez se debilitam mais, impotentes de autoridades e exangues de vitalidade própria, desmoralizando, na prática, o nosso tão decantado federalismo*”, face ao fortalecimento financeiro do Executivo Federal e, dessarte, da desmedida superioridade da União, que resultou uma espécie de vassalagem política: “*O Poder Central domina tudo. É o dono da bola. E do dinheiro também...*” FREIRE, Marcos de Barros. “**Réquiem à Federação Brasileira?**” Revista Acadêmica. LXVI. p. 143 - 178. Faculdade de Direito do Recife. UFPE. Recife: Imprensa Universitária, 1970. p. 143, 144, 174 e 175. No mesmo sentido: FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 125.

<sup>30</sup> Oliveira e Horvath ensinam que é uma decorrência da isonomia das pessoas políticas, porque nenhuma delas é juridicamente superior ou inferior a outro ente político constitucional. OLIVEIRA, Regis Fernandes de ; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 61.

Nesse sentido, é esclarecedor aresto do Pretório Excelso: “*A garantia constitucional da imunidade recíproca impede a incidência de tributos sobre o patrimônio e a renda dos entes federados. Os valores investidos e a renda auferida pelo membro da federação são imunes de impostos. A imunidade tributária recíproca é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios*” (AI 174.808-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 01/07/96).

Constitui, portanto, cláusula pétrea a norma constitucional da imunidade tributária recíproca.<sup>31</sup> É expressamente defeso a criação de emenda tendente a abolir ou diminuir a garantia, porque dará ensejo à criação de odiosas distinções e preferências regionais ou locais, deturpará a autonomia e infringirá a harmonia entre as entidades políticas, prejudicando o sistema federativo (art. 60, §4º, I, e arts. 1º, 18 e 19, III, CF).

A imunidade tributária recíproca abrange só e somente só os *impostos*. As outras espécies tributárias podem incidir sem as limitações constitucionais.<sup>32</sup> Assim dispõem os enunciados das Súmulas Constitucionais: STF 324. A imunidade [art. 31, V, da CF/46] não compreende as taxas; STF 553. O adicional ao frete para renovação da marinha mercante (AFRMM) é contribuição parafiscal, não sendo abrangido pela imunidade [art. 19, III, d, CF/67].

A imunidade atinge as pessoas políticas no que tange, a priori, o patrimônio (ITR, IPTU, IPVA, IGF, ITDC, ITBI), renda (IR) e serviços (ISS)<sup>33</sup>. Todavia, o STF vem, com acerto, ampliando a interpretação abrangendo qualquer imposto que desfalque o patrimônio. É a tese defendida, entre outros, por Aliomar Baleeiro e Sacha Calmon. José da Silva Pacheco<sup>34</sup> aduz que a noção de

<sup>31</sup> JCSTF: “Consideram-se relevantes, para o efeito de concessão de medida cautelar, os fundamentos da ação direta, segundo os quais, com a quebra do princípio da imunidade recíproca entre a União, Estados, DF e Municípios (art. 150, VI, “a”, CF), autorizada pelo § 2º, art. 2º, EC nº. 03/93, ficaria posta em risco a estabilidade da federação, que, em princípio, a um primeiro exame, não pode ser afetada, sequer, por emenda constitucional (ADI 926-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 06/05/94). Vide: ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/94.

<sup>32</sup> É esclarecedora a lição do Mestre Sacha Calmon, para quem, há um campo delimitado: *a) não atua sobre taxas, contribuições de melhoria, que, aliás, só incidem sobre imóveis particulares; b) não atua sobre as chamadas contribuições parafiscais, especiais ou sociais, salvo se os referidos tributos assumirem juridicamente a feição de impostos*. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 289.

<sup>33</sup> É a visão mais conservadora e formal – geralmente adotada pelos órgãos administrativos. ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2005. p. 169.

<sup>34</sup> PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

renda, patrimônio e serviço há de ser procurada, no sistema tributário, com o significado próprio a servir de suporte fático específico para os tributos e, excepcionalmente, para vedar a tributação recíproca entre os Poderes Públicos.

Nesse sentido, a Excelsa Corte entende que não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. *“O que cumpre perquirir; portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade”* (AI 481.86-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/2/06).

No caso das pessoas políticas (União, Estados, DF e Municípios), não se exige que o patrimônio, renda ou serviço delas estejam relacionados com suas finalidades essenciais. Inaplicável, pois, o §4º, art. 150, CF<sup>35</sup>. *Verbi gratia*, a pessoa política goza da imunidade quanto ao IR sobre os rendimentos auferidos de aplicação de fundos de investimento; quanto ao IOF sobre investimentos e aplicações.<sup>36</sup>

O § 2º dispõe que essa vedação é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. O legislador constituinte criou uma regra extensiva apenas às pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública Descentralizada, pois exercem função própria do Estado ou de relevante interesse coletivo. A referida imunidade recíproca alcança os tributos federais, estaduais e municipais sobre as autarquias e fundações públicas federais, estaduais distritais ou municipais.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> A regra constitucional do §4º, art. 150, CF, (vinculação às finalidades) só se aplica aos templos religiosos, partidos políticos e suas fundações, sindicatos dos trabalhadores, instituições de educação e assistência social filantrópicas.

<sup>36</sup> JCSTF: “A norma “a”, VI, art. 150, CF, obstaculiza a incidência recíproca de impostos, considerada a União, Estados, DF, Municípios. Descabe introduzir no preceito, a mercê de interpretação, exceção não contemplada, distinguindo os ganhos resultantes de operações financeiras” (AI 172.890-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/04/96). JCSTF: “Não cabe a cobrança o IOF sobre investimentos e aplicações dos entes políticos por estarem eles protegidos pela imunidade tributária recíproca extensiva às autarquias” (RE 245.378-1/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 6/8/99). JCSTF: “IPTU. Imóveis que compõem o acervo patrimonial do Porto de Santos, integrantes do domínio da União. Impossibilidade de tributação pela municipalidade, independentemente de encontrarem-se tais bens ocupados pela empresa delegatária dos serviços portuários, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, CF” (RE 253.394, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 11/4/03).

<sup>37</sup> É a súmula do Pretório Excelso: STF 73. A imunidade das autarquias abrange tributos estaduais e municipais.

Essa norma constitucional, no entanto, deve ser interpretada à luz do recente (tardio e incompleto!) processo de modernização do Estado Brasileiro. Com efeito, a partir do afastamento do Estado de certas atividades, surgiu a necessidade de se criarem “*entes reguladores*”. O Professor Francisco Cavalcanti<sup>38</sup> explica que essas figuras, importadas do *Administrative Law* norte-americano, independentemente da denominação (*Agency, Commission, Commissione, etc.*), têm por objetivo o exercício do poder de polícia e de regulação sobre a prestação de serviços públicos e de atividades econômicas. Isto posto, as *agências reguladoras*, criadas por lei, sob a forma autárquica (federal, estadual, distrital ou municipal), também estão abrangidas pela imunidade tributária recíproca quanto aos impostos relativos ao seu patrimônio, renda ou serviços, desde que vinculados a suas finalidades essenciais ou às que dela decorram.

Inserem-se também as *agências executivas*<sup>39</sup>, outra espécie autárquica (federal, estadual, distrital ou municipal). Elas não são criadas por lei porque pré-existem; são instituídas a partir de *qualificação* outorgada às autarquias e fundações governamentais por ato do Poder Executivo respectivo, via *contrato de gestão* com o fim de fixar metas de desempenho.<sup>40</sup> Elas, igualmente, estão protegidas da tributação dos entes políticos, nos termos do art. 150, VI, “a”, c/ c §2º, CF.

Ainda quanto às autarquias, há as chamadas autarquias territoriais ou geográficas, modalidade de descentralização, dotada de personalidade jurídica própria, de direito público com capacidade administrativa genérica, mas sem autonomia do poder de legislar (sujeição ao controle do poder central).<sup>41</sup> Entre

<sup>38</sup> O Professor da Faculdade de Direito do Recife, seguindo a doutrina italiana, explica que o novo perfil da Administração Pública evoluiu — e está a evoluir — daquilo que se denominava “*amministrazione di erogazione [gestione dei servizi]*” para “*amministrazione di regolazione*”. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 219. p. 253 - 270. jan./mar. 2000. p. 253 e 254.

<sup>39</sup> Esses entes da Administração Indireta têm por base de atuação a operacionalidade, ou seja, visam à efetiva execução e implementação da atividade descentralizada, a fiscalização ou controle não é característica predominante. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 410 *et seq.*

<sup>40</sup> É preciosa a observação de Hely Lopes Meirelles: não é o *contrato de gestão* que concederá as vantagens adicionais à autarquia ou fundação qualificada como agência executiva, porque ele não é fonte de direitos, mas um fato jurídico que permite a aplicação de certas benesses previstas em lei: *domina o princípio da legalidade*. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 348.

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 405 e 425.

nós, são as figuras dos Territórios Federais, não compreendidos na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil (art. 18, *caput*, e §1º, CF).<sup>42</sup> Atualmente não existe qualquer Território Federal; porém, se lei complementar federal criá-los, eles estarão acobertados pela limitação da tributação de impostos federais, estaduais e municipais, quanto aos seus patrimônios, mas desde que vinculados às suas finalidades essenciais ou às que dela decorram (*ex vi* art. 150, VI, “a”, c/c §2º, CF).

Recente, a Lei nº. 11.107, de 06.04.2005, criou as normas gerais de instituição de *consórcios públicos*<sup>43</sup>, os quais poderão adquirir personalidade de direito público (associação pública).<sup>44</sup> O consórcio público, de natureza jurídica pública, é integrante da administração indireta de todos os entes da Federação consorciados (art. 1º, §1º c/c art. 6º, I e §1º). O legislador ordinário revestiu essas pessoas derivadas, portanto, de natureza jurídica autárquica. Conseqüentemente, a tais associações públicas serão atribuídas todas as prerrogativas que a ordem jurídica dispensa às autarquias em geral<sup>45</sup>. No mesmo sentido, Di Pietro<sup>46</sup> ensina que os consórcios com personalidade de direito público enquadram-se no gênero autarquia e regendo-se, em conseqüência, pelo direito público e não pelo Código Civil.

A referida lei também permitiu a criação de consórcios públicos revestidos de personalidade de direito privado (associação civil), mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil (art. 1º, §1º c/c art. 6º, II e §2º) — sujeição ao Direito Civil com as derrogações que a lei dispõe quanto à licitação, contratos, prestação de contas e pessoal. A Professora da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco<sup>47</sup>, com acerto, ensina que essa modalidade privada

<sup>42</sup> Os territórios federais integram a União, como autarquias territoriais, embora atualmente não exista no Brasil qualquer território federal, pois os existentes (Roraima, Amapá), até a CF'88, transformaram-se em Estados (ADCT, 14 e §§), e o remanescente (Fernando de Noronha) integrou-se a Pernambuco, como Distrito Estadual (ADCT, art. 15). ARAÚJO, Edmir Netto. **Pessoas Jurídicas Públicas**. Direito Administrativo na década de 90. Coord. Edmir Netto Araújo e Antônio A. Queiroz Telles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 227.

<sup>43</sup> CF, art. 241. Redação dada pela EC nº 19, de 04.06.99.

<sup>44</sup> O art. 16 alterou a redação do art. 41, IV, CC: *são pessoas jurídicas de direito público interno as autarquias, inclusive as associações públicas*.

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 412.

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 468.

<sup>47</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 466.

de consórcio público igualmente é integrante da administração indireta de todos os entes da Federação consorciados, porque criados, mediante autorização legislativa, pelos Poderes Públicos, para o desempenho de funções administrativas do Estado (“*gestão associada de serviços públicos*”).

Ambos os consórcios públicos — quer sejam associações públicas ou privadas — inserem-se na descentralização administrativa dos entes federados associados, constituindo-se pessoas jurídicas com personalidade própria. Isto posto, eles também estão abrangidos pela imunidade tributária recíproca quanto aos impostos relativos ao seu patrimônio, renda ou serviços, desde que vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, VI, “a”, c/c §2º, CF). São pessoas destinadas a executar serviços públicos de interesse comum. Assim, os consórcios públicos na área de saúde (§ 3º), portanto, gozam dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, no que concerne a foro, prazos e custas processuais, quer quanto à imunidade tributária.

A imunidade recíproca queda, igualmente, sobre as fundações públicas, quer sejam de direito público, quer tenham natureza jurídica de direito privado — e aí a diferenciação bastante reside na *natureza dos recursos*<sup>48</sup>. José dos Santos Carvalho Filho<sup>49</sup> bem destaca tal fato ao lecionar que a expressão “instituídas e mantidas pelo Poder Público” tem amplo alcance e é irrestrita, desca-bendo distinguir os dois tipos de fundações públicas: ambas as modalidades fazem jus à referida imunidade.

A norma constitucional exige que o patrimônio, renda e serviço das autarquias e fundações públicas — agências reguladoras, agências executivas, eventuais autarquias geográficas e consórcios públicos — estejam destinados, vinculados, às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Assim, se algum bem ou serviço tiver destinação diversa das finalidades a que se destinam ou que sejam delas consequência, incidirão normalmente os impostos.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> JCSTF: “Fundação pública. Autarquia. Justiça Federal. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público (...) o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia” (RE 215.741, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30/03/99).

<sup>49</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 439.

<sup>50</sup> JCSTF: “A imunidade tributária recíproca dos entes políticos é extensiva às autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes: CF, art. 150, § 2º.” (RE 203.839, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 02/05/97).

*Verbi gratia*, na hipótese de a UFPE, autarquia educacional, ser proprietária de terreno baldio (não utilizado), não goza de imunidade tributária quanto ao IPTU (ou ITR); a Fundação Joaquim Nabuco, fundação pública, que presta serviço cultural por meio do Cinema da Fundação, possui imunidade face ao ISS, uma vez que a renda obtida – que não é lucro, mas saldo positivo – é aplicada aos fins previstos no seu ato constitutivo. Por outro lado, já se decidiu que “*a imunidade garantida à fundação pública não é obstáculo à incidência do ISS dos serviços avençados contratualmente e prestados pela sociedade privada contratante*” (REsp 50.580/PE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 16/08/93).

O § 3º ressalva que essa imunidade não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

A Carta da República não aplicou a imunidade recíproca às entidades da Administração Pública Indireta que explorem atividade econômica<sup>51</sup>. O objetivo foi evitar tratamento privilegiado, contrariando os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, tutelados pela Constituição Econômica. Portanto, as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias), porquanto integrantes da Administração Pública, são pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica, não se lhe aplicam os mesmos privilégios tributários dos entes de direito público<sup>52</sup>, que se compreendem no conceito de Fazenda Pública<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> JCSTF: “Natureza jurídica do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul. No mérito, esta Corte já firmou o entendimento de que o Banco-autor não tem a natureza jurídica de autarquia, mas é, sim, empresa com personalidade jurídica de direito privado. Não goza ele da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “a”, e § 2º, CF, não fazendo jus, portanto, à pretendida declaração de inexistência de relação tributária resultante dessa imunidade” (ACO 503, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05/09/03).

<sup>52</sup> CF, art. 173. *Omissis*. § 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

<sup>53</sup> Sobre o assunto, Leonardo Cunha explica que a expressão Fazenda Pública é usualmente empregada ao âmbito da Administração Pública que trata da gestão das finanças, responsável pelas políticas econômicas, ou também quando o Estado atua em juízo, mas na verdade, “*representa a personificação do Estado abrangendo as pessoas jurídicas de direito público*”, isto é, União, Estados, DF e Municípios, autarquias e fundações públicas respectivas; “*empresas públicas e sociedades de economia mista – revestem-se da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, não integrando o conceito de Fazenda Pública*”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 15 e 16.

Em consonância com a Lei Fundamental, a súmula da Corte Excelsa pacificou: STF 75. Sendo vendedora uma autarquia, a sua imunidade fiscal não compreende o ITDC, que é encargo do comprador; STF 76. As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal [art. 31, v, a, CF/46]; STF 336. A imunidade da autarquia financiadora quanto ao contrato de financiamento, não se estende à compra e venda entre particulares, embora constantes os dois atos de um só instrumento; STF 583. Promitente-comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do IPTU.

Pacificado nos arestos tributários da Corte Constitucional, contudo, há direito à imunidade recíproca a empresa pública que preste serviço público, não importando a sua forma jurídica, desde que o serviço público seja obrigatório e exclusivo do poder público.

Essas empresas públicas ficarão equiparadas às autarquias porque prestadoras de serviços do Estado no interesse da coletividade, não cabendo falar em quebra do princípio da livre concorrência.<sup>54</sup> O STF entende que as empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica: “A ECT é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca” (RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/08/04).<sup>55</sup>

De se concluir, portanto, que a imunidade da Administração Centralizada tem maior amplitude que aquela concedida à Administração Pública Indireta.

<sup>54</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 388.

<sup>55</sup> JCSTF: “É certo, por outro lado, que a ECT é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo Decreto-lei nº 509, 10.03.1969. Seu capital é detido integralmente pela União Federal (art. 6º) e ela goza dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, “quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concerne a foro, prazos e custas processuais”. Leia-se o texto do art. 12, Decreto-lei. No que concerne às obrigações tributárias, a ela não se aplica o § 2º, art. 173, CF, na afirmação de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. O que resta definitivamente evidente, neste passo, como anotei em outra ocasião, é que tanto o preceito inscrito no § 1º quanto o veiculado pelo § 2º, art. 173, CF, apenas alcançam empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito. Não se aplicam àquelas que prestam serviço público, não assujeitadas às obrigações tributárias às quais se sujeitam as empresas privadas. As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais que prestem serviço público podem gozar de privilégios fiscais, ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão (art. 175, CF). Isso me parece inquestionável” (ACO 765-QO, Min. Eros Grau, Informativo 390).

### 3. IMUNIDADE RELIGIOSA

Nos termos do art. 150, VI, “b”, e seu § 4º, CF, é absolutamente vedado às entidades políticas instituírem impostos sobre templos de qualquer culto; tais vedações compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. A imunidade dos templos de qualquer culto é subjetiva e incondicional: norma constitucional *self-executing* e que não se relaciona com a matéria tributada.

Em que pese o preâmbulo da atual Lei Maior — sempre presente nas nossas Constituições — referir-se à “*proteção de Deus*”, não implica afirmar que a Assembléia Constituinte de 1988 impôs qualquer forma de religião. Nem sempre foi assim. Aliás, a nossa primeira Constituição, a Imperial de 1824, no quinto artigo, oficializava: *A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.*<sup>56</sup> Foi a partir da República, sob influência positivista, com a Constituição de 1891 em diante, que houve a separação entre Estado e Igreja: *todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens; os cemitérios terão caráter secular, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos, desde que não ofendam a moral pública e as leis* (§§ 3º e 5º, art. 72).<sup>57</sup>

O Brasil é um Estado laico, respeitante do princípio democrático da liberdade de consciência e de crença<sup>58</sup>. Nesse sentido, é mui atual a lição do Lente da Casa de Tobias Barreto Pinto Ferreira<sup>59</sup>, dissertando sobre a CF/67:

<sup>56</sup> NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. v. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 80.

<sup>57</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. v. 2. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 16 e 97.

<sup>58</sup> JCSTF: Preâmbulo da Constituição não se situa no âmbito do Direito, mas do domínio da política não contém relevância jurídica; não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa; a Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 8/8/03). É como ressalta Alexandre de Moraes, seguindo Paolo Barile: *a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo*. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 41.

<sup>59</sup> E prossegue Pinto Ferreira, no direito comparado: “*Já na União Soviética se permite a propaganda anti-religiosa, dizia Lenine na obra Socialismo e Religião, que a religião é o ópio do povo, uma espécie de aguardente espiritual que impede a sua emancipação intelectual, com as Igrejas conservadoras ao lado do anti-povo*”. FERREIRA, Pinto. **Evolução do Federalismo Brasileiro**. Revista Acadêmica. LXV. p. 49 – 162. Faculdade de Direito do Recife. UFPE. Recife: Imprensa Universitária, 1969. p. 133 e 134.

*De outro lado cria o Estado laico, evitando que este se alie ou se torne dependente de Igreja ou seita. Mirabeau escreveu: “Religião dominante, mas o meu pensamento religioso é exclusivamente meu, e o Estado não pode dominar na minha consciência. Dominante só pode ser o Direito”.*

Coadunando-se com essa interpretação, o fundamento da imunidade religiosa é, em primeiro plano, o valor da “*liberdade de consciência*”, princípio constitucional centrífugo de onde emanam as demais normas das liberdades de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF). Mediamente, preserva a inviolabilidade de crença em qualquer religião e de seu exercício — culto e liturgias<sup>60</sup>; reforça a proibição de qualquer forma de ingerência do Estado em sua organização (arts. 5º, VI, VII e VIII e 19, I, CF); concretiza o princípio da isonomia jurídica entre as várias religiões.<sup>61</sup>

Anote-se que *templo* (latim: *templum*) não se restringe ao sentido usual de prédio ou edificação, instalações físicas onde ocorre o ritual religioso de adoração à divindade (igreja, catedral, convento, abadia, mosteiro, centro, casa, sinagoga, mesquita, minarete, terreiro, etc.).<sup>62</sup> A doutrina, reforçada pela jurisprudência, interpreta mais largamente, compreendendo a “*organização religiosa*”, pessoa jurídica de direito privado (art. 44, IV, CC<sup>63</sup>), a “*entidade mantenedora*”.<sup>64</sup> Aliomar Baleeiro equipara a “*templo*” a embarcação, o veículo, ou

<sup>60</sup> Houaiss fornece as seguintes acepções: *culto* é o ritual religioso de reverência a uma divindade; *liturgia* o conjunto dos elementos e práticas do culto religioso de uma ou seita religiosa. HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 204 e 460.

<sup>61</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 299.

<sup>62</sup> Concordamos com Valéria Furlan. “Prédios e edificações” são expressões equivalentes para efeitos de IPTU. Prédio é a edificação permanente incorporada ao solo que serve de habitação ou local de trabalho. “*doutro lado, se o imóvel compreender não apenas o prédio mas também uma porção de terreno sem edificação alguma, haverá nesse caso, a incidência de dois impostos – do Predial e do Territorial Urbano –, pois trata-se de duas hipóteses de incidência distintas por expressa disposição constitucional*”. FURLAN, Valéria C. P. **IPTU**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 72 e 73. Isto posto, entendemos que se a entidade religiosa, além da edificação/prédio onde cultue a sua divindade, possuir um terreno contíguo, haverá imunidade quanto aos dois IPTU’s por literal vedação constitucional.

<sup>63</sup> Inciso IV acrescido pela Lei nº 10.825, 22.12.2003.

<sup>64</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 639.

avião usado como templo móvel, só para o culto.<sup>65</sup> *Datissima venia*, divergimos do Prof. Sacha Calmon<sup>66</sup> no que tange a amplitude da regra de imunização. Para nós, está a albergar os anexos, a casa paroquial, o casa do pai-de-santo, do rabino ou do ministro, as secretarias, os consultórios médicos voltados aos crentes e carentes, salvo, é óbvio se utilizados para fins diversos (v.g. *animus lucrandi* ou conduta direcionada para atividades outras, divorciada da espiritualidade, que utilize de fachada para condutas impróprias).

Para Paulo de Barros Carvalho<sup>67</sup> “culto” é qualquer forma racionalmente possível de manifestação organizada de religiosidade por mais estrambótica, extravagante, exótica. Estende-se, portanto, à qualquer culto religioso (budista, xintoísta, hebraico, mulçumano, católico, protestante, afro-brasileiro, cientologia, etc.), desde que se harmonize com os outros princípios constitucionais. Ocorre que as liberdades públicas não são absolutas, incondicionais, mas devem ser exercidas observados os limites definidos na própria Constituição Federal: “*prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica*” (HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04).

Na lição de Roque A. Carrazza<sup>68</sup>, *in verbis*

*O Estado tolera todas as religiões que não ofendem a moral, nem os bons costumes, nem, tampouco, fazem perigar a segurança nacional (...) tem-se aceito que também são templos a loja maçônica, o templo positivista e o centro espírita. Mesmo cultos com poucos adeptos têm direito à imunidade.*

A regra é somente para o patrimônio (edificações, terrenos, veículos), a renda (dízimos) e os serviços (os atos de celebração, batismo, missa, palestra, pregação) relacionados com as finalidades essenciais. *Verbi gratia*, há imunidade tributária no que tange ao IPTU incidente em imóveis do “templo”, mesmo

---

<sup>65</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 89.

<sup>66</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 304.

<sup>67</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 201.

<sup>68</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 640 e 641.

que se encontrem alugados a terceiros, ou se lotes vagos ou prédios comerciais, cuja renda seja vertida às finalidades religiosas. De qualquer modo, há divergências doutrinárias.<sup>69</sup>

Não há vedação constitucional à imunidade quando os templos exercem alguma atividade econômica; v.g. se o templo organiza um bazar para vender mercadoria, não fica sujeita ao IR. Isto posto, não incide o §3º, art. 150, CF, que só se aplica às pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta e Indireta (União, Estados, DF, Municípios, suas autarquias e fundações públicas).

Por fim, ressalte-se que as contribuições especiais, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios – espécies tributárias peculiares e distintas – não estão abrangidas pela imunidade religiosa, que só se refere aos impostos.

#### **4. IMUNIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO ESPECIAIS**

A Lei Maior positivou ainda, na alínea “c”, VI, art. 150 e seu § 4º, a limitação tributária a cerca dos impostos sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, com atenção aos requisitos da lei; as vedações compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as suas finalidades essenciais.

É caso de imunidade subjetiva porque queda em pessoas jurídicas de direito privado especiais; é condicional, porque os requisitos dependem de edição de lei complementar (art. 146, II, CF). Diz, com acerto, Luciano Amaro<sup>70</sup>:

<sup>69</sup> JCSTF: “Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. A imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços ‘relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas’. O § 4º do dispositivo serve de vetor interpretativo. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas (RE 325.822, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/05/04). Com a oposição, Roque A. Carrazza: não há imunidade em tais casos, ainda que os rendimentos sejam vertidos, porque não são funções essenciais de nenhum culto. CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 641.

<sup>70</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 155.

*a lei a que se refere a alínea deve ser entendida não como lei ordinária, mas como lei complementar. No mesmo sentido, Sacha Calmon<sup>71</sup>, afastando-se de Aliomar Baleeiro: não era nem poderia ser lei ordinária... o Direito não tolera disposições antitéticas... há tão-somente uma insuficiência literal... e só o legislador complementar da Constituição pode regula-la.*

O CTN, recepcionado com *status* de lei complementar pela CF'88, no art. 14, explicita os requisitos de imunidade para todas aquelas entidades referidas<sup>72</sup> — partidos políticos e suas fundações, entidades sindicais diferenciadas, instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos. Objetiva, portanto, combater o enriquecimento ilícito, decorrente da sonegação fiscal e de outras condutas ilícitas ou criminosas disfarçadas. São eles: não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas; aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

O §1º, art. 14, CTN, dispõe: na falta de cumprimento dos requisitos enumerados, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício da imunidade. E o § 2º, art. 14, CTN: os serviços a que se refere a norma são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previsto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Roque A. Carrazza<sup>73</sup> conclui que essa regra do Digesto Tributário dá plena eficácia e total aplicabilidade à norma constitucional, de modo que, uma vez atendidos os pressupostos, aquelas pessoas terão o direito subjetivo de não serem alcançados por meio de tributos que revistam a característica de imposto. Assevera o Professor, que será flagrantemente inconstitucional lei ordinária, portaria, decreto, atos normativos diversos de lei complementar — ou o próprio ato administrativo de fiscalização — que imponham outros requisitos, além daqueles referidos no CTN<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 300 e 301.

<sup>72</sup> Assim também: CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 643.

<sup>73</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 645 a 647.

<sup>74</sup> Assim também: COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 303.

#### **4.1. PARTIDOS POLÍTICOS E SUAS FUNDAÇÕES PRIVADAS**

A imunidade dos partidos políticos visa preservar os direitos e liberdades políticos dos cidadãos (art. 14 *et seq.*, CF). Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado (CF, art. 17, §1º), tutelados pelo Direito (Tributário, Penal, Civil), porque essenciais para a existência e conservação de uma verdadeira Democracia<sup>75</sup>. A guarida constitucional se justifica a partir da importância extraordinária que têm na preparação de alternativas políticas indispensáveis à caracterização do Estado Democrático.<sup>76</sup>

Ora, só os partidos políticos que respeitem os princípios constitucionais, os direitos e garantias fundamentais, a lei, têm a imunidade tributária. Defeso, pois, outorgar às organizações paramilitares (art. 17, §4º, CF), porque contrários à ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF), ou à partidos políticos que puguem a discriminação racial, étnica, de grupos humanos ou religiosa, porque violam os direitos e liberdades fundamentais do Estado de Direito (art. 5º, XLI e XLII, CF).

A vedação constitucional de tributar o patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos foi, com a Constituição de 88, estendida às fundações por eles instituídas e, em ambos os casos deverão estar relacionados com as finalidades colacionadas nos atos constitutivos e estatutos próprios. As fundações são, nas palavras de Serpa Lopes, organizações dotadas de personalidade jurídica, sem consistir numa reunião de pessoas, mas assentadas numa finalidade a realizar: *o seu sopro de vida parte da vontade do instituidor ou fundador*<sup>77</sup>. Tais fundações, instituídas pelos partidos políticos, a partir da personalização de um patrimônio determinado a certo fim político e social visam, sobretudo, divulgar as idéias e correntes políticas, os programas de governo, fomentar estudos e debates entre os filiados.

Ressalte-se que, uma vez comprovado o descumprimento, pelos partidos políticos ou pelas suas fundações, das exigências do art. 14, CTN, implicará – obedecidos os princípios do contraditório e ampla defesa no regular processo administrativo tributário – a suspensão do benefício constitucional. É dizer, se

<sup>75</sup> FERNANDES, Leonardo de Medeiros. **Crimes Eleitorais**. Revista da ESMape. 2. ed. Recife, n. 23, p. 177 - 214, jan/jun. 2006.

<sup>76</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167.

<sup>77</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 357.

ambas possuírem escrituração regular, não distribuírem seus lucros, nem remeterem ao exterior, cumprirem, em fim, as obrigações acessórias, poderão opor qualquer ameaça ou lesão à proteção imunitária praticadas ou pela autoridade fiscal ou pelo legislador.

#### **4.2. SINDICATOS DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS**

De acordo com o dispositivo em comento, a imunidade tributária dos sindicatos não abrange os “sindicatos patronais”, das categorias econômicas, mas é só em relação aos dos trabalhadores, ou seja, só e somente só os sindicatos das categorias profissionais (ou *diferenciadas*)<sup>78</sup> são imunes a impostos, nos termos da Lei Maior.

Maurício Godinho Delgado define sindicato dos trabalhadores como a associação coletiva permanente, de natureza privada, voltada à defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e materiais de trabalhadores, subordinados ou autônomos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida<sup>79</sup>.

A proteção esculpida na Carta Magna de 1988 representa a transição para a democratização do sistema sindical brasileiro<sup>80</sup>. Justifica-se essa guarida jurídica dos sindicatos em face da relevância que eles têm na defesa dos direitos e interesses, coletivos ou individuais, das categorias, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III, CF), e na participação obrigatória nas negociações coletivas (art. 8º, VI, CF).

A imunidade sindical coaduna-se, portanto, com a garantia constitucional de vedação à interferência e intervenção político-administrativa do Estado na sua estrutura (art. 8º, I, CF)<sup>81</sup>. Visa evitar eventuais pressões de cunho político. Leciona Eduardo Gabriel Saad<sup>82</sup>: *a Lex Legum, no inciso I, do art. 8º, condena a interferência ou a intervenção do Poder Executivo no mundo sindical*

<sup>78</sup> CLT, art. 511. *Omissis*. §2º. A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

<sup>79</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo, LTR, 2004. p. 1323.

<sup>80</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo, LTR, 2004. p. 1331.

<sup>81</sup> CF, art. 8º. *Omissis*. I. a lei não poderá exigir autorização do Estado para fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.

<sup>82</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 31. ed. São Paulo: LTR, 1999. p. 370.

*ou quando contrariarem princípios da própria Constituição ou da legislação ordinária.*

Além disso, é de se anotar que a CLT impõe que os sindicatos dos empregados terão o *dever de promover a fundação de cooperativas de consumo e crédito, e fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais* (art. 514, parágrafo único, CLT). Nesse sentido, a imunidade tributária vem, a nosso sentir, facilitar esse importante mister outorgado pelo Estado, nas linhas do que se chamou de “*sindicalismo de resultados*”, acomodado dentro dos limites do regime democrático<sup>83</sup>.

Cabe uma observação. O texto fala em “*sindicato*”, mas, não menciona as expressões “*federação*” e “*confederação*” sindicais<sup>84</sup> – segundo e terceiro graus, respectivamente, âmbito regional e nacional. Maurício Godinho Delgado<sup>85</sup> explica: *no sistema, há uma pirâmide, que se compõe do sindicato, em seu piso, da federação, em seu meio, e da confederação, em sua cúpula. As centrais sindicais não compõem o modelo corporativista, sendo, de certo modo, seu contraponto, a tentativa de sua superação. A jurisprudência não lhes tem reconhecido os poderes inerentes às entidades sindicais, mas atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica.*

Isto posto, em nosso sentir, em interpretação extensiva e sistêmica, a imunidade sindical deve abranger, igualmente, as expressões “*federação*” e “*confederação*” de sindicatos dos trabalhadores. Quanto às “*centrais sindicais*”, porquanto não tenham poderes de representação e não participem das negociações coletivas, queda a imunidade tributária.

Dada a sua importância social e política de agregação e liderança, aglutinando os sindicatos dos trabalhadores em torno de si, concordamos com o valioso ensinamento de Roque A. Carrazza<sup>86</sup>, que admite sejam albergadas pela limitação, *in verbis: ora, se as partes (as entidades sindicais de trabalhado-*

<sup>83</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 31. ed. São Paulo: LTR, 1999. p. 377.

<sup>84</sup> *Federação* resulta da conjugação de, pelo menos, 05 (cinco) sindicatos da mesma categoria profissional (art. 534, CLT). Já *confederação* resulta da conjugação de, pelo menos, 03 (três) federações, respeitadas as respectivas categorias, tendo sede em Brasília (art. 535, CLT).

<sup>85</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo, LTR, 2004. p. 1335.

<sup>86</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 651. Idem: COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 305.

*res) são imunes a impostos, o todo (a central sindical) necessariamente o é. Chega-se a essa conclusão utilizando o postulado lógico pelo qual o todo segue a sorte das partes que o formam.*

### **4.3. INSTITUIÇÕES EDUCACIONAIS E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL FILANTRÓPICAS**

A doutrina e a jurisprudência sentenciam que a imunidade de impostos conferida às instituições educacionais e de assistência social têm o sentido da preservação, proteção e estímulo de suas atividades filantrópicas. Essas pessoas jurídicas de direito privado complementam certas atividades que, originariamente, são cabentes ao Estado<sup>87</sup>, por expressa autorização da Lei Maior (arts. 204 e 205, CF).

A imunidade das entidades educacionais beneficentes decorre, como depreende Roque A. Carrazza<sup>88</sup>, logicamente da sua falta de capacidade contributiva, o que não lhes fazem desmerecedoras da imunidade tributária, o só fato de as mesmas cobrarem do corpo discente mensalidade, semestralidade, anuidade, ou qualquer valor que configure preço privado. Mas desde que se preste à remunerar os seus empregados e reverta na manutenção e modernização da infra-estrutura física e do pessoal, além de cumprir os requisitos legais (art. 14, CTN). Ademais o texto constitucional esgota os critérios: ausência de *animus lucrandi* e alcançar os objetivos primários.

No que tange às instituições de assistência social, temos que, no plano do Direito Administrativo, elas se configuram como entes criados, a partir de pessoas privadas, qualificadas, em regra, via convênio, e que colaboram com o Estado, posicionando-se “ao lado dele” (“*para*” + estatal = paraestatais), na consecução de atividades de fins públicos, não animadas pelo lucro. Entes privados, mas revestidos de especiais proteções publicísticas, porque realizam atividades privadas de interesse público e, portanto, como leciona Di Pietro<sup>89</sup>,

<sup>87</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 392.

<sup>88</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 654 e 655.

<sup>89</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 483 *et seq.*

acompanhando Celso Antônio<sup>90</sup>, *não prestam serviços públicos delegados pelo Estado... o Estado resolveu incentivar e subvencionar*. Incluem-se: os serviços sociais autônomos (“Sistema S” – SESC, SESI, SENAI, etc.), entidades de apoio (fundações, associações e cooperativas de servidores públicos), organizações sociais (“OS”) e a organização da sociedade civil de interesse público (“OSCIP”). É o terceiro setor que, por exercer esse importante mister, embora não exclusivo do Estado, recebe dele guarida tributária — tanto para cobrar *contribuições parafiscais* a elas destinadas — quanto para tornar incompetentes os entes políticos no que concerne à instituição de impostos sobre seus patrimônios, rendas e serviços, desde que não estejam divorciados dos seus objetivos institucionais. Isto porque, naturalmente, se são beneficentes, não perseguem o lucro, não são animadas ao mercantilismo, mas à atividades em prol do outro, à perseguição do bem comum, merecem o benefício da “intributabilidade”.

Contudo, a amplitude da imunidade é considerável, à luz do que decide costumeiramente a Corte Constitucional: II e IPI sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços<sup>91</sup>; IPTU sobre imóveis usados diretamente ou alugados ou utilizados como residência de seus membros<sup>92</sup>; ISS

<sup>90</sup> Anote-se a lição do Mestre Celso de Mello, segundo o qual os serviços em questão não são privativos do Estado, não entra em pauta o tema da concessão de serviços públicos que só tem lugar nas hipóteses em que a atividade não é livre aos particulares, mas exclusiva do Estado; promover a absorção de serviços públicos por organizações sociais, irrompe uma aberrante ofensa ao art. 175, CF. isto posto, conclui o Eminentíssimo Jurista, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 159.

<sup>91</sup> JCSTF: IOF. Imunidade. Entidade de assistência social (RE 232.080-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 31/10/01). JCSTF: A imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, CF, em favor das instituições de assistência social, abrange o imposto de importação e o imposto sobre produtos industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos (RE 243.807, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/00).

<sup>92</sup> JCSTF: Instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos. Imóveis. Escritório e residência de membros. O fato de os imóveis estarem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade não afasta a imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, § 4º, CF (RE 221.395, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/05/00).

sobre serviços de estacionamento<sup>93</sup> ou cinema<sup>94</sup>; ICMS dos produtos produzidos por elas<sup>95</sup>.

Em qualquer situação, deve o valor positivo auferido (*superávit*) ser revertido em investimento ou custeio da prestação dos serviços específicos, a fim de as entidades continuarem cumprindo os seus objetivos institucionais<sup>96</sup>. Nesse sentido, dispõe o enunciado da Súmula Constitucional: STF 724. Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, CF, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

O STF recentemente pacificou: STF 730. A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, c, CF, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários. As entidades de previdência privada que se mantenham com a contribuição dos associados não são entidades de assistência social, dada a ausência das características de universalidade e generalida-

<sup>93</sup> JCSTF: Eventual renda obtida pela instituição de assistência social mediante cobrança de estacionamento de veículos em área interna da entidade, destinada ao custeio das atividades desta, está abrangida pela imunidade prevista no dispositivo sob destaque. (RE 144.900, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 26/09/97). JCSTF: Imunidade tributária do patrimônio das instituições de educação sem fins lucrativos; aplicabilidade de modo a pré-excluir a incidência do IPTU sobre imóvel de propriedade da entidade imune, destinado a estacionamento gratuito de estudantes: precedentes (RE 308.449, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/09/02).

<sup>94</sup> JCSTF: A renda obtida pelo SESC na prestação de serviços de diversão pública, mediante a venda de ingressos de cinema ao público em geral, e aproveitada em suas finalidades assistenciais, estando abrangida na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “c”, CF (AI 155.822-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02/06/95).

<sup>95</sup> JCSTF: Por maioria, negou provimento a embargos de divergência. Considerou-se o entendimento fixado pelo Plenário no RE 210.251/SP no sentido de estarem as entidades de assistência social imunes à incidência do ICMS relativamente à comercialização de bens por elas produzidos, nos termos do art. 150, VI, “c”, CF. (RE 186.175-EDv-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, Informativo 437). Em sentido contrário: JCSTF: Esta corte, quer com relação à EC nº 1/69, quer com referência à CF’88 (RREE 115.096, 134.573 e 164.162), tem entendido que a entidade de assistência social não é imune à incidência do ICM ou do ICMS na venda de bens fabricados por ela, porque esse tributo, por repercutir economicamente no consumidor e não no contribuinte de direito, não atinge o patrimônio, nem desfalca as rendas, nem reduz a eficácia dos serviços dessas entidades (RE 191.067, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 03/12/99).

<sup>96</sup> JCSTF: O Tribunal *a quo* seguiu corretamente a orientação desta Corte, ao assentar que o fato de uma entidade beneficente manter uma livraria em imóvel de sua propriedade não afasta a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “c”, CF, desde que as rendas auferidas sejam destinadas a suas atividades institucionais, o que impede a cobrança do IPTU pelo Município (RE 345.830, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 08/11/02).

de da prestação, próprias dos órgãos de assistência social, razão por que não estão abrangidas pela imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, CF.<sup>97</sup>

A imunidade das *instituições* (ou *entidades beneficentes*) de *assistência social* envolve dois tributos: os *impostos* sobre o patrimônio, renda e serviços (art. 150, VI, “c”, CF), e as *contribuições para a seguridade social* (art. 195, §7º, CF), desde que atendidos os requisitos (*e exigências*) legais. A norma de incompetência tributária fala em “*isentas* de contribuição para a seguridade social”. Ora, não é caso de “*isenção*”, mas de imunidade tributária condicional, porque depende de lei complementar. A jurisprudência do STF já identificou, na referida cláusula, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social.<sup>98</sup>

## 5. IMUNIDADE CULTURAL

Por último, a Carta Cidadã impôs proibição expressa à queda de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, *ex vi* alínea “d”, VI, art. 150, CF. Esta vedação tributária versa sobre a relevante imunidade, de natureza objetiva e incondicional, e que tem o propósito de garantir a manifestação do pensamento e do direito de crítica<sup>99</sup> e estimular e disseminar a cultura. Os fundamentos constitucionais residem na livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF), na atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX, CF) e no acesso à informação (art. 5º, XIV, CF).

J. J. Gomes Canotilho<sup>100</sup> concebe a cultura como um acervo de saber em que os participantes na comunicação se munem de interpretações para se entenderem sobre alguma coisa no mundo. A “regra imunitória do papel”, dessarte, se

<sup>97</sup> RE 227.799, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01/08/03; RE 202.700, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 01/03/02.

<sup>98</sup> JCSTF: Tratando-se de imunidade (que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional), revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo (RMS 22.192, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/12/96).

<sup>99</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 393.

<sup>100</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 1428.

destina a que as pessoas possam livremente propagar suas idéias, comunicarem o saber ou críticas à política, aos governantes, sem o influxo das pressões, influências ou perseguições. Incentiva a igualdade de captação de cultura entre os indivíduos e permite a igualdade de pluralidade cultural, via livros e periódicos<sup>101</sup>.

É firme e remansada a jurisprudência pautada pelos princípios expressos nos julgados do Supremo Tribunal Federal: “*A razão de ser da imunidade prevista no texto constitucional, e nada surge sem uma causa, uma razão suficiente, uma necessidade, está no interesse da sociedade em ver afastados procedimentos, ainda que normatizados, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos*” (RE 174.476, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/12/97). A proibição de lançar imposto sobre tais bens impulsiona a emancipação ideológica e o desenvolvimento do País<sup>102</sup>.

A imunidade é objetiva porque se prende à coisa (papel) e não à pessoa (subjéctiva). A imunidade cultural afasta a tributação “*apenas de impostos*”<sup>103</sup> relacionados com “*qualquer papel*” (II, IPI, ICMS), e não afasta os impostos de cunho pessoal (IR). Estão fora da garantia: as livrarias, bancas, editoras, autores, veículos de radiodifusão sonora e de sons e imagens<sup>104</sup>, *jornalistas e empresas jornalísticas, que permanecem sujeitas à tributação pelas receitas e pelos lucros auferidos* (RE 211.700-5/PR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25/02/2000).<sup>105</sup>

<sup>101</sup> *Jornal, revista, etc., publicado em intervalos fixos.* HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 564.

<sup>102</sup> FERREIRA, Pinto. **Evolução do Federalismo Brasileiro**. Revista Acadêmica. LXV. p. 49 – 162. Faculdade de Direito do Recife. UFPE. Recife: Imprensa Universitária, 1969. p. 134.

<sup>103</sup> JCSTF: “Sendo as contribuições para o FINSOCIAL modalidade de tributo que não se enquadra na de imposto, segundo o entendimento desta Corte em face do sistema tributário da atual Constituição, não estão elas abrangidas pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, “d”, CF, porquanto tal imunidade só diz respeito a impostos” (RE 141.715, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 25/08/95).

<sup>104</sup> JCSTF: “Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 193, VI, “d”; Lei nº 1.423, 27.01.89, do mesmo Estado, art. 40, XIV. Extensão aos veículos de radiodifusão da imunidade tributária prevista na Constituição Federal para livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. Relevância jurídica do pedido e *periculum in mora* caracterizados. Medida cautelar deferida, para suspender, *ex nunc* e até o julgamento final da ação, na d, VI, art. 193, da CERJ, as expressões ‘e veículos de radiodifusão’, bem como no XIV, art. 40, da Lei nº 1.423/89, as expressões ‘e veículos de radiodifusão’” (ADI 773-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 30/04/93).

<sup>105</sup> JCSTF: “IPMF. Empresa dedicada à edição, distribuição e comercialização de livros, jornais, revistas e periódicos. Imunidade que contempla, exclusivamente, veículos de comunicação e informação escrita, e o papel destinado a sua impressão, sendo, portanto, de natureza objetiva, razão pela qual não se estende às editoras, autores, empresas jornalísticas ou de publicidade — que permanecem sujeitas à tributação pelas receitas e pelos lucros auferidos. Conseqüentemente, não há falar em imunidade ao tributo sob enfoque, que incide sobre atos subjéctivos (movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira)” (RE 206.774, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29/10/99).

Qualquer que seja o conteúdo do livro, jornal ou periódico, com caráter jornalístico, literário, erótico, artístico, científico, de culinária, v.g. álbuns de figurinhas, catálogos telefônicos<sup>106</sup>, apostilas<sup>107</sup>, etc. abrangendo, inclusive, *os serviços de propaganda prestados pela empresa jornalística, na veiculação em jornais, de anúncios e de propagandas desde que impressas no corpo do periódico* (RE 87.049-SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 13/04/1978).<sup>108</sup> Para a Suprema Corte: “*O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil*” (RE 221.239, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 06/08/04).

Para a jurisprudência constitucional, não estão imunes de impostos: encartes de propaganda distribuídos em periódicos, calendários, agendas, diários, papel pautado para escrituração, cadernos, etc.<sup>109</sup> Em relação à imunização fiscal se estender às publicações eletrônicas (VHS, slides, disquete, CD, DVD, pen-drive, MP-4, e-book, etc.) há divergências na doutrina e na jurisprudência pátrias.

<sup>106</sup> JCSTF: “O fato de as edições das listas telefônicas veicularem anúncios e publicidade não afasta o benefício constitucional da imunidade. A inserção visa a permitir a divulgação das informações necessárias ao serviço público a custo zero para os assinantes, consubstanciando acessório que segue a sorte do principal. Precedentes: Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de que a imunidade constitucional assegurada à publicação de periódicos impede a cobrança de ISS sobre a edição de listas telefônicas” (RE 114.790, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03/10/97).

<sup>107</sup> JCSTF: “A imunidade “d”, VI, art. 150, CF, alcança as chamadas apostilas, veículo de transmissão de cultura simplificado” (RE 183.403, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 04/05/01).

<sup>108</sup> JCSTF: “Encartes de propaganda distribuídos com jornais e periódicos. ISS. Veículo publicitário que, em face de sua natureza propagandística, de exclusiva índole comercial, não pode ser considerado como destinado à cultura e à educação, razão pela qual não está abrangido pela imunidade de impostos prevista no dispositivo constitucional sob referência, a qual, ademais, não se estenderia, de qualquer forma, às empresas por eles responsáveis, no que concerne à renda bruta auferida pelo serviço prestado e ao lucro líquido obtido” (RE 213.094, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 15/10/99).

<sup>109</sup> No mesmo sentido: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 92. ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 58.

Concordamos com Kiyoshi Harada<sup>110</sup>, Roque A. Carrazza<sup>111</sup> e Sacha Calmon<sup>112</sup>, segundo os quais, tais equipamentos devem gozar de imunidade tributária. Isto porque a sua finalidade é a liberdade de expressão e opinião, a proliferação de idéias e informação. Cabível, pois, uma interpretação ampla, de modo a albergá-los na regra de incompetência tributária dos entes federativos.

Ora, de se provocar: se há imunidade cultural relativamente às listas telefônicas e a certas revistas (sem nenhum cariz de educação sexual), por que deixar de fora da regra imunizatória esses suprimientos de informática que transmitem o saber, alfabetizam pessoas carentes, formam técnicos, em prol do desenvolvimento da Nação? Sem embargos, *data venia*, excluí-los da proteção constitucional é ferir a igualdade e a dignidade, limitar o acesso à cultura e ignorar a questão ambiental, é, no alvorecer do Século XXI, andar na contramão da História, do desenvolvimento da Tecnologia, do Homem e, dessarte, do Direito. Esclarecedor o pensamento do Mestre R. A. Carrazza, que equacionamos: *livros = veículos de pensamento = sucedâneos de livros = meios de difusão da cultura*.

Prevalecente, porém, a tese, esposada por Alexandrino e Paulo, na jurisprudência<sup>113</sup>:

*Somente livros, jornais e periódicos impressos em papel estão imunes, não as publicações em meios eletrônicos. Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte foi rejeitado projeto que expressamente estendia a imunidade aos livros, jornais e periódicos veiculados em meios diversos do papel (cd-rom, disquete, fita cassette, fita de vídeo, etc.) o que inviabiliza a alegação de que estes meios somente não estariam previstos na Constituição por praticamente inexistirem ou serem muito pouco difundidos à época de sua promulgação.*

<sup>110</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 394.

<sup>111</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 669.

<sup>112</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 347.

<sup>113</sup> ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF. Teoria e Jurisprudência**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 131 e 132.

O Pretório Excelso interpreta que a imunidade conferida pelo art. 150, VI, d, CF é impossível estender a outros insumos não compreendidos no significado da expressão ‘*papel destinado à sua impressão*’<sup>114</sup>, isto é, só abrange o material suscetível de ser assimilado ao papel utilizado no processo de impressão (RE 193.883, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01/08/97).<sup>115</sup> Assim aduz o enunciado da Súmula da Suprema Corte: STF 657. A imunidade prevista no art. 150, VI, d, da CF abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos. Logo, restariam de fora da limitação tributária: tintas<sup>116</sup>, colas, chapas, tiras de plástico, máquinas, equipamentos importados, serviços de composição gráfica<sup>117</sup>, serviços de transporte, etc.<sup>118</sup>

## 6. DEMAIS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Com efeito, a Carta de Outubro traz em *numerus apertus* as regras imunitórias na disciplina do art. 150, VI, CF. O rol é exemplificativo, pois o próprio texto consagra outras hipóteses de limitação dento e fora do capítulo próprio do Sistema Tributário Nacional. Assim como as demais, normas de incompetência tributária vincularão o legislador infraconstitucional e a Administração Fiscal, que deverão obediência estrita ao princípio da legalidade, sem vasculhar a conveniência e oportunidade, isto é, sem ousar incursar em juízo de razoabilidade e proporcionalidade<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> Em sentido contrário: JTRF5 - Há imunidade sobre todo material destinado à sua impressão, o que abarca todos os materiais e insumos necessários à confecção do jornal, inclusive o maquinário utilizado para tanto (Ap. Cível nº 130.578-SE, Rel. Des. Geraldo Apoliano, DJ 21.08.98).

<sup>115</sup> JCSTF: “A Corte decidiu que apenas os materiais relacionados com papel (papel fotográfico, papel telefoto, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas, papel fotográfico p/ fotocomposição por laser) é que estão abrangidos pela imunidade tributária do art. 150, VI, “d”, da CF” (RE 178.863, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30/05/97).

<sup>116</sup> JCSTF: “Esta Corte já firmou o entendimento de que apenas os materiais relacionados com o papel estão abrangidos pela imunidade tributária do art. 150, VI, “d”, CF. No caso, trata-se de tinta para jornal, razão por que o acórdão recorrido, por ter esse insumo como abrangido pela referida imunidade, e, portanto, imune ao imposto de importação, divergiu da jurisprudência do STF” (RE 273.308, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/09/00).

<sup>117</sup> JCSTF: “Não há de ser estendida a imunidade de impostos prevista na CF concedida ao papel destinado exclusivamente à impressão de livros, jornais e periódicos, aos serviços de composição gráfica necessários à confecção do produto final” (RE 230.782, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10/11/00).

<sup>118</sup> No mesmo sentido: ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 57.

<sup>119</sup> WEISS, Fernando Lemme. **Princípios Tributários e Financeiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 141.

Essas regras constitucionais ou são originárias ou resultaram de emendas constitucionais que ampliaram as situações e estão dispersas no texto da Carta Magna, inclusive alcançando o ADCT. Em todas as passagens, não se utilizou a expressão “*imunidade tributária*”, mas se escreveu, impropriamente: “*independentemente de pagamento*”, “*não-incidirão*”, “*isentas*”. Sem a devida interpretação, podem-se confundir institutos tributários diversos. Vejamos.

A CF, no art. 5º, garante: XXXIV. são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição; b) a obtenção de certidões; LXXIV. o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos<sup>120</sup>; LXXVI. são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito; LXXVII. são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

São hipóteses de imunidades tributárias objetivas (XXXIV e LXXVII), subjetivas (LXXIV e LXXVI) incondicionais (XXXIV e LXXIV) e condicionais (LXXVI e LXXVII) à assegurar o exercício de direitos elementares das pessoas físicas e jurídicas. Constituem normas constitucionais *self-executing*: eficácia plena e aplicação imediata. Para a Suprema Corte, “*As taxas estão sujeitas aos princípios constitucionais que limitam a tributação (CF, art. 150, 151 e 152) e a outros princípios instituídos em favor do contribuinte pela norma infraconstitucional, já que os princípios constitucionais expressos são enunciados ‘sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte’*” (ADI 447, Min. Carlos Velloso, DJ 05/03/93). Assinale-se que, inexistente infringência ao art. 5º, XXXIV, “a”, CF, se há como requisito de admissibilidade de recurso administrativo a exigência de depósito prévio, porque não é pagamento de taxa para o exercício do direito de petição (RE 357.311, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/02/03).

Em relação às certidões nascimento e óbito, já se decidiu que representam direito intrínseco ao exercício da cidadania: “*Gratuidade constitucionalmente garantida. Inexistência de óbice a que o estado preste serviço público a título gratuito. As atividades que desenvolvem os titulares das serventias, mediante delegação, e a relação que estabelecem com o particular são de ordem pública. Os emolumentos são taxas remuneratórias de serviços*”

---

<sup>120</sup> JCSTF: Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo (Rel. 1.905 ED-Agr, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/9/02).

*públicos. Precedentes. O direito do serventuário é o de perceber, integralmente, os emolumentos relativos aos serviços para os quais tenham sido fixados” (ADC 5-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19/09/03).*

A Carta Constitucional queda a imunidade face aos seguintes tributos: as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico “*não incidirão*” sobre as receitas decorrentes de exportação (art. 149, §2º, I<sup>121</sup>); o imposto IPI “*não incidirá*” sobre produtos industrializados destinados ao exterior (art. 153, §3º, III); o imposto ITR<sup>122</sup>: II. “*não incidirá*” sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei<sup>123</sup>, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel (art. 153, §4º, II); o imposto ICMS “*não incidirá*” (art. 155, §2º, X<sup>124</sup>): a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores<sup>125</sup>; b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica; c) sobre o ouro<sup>126</sup>; d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita<sup>127</sup>

Outro caso de imunidade resta positivado no art. 155, §3º, CF. À exceção dos impostos ICMS, II e IE nenhum outro imposto poderá “*incidir*” sobre

<sup>121</sup> §2º acrescido pela EC nº 33, de 11.12.2001.

<sup>122</sup> §4º com redação dada pela EC nº 42, de 19.02.2003.

<sup>123</sup> Acompanhamos o Prof. Sacha Calmon. O tamanho da gleba é matéria reservada à lei complementar, pois é o módulo da limitação ao poder de tributar da União. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 368.

<sup>124</sup> Alínea “d” acrescida e alínea “a” com a redação dada pela EC nº. 42, de 19.12.2003.

<sup>125</sup> STF 536. São objetivamente imunes ao ICM os produtos industrializados, em geral, destinados à exportação, além de outros, com a mesma destinação, cuja isenção a lei determinar.

<sup>126</sup> O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do IOF, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de 1%, assegurada a transferência do montante da arrecadação: 30% para Estado ou DF ou Território Federal e 70% para Município de origem (art. 153, §5º, CF). Além do IOF, aplica-se ao ouro ativo financeiro a CPMF (art. 74, §2º, ADCT — art. 74 e §§ acrescidos pela EC nº12, de 15.08.1996). JCSTF: “O ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, se sujeita, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem. Inconstitucionalidade do II, art. 1º, Lei 8.033/90” (RE 190.363, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 12/06/98).

<sup>127</sup> Lei Complementar nº. 87, de 13.09.1996, art. 2º. O imposto (...) [ICMS] incide sobre: II. prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. Daí a súmula da jurisprudência dominante: STF 659. É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País<sup>128</sup>.

O imposto ITBI “*não incide*” sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (art. 156, § 2º, I, CF).

O art. 85, e §§, ADCT, igualmente prevê limitação quanto à CPMF: “*não incidirá*”, nos lançamentos<sup>129</sup>: I. em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para operações de: a) câmaras e prestadoras de serviços de compensação e de liquidação; b) companhias securitizadas; c) sociedades anônimas que tenham por objeto exclusivo a aquisição de créditos oriundos de operações praticadas no mercado financeiro; II. em contas correntes de depósito, relativos a: a) operações de compra e venda de ações, realizadas em recintos ou sistemas de negociação de bolsas de valores e no mercado de balcão organizado; b) contratos referenciados em ações ou índices de ações, em suas diversas modalidades, negociados em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros; III. em contas de investidores estrangeiros, relativos a entradas no País e a remessas para o exterior de recursos financeiros empregados, exclusivamente, em operações e contratos referidos (II).

Todos esses casos não são regras de “*não-incidência*”, mas constituem imunidades tributárias objetivas e incondicionais, porque não levam em consideração as qualidades dos sujeitos envolvidos e não dependem de lei para complementar seu alcance.

São “*isentas*” de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária (art. 184, § 5º, CF) Não é caso de “*isenção*”, mas de imunidade tributária objetiva e auto-aplicável. Esse é o entendimento que permeia os julgados do STF: “*Alcan-*

---

<sup>128</sup> JCSTF: “ISS. Imunidade. Serviços de transporte de minerais. CF, art. 155, § 3º. Normas constitucionais concessivas de benefício. Interpretação restritiva” (RE 170.784, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 04/08/06).

<sup>129</sup> ADCT, art. 85 acrescido pela EC nº. 37, de 12.06.2002.

*ce da imunidade tributária relativa aos títulos da dívida agrária. Há pouco, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar o RE 169.628, decidiu, por unanimidade de votos, que o § 5º, art. 184, CF, embora aluda à isenção de tributos com relação às operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, não concede isenção, mas, sim, imunidade, que por sua vez tem por fim não onerar o procedimento expropriatório ou dificultar a realização da reforma agrária, sendo que os títulos da dívida agrária constituem moeda de pagamento da justa indenização devida pela desapropriação de imóveis por interesse social e, dado o seu caráter indenizatório, não podem ser tributados. Essa imunidade, no entanto, não alcança terceiro adquirente desses títulos, o qual, na verdade, realiza com o expropriado negócio jurídico estranho à reforma agrária, não sendo assim também destinatário da norma constitucional em causa” (RE 168.110, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19/05/00).*

## **REFERÊNCIAS**

- ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário na Constituição e no STF. Teoria e jurisprudência**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **Pessoas Jurídicas Públicas**. Direito Administrativo na década de 90. Coord. Edmir Netto Araújo e Antônio A. Queiroz Telles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. v. 2. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BORGES, José Souto Maior. **Isenções do ICM por lei complementar**. Anuário do Mestrado em Direito. Faculdade de Direito do Recife. UFPE. Recife, ano 2 – 3, p. 165 – 172, jan./dez. 1983/1984.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz B. **A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 219. p. 253 - 270. jan./mar. 2000.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- D'AURIA, Francisco. **Ciência das Finanças**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo, LTR, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERNANDES, Leonardo de Medeiros. **Crimes Eleitorais**. Revista da ESMAFE. 2. ed. Recife, n. 23, p. 177 - 214, jan/jun. 2006.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.
- \_\_\_\_\_. **Evolução do Federalismo Brasileiro**. Revista Acadêmica. LXV. p. 49 – 162. Faculdade de Direito do Recife. UFPE. Recife: Imprensa Universitária, 1969.
- FREIRE, Marcos de Barros. **“Réquiem” à Federação Brasileira?** Revista Acadêmica. LXVI. p. 143 – 178. Faculdade de Direito do Recife. UFPE. Recife: Imprensa Universitária, 1970.

- FURLAN, Valéria C. P. **IPTU**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOURA, Maria Aparecida Vera Cruz Bruni de. **Incentivos fiscais através das isenções. Direito Tributário**. Direção e colaboração: Ruy Barbosa Nogueira. 4. colet. São Paulo: José Bushatsky, 1971.
- NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. v. 1. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de ; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2005.
- SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. 31. ed. São Paulo: LTR, 1999.
- WEISS, Fernando Lemme. **Princípios Tributários e Financeiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

## **JORNAL E JURISPRUDÊNCIA**

Jornal do Commercio. Recife, 22 fevereiro 2007. Economia, p. 6. **STJ restringe ICMS na telefonia.**

Supremo Tribunal Federal: **A Constituição e o Supremo.** Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) [09.01.2007].



# O PROBLEMA DA CIENTIFICIDADE DO DIREITO COMPARADO: O ESTUDO COMPARATISTA COMO DISCURSO ÉTICO-POLÍTICO, PARA UMA VISÃO MAIS DEMOCRÁTICA EM DIREITO COMPARADO

**Adrualdo de Lima Catão\***

*Professor*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O problema da cientificidade do direito e a neutralidade axiológica do intérprete: a necessária consideração do círculo hermenêutico; 3. A superação da dicotomia metafísica fato-valor: por um conceito de ciência que leve em consideração os valores; 4. O direito comparado a serviço da recepção legislativa: uma abordagem necessariamente interdisciplinar; 5. As conclusões dos estudos comparatistas como discursos político-valorativos: por uma visão mais democrática do direito comparado; 6. Considerações conclusivas; 7. Bibliografia*

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende apresentar a noção de que o direito comparado deve ser considerado um estudo valorativo, donde o pesquisador está desde sempre inserido num contexto sócio-cultural, bem como tem de lidar com conceitos éticos e políticos nas análises comparatistas.

Diante disso, as noções de pré-compreensão e do círculo hermenêutico, bem como a visão da ciência como atividade baseada em valores, serão utilizadas para a fundamentação da tese de que o direito comparado é valorativo, notadamente quando tem por finalidade a recepção legislativa.

---

\* O autor é professor universitário, leciona a cadeira de Teoria da Interpretação Jurídica na UNIVERSO/PE, é especialista em direito processual pelo CESMAC/AL e mestrando em Teoria e Filosofia do Direito pela UFPE. Assessor do TRF da 5ª Região.

Não se pretende abranger o tema da cientificidade do direito em todos os seus aspectos, nem tampouco afirmar categoricamente se o direito comparado é ou não uma ciência. Na verdade, o que se tem em vista é encarar o assunto para demonstrar a inexistência da chamada neutralidade axiológica do intérprete jurídico, bem como destacar o caráter valorativo da ciência.

O que se quer frisar é que a visão do conhecimento jurídico como não-objetivo e de caráter valorativo, em nada desqualifica o estudo de direito comparado, como em nada desqualifica o pensamento jurídico em geral. Pretende-se argumentar no sentido de que a pseudo-segurança buscada pelos argumentos pró-cientificidade do direito comparado serve apenas para legitimar concepções políticas e valorativas, enquanto que a explicitação do caráter valorativo das pesquisas jurídico-comparatistas é útil a uma concepção mais democrática na apreciação das suas conclusões, notadamente quando se está diante do fenômeno da recepção legislativa, quando o direito comparado é um estudo eminentemente zetético, envolvendo questões multidisciplinares como sociologia, história, e outros conhecimentos atinentes à matéria pesquisada.

É justamente nessa seara que o problema da cientificidade do direito comparado ganha em importância, quanto se está diante de um estudo comparatista cuja finalidade é transpor de um ordenamento para outro, alguma forma específica de se tratar um fenômeno jurídico.

O direito comparado vem a servir a interesses eminentemente políticos, pois é elaborado como forma de se estabelecer uma identificação das necessidades de um e de outro país para um determinado tipo de solução jurídica. Quando o direito comparado serve ao legislador nacional, resta explícito seu caráter político-valorativo, mesmo que o discurso tente apresentá-lo como algo “neutro” ou “objetivo”.

Não se tem a ingênua ambição de acabar com o problema da cientificidade ou de apresentar soluções definitivas. Muito pelo contrário, o que se quer é, meramente, apresentar argumentos para a tese de que, numa visão filosófica mais pragmática, deve-se ter em mente o enfraquecimento pós-moderno do conceito de ciência e os mais recentes questionamentos filosóficos à neutralidade do intérprete e do cientista, dando-se atenção ao caráter valorativo da ciência, o que demonstra que o adjetivo “científico” já não mais dá ao saber a tão sonhada objetividade requerida pelos modernos.

Assim, ao observar-se que os estudos de direito comparado têm uma importância decisiva no quadro jurídico-político do mundo contemporâneo, diante do que se chama de globalização e do crescimento da importância do direi-

to internacional público e privado, bem como da internacionalização de soluções jurídicas através do fenômeno da recepção legislativa, deve-se destacar o caráter político-valorativo do direito comparado, encarando-o como estudo multidisciplinar, zetético e interpretativo, no sentido de tê-lo não como algo objetivado, mas como um discurso valorativo, o que deverá provocar uma maior democratização nas discussões comparatistas, principalmente quando esses estudos forem utilizados pelo legislador.

## **2. O PROBLEMA DA CIENTIFICIDADE DO DIREITO E A NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO INTÉRPRETE: A NECESSÁRIA CONSIDERAÇÃO DO CÍRCULO HERMENÊUTICO**

Antes de qualquer digressão sobre a cientificidade do direito comparado, é de se discutir a respeito da cientificidade do conhecimento jurídico como um todo. Diante da extensão do tema, aqui se elege a discussão sobre a neutralidade do intérprete e da diferença entre questões valorativas e questões de fato como sendo aquelas que mais interferem na questão da cientificidade do conhecimento jurídico.

O direito é uma ciência? A resposta depende do conceito de direito e do conceito de ciência que se está a tomar como modelo. Ao tratar da cientificidade do direito, deve-se destacar o fato de que o questionamento sobre o caráter científico do conhecimento jurídico diz respeito a uma visão moderna do conceito de ciência e que tem seus precedentes em Aristóteles, donde somente um conhecimento com base em leis alcançadas por meio de repetição de fatos e dotado de uma generalidade nas premissas é que pode ser reconhecidamente científico.<sup>1</sup>

Um ponto importante na caracterização do conhecimento científico é o que se chama de neutralidade axiológica, podendo ser este considerado o ponto capital da controvérsia sobre a cientificidade do conhecimento jurídico<sup>2</sup>, já que envolve um problema filosófico altamente relevante e que tem suas bases na filosofia grega desde Platão e Aristóteles, passando pela modernidade com

---

<sup>1</sup> DANTAS, Ivo. "Direito comparado como ciência". Revista de Informação Legislativa, n. 34. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 236.

<sup>2</sup> DANTAS, Ivo. "Direito comparado como ciência". Revista de Informação Legislativa, n. 34. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 240.

Descartes e que hoje vem sofrendo questionamentos incessantes por parte dos chamados desconstrutivistas e daqueles que não admitem a distinção filosófica clássica entre o subjetivo e o objetivo.<sup>3</sup>

Foi, portanto, com base nesse dualismo que se cunhou um conceito de ciência cujo elemento primordial se referia à objetividade e neutralidade do pesquisador, provocando discussões epistemológicas intermináveis sobre a cientificidade dos conhecimentos sociais e humanos diante dos conhecimentos naturais, ou das ciências da natureza.

Inicialmente, o que se tentou fazer foi aproximar o conhecimento jurídico das ciências da natureza, o que pode ser percebido claramente nas tentativas de se formular um direito natural “racional”, uma busca pela cientificidade influenciada pelo sucesso das demonstrações e métodos matemáticos.<sup>4</sup>

Mesmo as primeiras doutrinas jurídico-positivistas, notadamente aquelas identificadas com a escola da exegese, buscavam a segurança, num modelo racional para a aplicação do direito, donde o ato do aplicador nada mais seria senão a identificação do fato com a norma, para a verificação da consequência jurídica a ser aplicada, sem qualquer intervenção dos valores e subjetividades do aplicador.

Todavia, deve-se levar em consideração que a participação do sujeito na construção do conhecimento não é algo que somente pode ser encontrado nas ciências sociais. Aliás, trata-se do mais recente paradigma com que a física tem de lidar. A objetividade, no sentido de observar-sem-interferir, é impossível na física quântica. Sem entrar em pormenores a respeito do assunto, cabe apenas destacar que “o mundo que nos é acessível pela percepção, composto por entidades empiricamente observáveis” não é o mundo da física quântica, que trabalha com um modelo teórico completamente distinto do determinismo newtoniano.<sup>5</sup>

A física quântica elimina o determinismo absoluto e substitui-o pela incerteza quanto à possibilidade de determinar o movimento e a posição de uma

---

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 186 e ss;

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

<sup>5</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 52.

partícula que aparece, tanto como energia, tanto como matéria.<sup>6</sup> Assim é que a realidade não “é” independentemente do sujeito que a descreve, mesmo na física, onde a determinação da posição exata do elétron é impossível, pois a observação do sujeito é quem a definirá. Nesse sentido, a observação influi na compreensão do fenômeno quântico, notadamente diante da descoberta do aspecto onda/energia das partículas, que dão margem a uma nova concepção de ser que vai além dos limites do corpo<sup>7</sup>.

Esta reviravolta da física somente vem a corroborar com a afirmação de que o universo é aquilo que é observado e da forma que é observado pelo sujeito, o que leva à conclusão de que o sujeito é quem forja a “realidade”. Apenas no sentido de que em que se deve deixar de lado a distinção sujeito-objeto.

Assim, pensar num sujeito objetivamente considerado, neutro, livre de influências e ideologias, é pensar não num homem, mas num ser divino, alguém fora do contexto social, algo, portanto, metafísico. Por isso, na pós-modernidade filosófica, o conceito de ciência já não pode ser encarado sob essas premissas, o que se verá melhor no próximo ponto.

Nessa linha de raciocínio, o que se tenta fazer não é buscar a cientificidade do conhecimento jurídico na aproximação com as ciências da natureza, mas sim de encarar o sujeito pesquisador, mesmo nas ciências da natureza, como um sujeito inserido num contexto social, um sujeito dotado de uma pré-compreensão da qual não poderá se livrar, trazendo à baila uma visão da ciência como valor, desde a escolha do objeto pesquisado até a elaboração das conclusões e sua utilização pragmática.<sup>8</sup>

Isso pode ser considerado com a noção do chamado círculo hermenêutico, que leva ao entendimento de que a distinção entre subjetivo e objetivo é algo metafísico e não leva em conta a inserção necessária do homem no mundo e seus valores, crenças e, principalmente, interesses.

---

<sup>6</sup> MORIN, Edgar: *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. P. 225; PACHECO Mariana Pimentel Fischer. *Subjetividade, Ética e complexidade no direito. A segurança que vem da admisão da insegurança: uma crítica à pressuposição de onipotência que subjaz as razões jurídicas*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito – Filosofia, Teoria e Sociologia do Direito) Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

<sup>7</sup> ZOHAR, Danah: *O Ser Quântico – Uma visão revolucionária da natureza humana e da consciência baseada na nova física*. São Paulo: Best Seller, 1990. P. 21-25.

<sup>8</sup> RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 267.

Trata-se de uma visão pragmatista que, ao invés de desprezar o interesse humano, leva-o em consideração, para favorecer um modo de pensar mais relativista, sendo, todavia, bem mais democrático, o que pode ser bastante interessante na sociedade globalizada em que se vive contemporaneamente.

Esta concepção quântica é corroborada pelas teorias sobre a circularidade hermenêutica. Trata-se da consideração de que o conhecimento não se dá de forma pura, desvinculada de uma pré-compreensão. Todo sujeito está já e sempre inserido num conjunto de ideologias e valores que forjam seus interesses. Esses pré-conceitos são parte do homem como inserido num contexto histórico, não podendo fugir dessa pré-compreensão.

O conceito heideggeriano do Ser-aí<sup>9</sup> caracteriza o homem como um ser que já está familiarizado com uma totalidade de significados num determinado contexto. Por isso as coisas somente “são” na medida em que têm um sentido dentro de um determinado contexto que se apresenta ao Ser-aí (o homem).

O homem (Ser-aí), portanto, está já familiarizado com um mundo que lhe é dado historicamente, numa relação com sua finitude, donde o homem está sempre em um projeto histórico-cultural ligado à sua mortalidade. A possibilidade de não mais existir (a finitude humana) se revela no seu direcionamento para a morte. A mortalidade dá ao homem um caráter histórico, pelo que está ele inserido desde sempre em uma perspectiva finita, histórica, e, portanto, não-absoluta.

Abandona-se, pois, a noção de homem como ser absoluto, independente da época do ser.<sup>10</sup> A temporalidade do homem impede uma visão totalitária e absoluta das coisas e do próprio homem.

Gadamer utiliza a noção heideggeriana do homem inserido num contexto histórico e de tradição<sup>11</sup> tratando a compreensão como constitutivo fundamental do homem histórico. Só se pode falar em compreensão na medida em que o ser

<sup>9</sup> *Dasein* é traduzido para o português também como “pre-sença”. Ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2002 e HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: parte I*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000. Ver também STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 186. Em Manfredo Oliveira tem-se a tradução por eis-aí-ser.

<sup>10</sup> VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 115.

<sup>11</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 354.

humano é considerado como ser hermenêutico e, portanto, finito, histórico, o que marca de forma indelével a sua experiência de mundo.<sup>12</sup>

É nesse sentido que a posição histórica, em que o homem se encontra, condiciona sua compreensão por meio da estrutura prévia que o forja como ser humano, da qual não pode se livrar. Esta pré-compreensão condiciona a visão de mundo e impossibilita um conceito “neutro”, “objetivo”.

Em Heidegger, tem-se o que se chama de circularidade hermenêutica, quando este afirma:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete.<sup>13</sup>

Vê-se que a pré-compreensão não é algo “limitador” do conhecimento, sendo, na verdade, “condição de possibilidade” para a compreensão, inerente ao homem como ser histórico. São os pré-conceitos que forjam o homem na história, e tornam possível a compreensão. Sem a noção pré-compreensão, estar-se-ia a imaginar não um ser humano, mas um ser divino.

Assim, só se compreende a partir das expectativas de sentido. É como se já houvesse uma resposta, mesmo antes da pergunta, ou ao menos uma expectativa da resposta. Estas expectativas estão desde já presentes no homem, que, como ser histórico, percebe as coisas por uma visão de mundo específica, forjada pela sua história, pela sua tradição.

Destaque-se que essa tradição não está à sua disposição, mas, ao contrário, o homem se sujeita a ela. Não existe, pois, uma espécie de subjetividade pura, isolada do mundo e da história. Na verdade, uma subjetividade se constitui enquanto tal de forma condicionada e marcada por seu mundo historicamente mediado e lingüisticamente interpretado.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 209.

<sup>13</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: parte I*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000, p. 207.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 228.

A noção de circularidade da compreensão impede que se pense num saber objetivo, neutro, sem uma espécie de “filtragem”. As noções de “filtragem biológica e ideológica” se referem, inicialmente, a uma incapacidade humana de perceber o mundo como ele “é” tendo em vista que o mundo somente é acessível para o ser humano através dos órgãos sensoriais de que é dotado.<sup>15</sup>

Já em Kant se percebe esta noção, que se refere à incapacidade de a razão pura conhecer a “coisa em si”, diante das condições de possibilidade do conhecimento presentes na razão pura. A experiência só se dá por meio do que Kant denomina formas puras da sensibilidade (tempo e espaço) que já estão no ser humano, na razão, são *a priori*, próprias da natureza da espécie humana, servindo como condição de possibilidade para apreensão dos fenômenos sensíveis.<sup>16</sup> Isto posto, somente se conhecem os objetos, diante das formas puras da sensibilidade. As coisas-como-elas-são, ou as coisas-em-si-mesmas, são incognoscíveis.<sup>17</sup>

Além dessa limitação, cada cultura possui um sistema de valores que propicia uma espécie de **visão de mundo** da qual o ser humano não pode escapar. É o que se chama de “filtragem ideológica” que filtra os dados adquiridos pelo ser humano e que já passaram pelo processo de filtragem no nível dos sentidos. Exemplo interessante é o da percepção das cores. Enquanto em algumas culturas se percebe apenas duas cores do arco-íris, os brasileiros percebem sete cores diferentes. Trata-se da filtragem oferecida pela cultura de cada povo.<sup>18</sup>

Diante dessas considerações, imaginar um conceito de ciência jurídica, relacionado à objetividade do conhecimento ou à neutralidade axiológica do sujeito cognoscente, é desconsiderar o homem como ser histórico. Se qualquer conhecimento é informado e condicionado pela pré-compreensão, mais ainda o saber jurídico, que se refere diretamente a questões éticas, políticas, eminentemente valorativas.

<sup>15</sup> BIZZOCCHI, Aldo. “Cognição: como pensamos o mundo”. *Ciência Hoje*, v. 30, n. 175. Rio de Janeiro: SBPC, 2001, p. 34.

<sup>16</sup> ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. XI.

<sup>18</sup> BIZZOCCHI, Aldo. “Cognição: como pensamos o mundo”. *Ciência Hoje*, v. 30, n. 175. Rio de Janeiro: SBPC, 2001, p. 34.

### **3. A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA METAFÍSICA FATO-VALOR: POR UM CONCEITO DE CIÊNCIA QUE LEVE EM CONSIDERAÇÃO OS VALORES**

O que se quer apresentar neste ponto é a tese de que não há uma separação nítida entre fatos e valores, bem como o saber, dito científico, mesmo aqueles pretensamente objetivos, é uma atividade baseada em valores. Assim é que a distinção entre o factual e o normativo deve ser superada, diante da constatação de que, mesmo nas ciências físicas ou da natureza, encontra-se a participação do homem, seja pela circularidade da compreensão – já analisada acima, seja pela presença de conceitos eminentemente valorativos nas análises científicas. Trata-se, pois, de uma tentativa de aproximação entre fato e valor, que vai significar uma aproximação entre ciência e ética, culminando na consideração de que, mesmo um saber que se diga científico, terá de lidar com conceitos valorativos.

A idéia de que a neutralidade axiológica tinha como pressuposto a separação nítida entre fato e valor, donde os fatos estariam “fora”, no mundo, independentemente do homem e de sua observação, enquanto os valores estariam “dentro”, na subjetividade, e, portanto, seriam arbitrários, estritamente ligados à liberdade humana. Isto distanciava uma discussão ética de uma discussão científica.

A ciência, nessa linha de raciocínio, não deveria ser uma apreciação subjetiva do fenômeno observado, mas sim a produção de um conhecimento universal e positivo, sem influência dos valores.<sup>19</sup> Este pensamento, baseado na concepção weberiana, tem como pressuposto a diferença entre julgamentos de realidade – que deveriam ser realizados pelos cientistas – e julgamentos de valor, voltados para os sentimentos do sujeito.

Isto servia para a qualificação das ciências sociais como saberes de caráter científico, posto que não seriam meros julgamentos de valor, mas constatações objetivas de uma realidade social. No caso do direito comparado, o que se vê são tentativas deste tipo, de torná-lo um saber distanciado dos valores, apenas verificador de uma “realidade jurídica” comparada com outra.

Evidentemente não se trata de excluir da ciência toda e qualquer relação com os valores – notadamente na seleção dos das hipóteses de trabalho – mas

---

<sup>19</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 22.

de reconhecer que as descrições jamais podem ser confundidas com as avaliações, evitando-se as arbitrariedades de um julgamento valorativo dentro do saber científico.<sup>20</sup>

Esta concepção está baseada numa nítida separação entre o factual e o normativo, ou seja, entre os fatos e os valores. Esta separação envolve nuances e questões as mais complexas e densas possíveis. No entanto, para o presente estudo, basta que se leve em consideração a separação, no aspecto em que está relacionada com a neutralidade axiológica, ou seja, no seu aspecto epistemológico.<sup>21</sup>

Nesse sentido, a diferença entre juízos de realidade e juízos de valor sustenta a concepção de ciência como saber neutro e objetivo, livre da influência dos valores, pois lida com questões factuais e não pode se envolver com subjetividades. O que se pretende aqui é tentar questionar esta concepção de ciência através da consideração de que o dualismo fato-valor pode ser superado por uma visão filosófica mais crítica da noção de realidade como algo externo e independente do homem, e isto vai servir não só para as ciências naturais, como também para as chamadas ciências sociais, como se pretende ser o direito comparado.

Inicialmente, destaque-se a observação de Rorty sobre a questão:

Desde o iluminismo, e em particular, desde Kant, as ciências físicas haviam sido encaradas como um paradigma do conhecimento, com o qual se tinha que medir o resto da cultura. As lições extraídas por Kuhn da história da ciência sugeriam que a controvérsia no seio das ciências físicas era mais parecida com a conversação ordinária (sobre a culpabilidade de uma acção, as qualificações de um candidato a um lugar governamental, o valor de um poema, a atracção da legislação) do que aquilo que havia sido sugerido pelo Iluminismo.<sup>22</sup>

O que Rorty analisa é a obra de T. S. Kuhn, *Estrutura das Revoluções Científicas*, onde se passa a questionar a objetividade das teorias científicas, perquirindo-se acerca de como uma teoria científica “superaria” outra. Numa

<sup>20</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 24.

<sup>21</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 65.

<sup>22</sup> RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 252.

concepção do realismo metafísico, uma teoria científica supera outra quando se aproxima mais da realidade do que sua antecessora.

Para Kuhn, todavia, a concepção segundo a qual o que muda nas revoluções científicas é a forma de interpretação dos fatos, ou a maior aproximação da realidade, deve ser superada.<sup>23</sup> Assim é que não há “qualquer algoritmo disponível para a escolha de teorias”.<sup>24</sup> Esta constatação serve para fundamentar a tese de que a escolha entre teorias envolve elementos que, em nada, podem ser considerados objetivos.

O ponto importante se refere à questão: se não há algoritmo para a escolha entre teorias científicas, qual a diferença entre a escolha de teorias científicas e a escolha entre regimes políticos, por exemplo?

A única questão real que separa Kuhn dos seus críticos é saber se o tipo de “processo deliberativo” que ocorre quanto às alterações de paradigmas nas ciências (o tipo de processo que, como Kuhn demonstrou em *A Revolução Copernicana*, se pode estender por mais de um século) difere em gênero do processo deliberativo que ocorre a respeito, por exemplo, da passagem do *ancien régime* para a democracia burguesa, ou dos Clássicos para os Românticos.<sup>25</sup>

Assim é que os critérios de escolha entre teorias não funcionam como regras objetivas, e sim como valores que orientam e influenciam a escolha.<sup>26</sup> Kuhn “desfere o golpe de misericórdia contra a epistemologia do empirismo lógico ao mostrar que as transformações do conhecimento científico não surgem de uma confrontação com os fatos, mas de uma transformação da nossa própria forma de apreensão da realidade”. Assim, o mundo não seria uma espécie de real-independente-do-homem. As coisas do mundo não “são” independentemente das interpretações humanas, pelo que a ciência não é atividade de descoberta, mas sim de construção.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, 1970, p. 120.

<sup>24</sup> RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 252.

<sup>25</sup> RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 256.

<sup>26</sup> KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, 1970, p. 331 e ss.

<sup>27</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 51.

Pois bem, diante disso, o critério de escolha entre teorias científicas não poderia ser algo objetivo, ou de “fora”. No exato dizer de Putnam:

Quando a teoria entra em conflito com o que é tomado como facto, por vezes, desistimos da teoria e, por vezes, desistimos do “facto”; quando a teoria entra em conflito com a teoria, a decisão não pode ser sempre tomada na base dos factos observáveis conhecidos (a teoria da gravitação de Einstein foi aceite e a teoria alternativa de Whitehead foi rejeitada anos antes de alguém pensar que uma experiência pudesse efectuar a decisão entre as duas).<sup>28</sup>

Isto quer dizer que, mesmo antes de se poder fazer uma espécie de “correspondência” das teorias com o que se poderia chamar de “realidade”, uma delas foi rejeitada. Por quê? É que a decisão entre duas teorias será baseada em critério como, por exemplo, a **simplicidade**, donde, no exemplo dado acima, a teoria de Einstein seria mais **simples** que a de Whitehead, por isso a mesma teria sido rejeitada, em favor da teoria de Einstein.<sup>29</sup>

Assim é que “as proposições científicas não parecem repousar num solo mais seguro do que o das proposições éticas, pois existem valores implícitos em toda atividade científica”. Valores como a simplicidade, coerência, compreensibilidade e – por que não acrescentar – utilidade, não podem ser reduzidos a noções físicas e são tão problemáticos quanto a noção de bem e de mal.<sup>30</sup>

Putnam, portanto, levando em consideração a confusão entre fatos e valores, entende que o abismo entre ciência e ética não pode ter respaldo na dualidade factual-normativa. O saber científico é valorativo, o **saber** é valorativo. Tanto no sentido de que qualquer saber está sempre influenciado por uma pré-compreensão, mas também porque a tão buscada pureza não resiste a questionamentos pragmatistas sobre a problemática das reviravoltas da ciência e da escolha entre teorias científicas, notadamente, as chamadas ciências físicas e da natureza, pretensamente mais “objetivas” que as ciências ditas sociais.

<sup>28</sup> PUTNAM, Hilary. *Realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 212.

<sup>29</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 54; PUTNAM, Hilary. *Realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 212.

<sup>30</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 54.

Assim é que há uma aproximação clara entre os questionamentos ditos éticos e os considerados científicos:

A filosofia da ciência lógico-empírica, e toda a tradição epistemológica desde Descartes, pretenderam afirmar que o procedimento para alcançar representações exatas no Espelho da Natureza difere em certos modos profundos do procedimento para obtenção de acordo sobre certos assuntos práticos ou estéticos.<sup>31</sup>

O procedimento científico – que se refere ao modelo das ciências naturais e físicas – está claramente aproximado do modelo das discussões éticas e políticas. Desta forma, as tentativas de encontrar a “cientificidade” do direito comparado não podem deixar de levar em consideração que o conceito de ciência depois de Kuhn está completamente diferenciado daquele com que trabalhava a modernidade.

Tentar desvincular a ciência da ética é empresa que pode levar a uma alienação, a um distanciamento dos objetivos pragmáticos do saber científico. Especialmente quando se está diante de um saber que se considere uma ciência social como é o caso do direito comparado. A ciência, todavia, “não procura apenas descobrir enunciados verdadeiros; ela busca encontrar enunciados simples, pertinentes, coerentes etc., e tais noções colocam em jogo um vasto conjunto de interesses e valores”.<sup>32</sup>

Isto não quer dizer que os valores são “relativos” e que a ciência passa a ser vista do ângulo do relativismo e que toda assertiva é igual ou possui o mesmo valor de verdade e pertinência. “Ainda que não possamos ter acesso a um ‘ponto de vista arquimédico’, isto é, a uma perspectiva que não reflita os nossos próprios interesses e valores particulares, não é arbitrário considerarmos que certas visões de mundo são melhores ou piores do que outras”.<sup>33</sup>

É nesse sentido que Putnam afirma que valores como simplicidade e coerência são tão problemáticos quanto bondade e maldade. Contudo, não se deve abandonar tais questionamentos, sob o argumento de que eles se referem à esfera meramente subjetiva. Ao contrário, deve-se reconhecer que todos esses

---

<sup>31</sup> RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 256.

<sup>32</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 54.

<sup>33</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 54.

valores “obtêm sua autoridade da nossa idéia de prosperidade humana e da nossa idéia de razão”.<sup>34</sup>

É o pensamento pragmatista, refletido na idéia de interesse, prosperidade humana e esperança num mundo melhor. Portanto, negar tais atributos aos valores é negar a busca incessante pela felicidade humana, o critério pragmático tanto para o bem e o mal quanto para a escolha entre duas teorias científicas.

Como se verá em seguida, o direito comparado serve a finalidades determinadas e não pode fugir delas. Essas finalidades têm caráter eminentemente valorativo (como é o caso da recepção legislativa) e, portanto, impõem a consideração de que o estudo comparativo serve a fatores políticos, éticos e sociais, e envolve interesses humanos, o que demonstra que, sendo ou não uma ciência, o direito comparado é uma “empresa baseada em valores”.<sup>35</sup>

#### **4. O DIREITO COMPARADO A SERVIÇO DA RECEPÇÃO LEGISLATIVA: UMA ABORDAGEM NECESSARIAMENTE INTERDISCIPLINAR**

Os estudos comparativos de direito têm relevante importância no quadro político globalizado que parece estar em voga na sociedade mundial contemporânea. A necessidade crescente de soluções jurídicas uniformizadas mundialmente, ante as semelhanças dos problemas sociais em todo o mundo, bem como a internacionalização do crime, o combate à corrupção e ao terrorismo, e, ainda, a tendência de universalização dos direitos humanos, colocam o direito comparado em posição privilegiada entre estudos jurídico-políticos contemporâneos.

Isso leva à afirmação de que o direito comparado não pode ser estudado sem a consideração sobre sua principal função, a de servir ao que se convencionou chamar de **recepção legislativa**.

É que o direito comparado, dependendo da forma de abordagem utilizada, poderá ser útil a muitas atividades. “O direito comparado pode ser uma disciplina mais teórica quando atua no campo da Filosofia do Direito, ou da História do Direito, ou quando é utilizado para o melhor entendimento entre os povos e maior interpenetração internacional(...)”.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> PUTNAM, Hilary. *Realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 214.

<sup>35</sup> RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 266.

<sup>36</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Direito Comparado e seu Estudo”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova Fase, Belo Horizonte, 1955, p. 42.

As funções do direito comparado podem ser divididas em dois campos: o campo dos “objetivos pessoais”, donde se está a visar tão somente objetivos de satisfação pessoal do estudioso; e, de outro lado, tem-se o que se pode denominar de “direito comparado aplicado” em contraposição ao que seria um “direito comparado descritivo”.<sup>37</sup>

Essa distinção serve para demonstrar a utilidade pragmática de qualquer estudo. Numa linha de pensamento pragmatista, é de se concluir que não há uma diferença ontológica entre conhecer coisas e usá-las.<sup>38</sup> Isto pode muito bem ser aplicado ao direito comparado, cujo estudo, mesmo sendo considerado meramente descritivo, terá um papel informativo que efetivamente servirá como instrumento num discurso político ou sociológico.

Há também aqueles que destacam uma espécie de “direito comparado profissional”, com um aspecto mais técnico e que serve ao profissional de advocacia ou autoridades envolvidas com direito internacional privado, enquanto questões culturais seriam próprias de uma análise de “direito comparado humano”, sendo um trabalho “análogo al trabajo realizado por historiadores, filólogos, literatos e filósofos”.<sup>39</sup>

Assim, esse segundo campo de raciocínio se refere ao estudo comparatista quando utilizado “no rumo da política legislativa com objetivo de melhoria do direito nacional” e “quando se põe como auxiliar do direito internacional privado, ajudando-o na eleição da norma aplicável”.<sup>40</sup>

Em verdade, impossível será negar-se que uma das características do mundo contemporâneo é a difusão de soluções jurídicas cada vez mais

<sup>37</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 61 e 62.

<sup>38</sup> O pragmatismo, como uma filosofia da ação, pretende acabar com a distinção entre conhecer coisas e usá-las. Assim, apresenta-se contra a tese de que as coisas tenham uma essência a ser descoberta pelo homem e de que, portanto, seria função do conhecimento buscar essa essência. “Sin embargo, para hacer plausible esa afirmación, los pragmatistas tienen que atacar la idea de que conocer X es estar relacionado con algo *intrínseco* a X, mientras que usar X es estar en una relación accidental, *extrínseca* a X.” RORTY, Richard. *Esperanza o Conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 47.

<sup>39</sup> MERRYMAN, John Henry. “Modernización de la ciencia jurídica comparada”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie*. N. 46, México, 1983, p. 70.

<sup>40</sup> RORTY, Richard. *Esperanza o Conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 47.

aproximadas pelos diversos Estados, ao mesmo tempo em que vale insistir na inviabilidade de que seja possível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os institutos jurídicos.<sup>41</sup>

Eis aí o campo de atuação da tão importante, mas, pouco discutida, **recepção legislativa**, que significa nada mais que a utilização, por determinado país, de institutos jurídicos presentes em outros países<sup>42</sup>, o que seria impossível de ser feito sem um estudo de direito comparado.

Não se pode, assim, ver o sistema jurídico como algo **estático** em relação aos demais sistemas do mundo. Muitas necessidades, ainda mais quanto aos sistemas ocidentais, são semelhantes, e demandam soluções jurídicas semelhantes. Aí é que se tem em consideração um sistema jurídico **dinâmico**, capaz de receber influências externas.<sup>43</sup>

Também não se pode negar que os sistemas jurídicos detêm raros institutos próprios do seu país, especialmente quanto aos países latino americanos ou aqueles colonizados, que importam soluções jurídicas mais do que exportam.<sup>44</sup>

É que só num estudo comparatista seriam analisadas questões sobre a viabilidade da utilização do instituto exterior em um determinado país. A transposição simples e imediata de textos normativos de um sistema jurídico para outro é, senão um absurdo, uma incoerência que pode levar à total ineficácia dos preceitos transportados sem uma prévia análise comparatista minimamente abrangente. Destarte, para a recepção legislativa, deve-se analisar necessariamente a que sistema de direito pertence o instituto a ser transplantado, bem como a forma com que tal instituto é interpretado pelos tribunais de seu país de origem, e, ainda, como a sociedade e as autoridades se comportam diante da aplicação de tal instituto.

<sup>41</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 66.

<sup>42</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62.

<sup>43</sup> DANTAS, Ivo. "A recepção legislativa e os sistemas constitucionais". *Revista de Informação Legislativa*. N. 158. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 08.

<sup>44</sup> É, no entanto de se destacar o exemplo da duplicate e da triplicate, instrumentos de comprovação e circulação de crédito nascidos no Brasil.

Todo esse estudo envolve sérias análises de direito comparado, tanto a microcomparação (na análise do instituto em si) quanto a macrocomparação (na análise do tipo de sistema a que pertence o instituto estudado). E não se pode deixar de discutir a natureza dessa análise comparatista, no que tange à cientificidade buscada incessantemente pelos doutrinadores.

Isto porque a recepção legislativa exige não uma mera cópia de institutos jurídicos, mas uma adaptação feita com base em uma análise crítica, “que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário”.<sup>45</sup>

Aqui aparece a importante questão sobre a teoria do direito comparado e que diz respeito ao problema de sua eventual “autonomia científica”. Muitos autores defendem um direito comparado “autônomo”, como uma disciplina com objeto, método e finalidades próprias.<sup>46</sup>

Este “isolamento”, no entanto, não pode ser visto de forma absoluta. O estudo comparativo não pode ser pensado como algo independente de perspectivas políticas e sociais. Como visto acima, qualquer ciência tem de lidar com elementos valorativos e, com o direito comparado não poderia ser diferente.

As tentativas para alçá-lo à categoria de ciência não podem ter a pretensão de isolá-lo dos fatores políticos, sociais, econômicos e, enfim, valorativos que lhes dizem respeito. Ao comparar um sistema jurídico com outro, noções como justiça, bem estar, dignidade, igualdade, etc., vão estar sempre presentes, ainda mais numa comparação em direito constitucional.

Destarte, se “autonomia” estiver relacionada com um mero enfoque jurídico-dogmático das instituições em análise, em nada tal estudo será útil a uma aplicação para a recepção legislativa. A autonomia buscada somente pode se referir a uma questão didática, como forma de sistematização acadêmica, nunca como isolamento da problemática jurídica em relação às questões sociológicas, éticas e políticas.

Qualquer estudo comparativo necessita de uma completa análise sociológica e política das sociedades sob análise quanto aos institutos jurídicos pesquisados. Essa interdisciplinaridade que envolve o direito comparado atesta que sua “autonomia” deve ser encarada com muito cuidado, sob pena de o estudo

---

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Direito comparado: ciência autônoma”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova Fase, Belo Horizonte, 1952, p. 39.

<sup>46</sup> DE CRUZ, Peter. *Comparative law in a changing world*. Cavendish Publishing, 1995, p. 05.

comparativo não abranger os verdadeiros problemas que a recepção legislativa tem de enfrentar.

O direito comparado deve lidar não só com a legislação e sua interpretação pelos tribunais. Deve também se ater às práticas sociais, confirmadoras ou não da interpretação dos textos pelos tribunais e o sentido adquirido pelos textos legais na prática social. “O investigador comparatista, realizando sua obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes(...)”.<sup>47</sup>

Essa interdisciplinaridade é destacada inclusive por Caio Mário:

Também ao comparatista a história fornecerá subsídio indispensável a um trabalho proveitoso, principalmente se se levar em conta que ela salientará com mais nitidez os pontos de aproximação dos sistemas de origem comum, e fará ressaltar as diferenças dos que provém de troncos ancestrais diversos.<sup>48</sup>

Sem o subsídio dos saberes sociais o direito comparado nada tem a oferecer à recepção legislativa, que necessita de uma análise crítica, zetética, interdisciplinar, sob pena de não ser útil à transposição de institutos jurídicos entre sistemas de direito diferentes.

A interdisciplinaridade também está presente na afirmação de que a recepção nem sempre ocorre apenas entre ordenamentos jurídicos. “Ao contrário, embora por vezes sejam transferidas apenas normas ou conjunto de normas, é bastante comum a adoção de mentalidades, ideologias ou, mesmo, formas de ensino jurídico proveniente de outros povos”.<sup>49</sup>

Mesmo sabendo-se que os sistemas jurídicos possuem características comuns que permitem a recepção legislativa, deve-se destacar que “não é possível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Direito comparado: ciência autônoma”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova Fase, Belo Horizonte, 1952, p. 37.

<sup>48</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Direito comparado: ciência autônoma”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova Fase, Belo Horizonte, 1952, p. 42.

<sup>49</sup> YAZBEK, Otávio. “Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos”. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 553.

<sup>50</sup> DANTAS, Ivo. “A recepção legislativa e os sistemas constitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*. N. 158. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 08.

É mesmo uma questão de eficácia social. Se a transposição do instituto se dá de forma “literal”, a sociedade que o recebe, diante de suas diferenças para com a sociedade que exporta o instituto, certamente o rejeitará total ou parcialmente. A recepção deve se dar, realmente com uma aclimatação, no sentido de que o instituto deve ser adaptado à nova realidade constitucional e social.

Logicamente isso só será feito através de pesquisas em direito comparado, envolvendo questões sociológicas e políticas sobre a viabilidade da recepção do instituto específico. Ainda mais na recepção constitucional, onde deve haver um estudo comparativo extremamente abrangente e posto em debate amplo, posto que mudanças constitucionais implicam a alteração substancial no direito e na estrutura político social.

E os conceitos presentes na constituição implicam sempre em uma discussão ética. É impossível ao comparatista jurídico fugir das questões valorativas. Por isso a recepção legislativa exige cuidadoso estudo dos fatores que determinam a transposição de um determinado instituto para outro sistema jurídico. Fatores políticos, culturais e sócio-econômicos devem ser sempre levados em consideração, o que demonstra a necessidade de estudos comparativos multidisciplinares.

## **5. AS CONCLUSÕES DOS ESTUDOS COMPARATISTAS COMO DISCURSOS POLÍTICO-VALORATIVOS: POR UMA VISÃO MAIS DEMOCRÁTICA DO DIREITO COMPARADO**

O problema da cientificidade do direito comparado não pode ser visto sob o prisma de um conceito de ciência que leve em consideração uma postura objetiva do conhecimento ou a desvinculação do saber científico dos valores. Portanto, não pretende esse trabalho responder à indagação de se o direito comparado é ou não uma ciência.

Por um lado, seria muito simples utilizar um conceito de ciência sem questionar as discussões filosóficas implementadas desde Kuhn sobre os problemas valorativos e suas influências no saber dito científico. Por outro lado, o objetivo dessa pesquisa é o de apresentar o direito comparado como um saber valorativo, sem cair na tentação de qualificá-lo ou não como ciência.

E, como visto, na medida em que essa cientificidade se identifica com neutralidade ou objetividade de conhecimento – o que levaria à noção de certeza – não se poderia considerar o saber jurídico (ou qualquer outro saber) como

científico, nem tampouco o saber jurídico comparatista, ainda mais quando a comparação será utilizada para a aplicação pelo legislador, ente político por natureza.

Ora, se assim o é, o estudo comparativo não pode ser visto como uma pesquisa neutra e objetiva, que simplesmente “demonstra” as semelhanças e diferenças entre dois ou mais institutos jurídicos. Notadamente quando o direito comparado serve à recepção legislativa, onde suas conclusões são eminentemente interpretativas, e, portanto, valorativas.

Como se viu acima, não há como se imaginar o estudioso comparatista numa redoma de vidro imune aos seus próprios interesses e condicionamentos históricos e sociais. Seu discurso é político e, como tal deve ser considerado. A legitimidade de suas conclusões não será medida pela “correspondência com a realidade” daquilo que se está a pesquisar.

Se disputas internas quanto à interpretação do direito já envolvem controvérsias intermináveis, imagine-se a comparação de dois ou mais sistemas jurídicos. Aqui, interpreta-se comparando, o que envolve – mais ainda do que num trabalho de dogmática jurídica comum – digressões sobre sociologia e política como forma de se explicar as semelhanças e diferenças entre os institutos pesquisados.

Ao se afirmar que o direito comparado é ciência, no sentido de que produz um saber “certo”, ou mesmo seguro, não se está levando em conta o já mencionado círculo hermenêutico, que impede um conhecimento simplesmente objetivo. Também se deixa de levar em consideração que o próprio conceito de ciência, desde Kuhn, já admite uma noção valorativa, mesmo nas chamadas ciências sociais.

A tentativa de dar ao direito comparado um caráter “científico”, entendendo-se como científico um saber certo e dotado de objetividade, pode comprometer um importante valor da sociedade contemporânea que é a democracia. O discurso de que o estudo comparatista é um estudo neutro e objetivo, desvinculado de juízos de valor é um discurso autoritário, antidemocrático. Afinal, que tipo de inquérito será utilizado para aferir a “certeza” ou a “verdade” de um estudo comparatista para a recepção de um instituto constitucional em um determinado país?

A deliberação política é quem vai definir – entre dois estudos comparatistas sobre o mesmo caso – qual deles é o que trará mais benesses à sociedade receptora. Jamais qualquer espécie de critério objetivo poderia ser utilizada para a escolha entre duas teorias comparatistas.

Isto porque um estudo comparatista de direito não pode se ater a meros aspectos legais em comparação do tipo: “enquanto no Brasil a pena é de X anos, na Alemanha a pena é de Y anos”. Esse tipo de estudo não é direito comparado, trata-se tão somente de comparação de legislação ou legislação comparada.<sup>51</sup>

Num estudo deste tipo realmente é complicado demonstrar a existência de valorações. Todavia, uma tal análise seria completamente desprovida de utilidade, ou, ao menos, seria pouco útil. (aqui já se percebe a presença de um termo valorativo como utilidade da teoria).

Já o estudo comparativo envolve nuances bem mais complexas. A comparação trará à baila noções sobre direitos fundamentais e divergências culturais entre os povos cujos sistemas jurídicos estão sendo analisados. Os conteúdos valorativos estarão sempre presentes na análise jurídico-comparatista.<sup>52</sup>

Se uma postura dogmática, no sentido de não discussão de critérios valorativos, já é discutível, mesmo em trabalhos do operador do direito, diante do que já se falou acima sobre a interpretação diante do círculo hermenêutico, imagine-se em uma pesquisa que é eminentemente multidisciplinar e que envolve questões políticas e éticas. O aplicador do direito emite juízos de valor, tanto quanto o estudioso comparatista.<sup>53</sup>

Tudo isso fica enaltecido quando o estudo comparatista visa à recepção legislativa. Isto porque a recepção legislativa não pode ser feita sem considerações sociológicas, políticas e valorativas sobre a viabilidade ou não da transposição de um instituto jurídico de um sistema a outro. Ao se fazer uma análise comparatista, o interesse político daquele que pesquisa ou daquele que analisará a pesquisa será determinante nas conclusões sobre as semelhanças buscadas para a aplicação de um determinado instituto em um outro sistema jurídico.

É que “ao serem recepcionados, as *instituições* ou *modelos* terão de sofrer uma *aclimatação* ou *aculturação* a fim de que possam ter *eficácia* em seu *novo habitat*. Para tal, de suma importância será a consideração dos valores sociais expressos na *Ideologia Constitucional* de cada Estado”.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> DANTAS, Ivo. “Direito comparado como ciência”. Revista de Informação Legislativa, n. 34. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 235-236.

<sup>52</sup> SOUTO, Cláudio. Da *inexistência científico-conceitual do direito comparado*. Recife, 1956, P. 104.

<sup>53</sup> Visão diferente pode ser vista em DANTAS, Ivo. “Direito comparado como ciência”. Revista de Informação Legislativa, n. 34. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 238-239.

<sup>54</sup> DANTAS, Ivo. “A recepção legislativa e os sistemas constitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*. N. 158. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 08.

No caso de recepção de institutos constitucionais a carga valorativa é ainda maior, tendo em vista a presença dos princípios constitucionais que condicionam qualquer estudo jurídico, mesmo comparatista. Esses princípios são nada mais que conceitos valorativos presentes em textos jurídico-dogmáticos, pelo que qualquer análise de direito comparado terá de enfrentá-los.

Por essas razões é que o direito comparado pode ser visto como uma ciência, no sentido de que tem métodos próprios e algo definidos, e possui uma espécie de paradigma ligado às noções da ciência jurídica. Todavia, deve ser visto como saber valorativo, jamais neutro ou objetivo. O que não quer dizer que seja um estudo relativista ou que qualquer tipo de conclusão seja “pessoal” ou de “gosto”. Os valores não são meramente internos.

A filosofia se vê hodiernamente, às voltas com o problema de, por um lado, admitir a valoração da ciência e, por outro, lidar com isto sem cair num relativismo absoluto. Nesse sentido, mesmo sabendo que os valores não podem ser redutíveis a noções físicas ou regras sintáticas bem definidas, ao invés de rejeitá-los, deve a humanidade lidar com eles num ambiente democrático e visualizá-los de forma pragmática, a já mencionada busca pela prosperidade humana.<sup>55</sup>

Uma visão distorcida acaba por influenciar a cultura ocidental de forma a que “devemos ver os cientistas como ‘em contato com a realidade externa’ e, por conseqüência, capazes de alcançarem um acordo racional por meios não disponíveis para os políticos e os poetas”.<sup>56</sup> Afirmar que o direito comparado é valorativo não acaba com a possibilidade de acordo e de decisões para os temas por ele tratados. Tão somente demonstra que referido acordo não será alcançado através de um critério neutro, objetivo, divino até, alertando para a propriedade de se ouvir o contrário e de se controlar o poder de **dizer** qual a solução que será implementada.

Assim, ao se pensar no direito comparado como um discurso político (não neutro), ter-se-á maior cuidado na apreciação de suas conclusões, permitindo-se, inclusive maior tolerância a opiniões contrárias, o que favorece uma visão democrática, notadamente quanto à recepção legislativa, forma de utilização do direito comparado que mais atinge a sociedade e o direito de um Estado.

<sup>55</sup> PUTNAM, Hilary. *Realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 214.

<sup>56</sup> RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 267.

## **6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS**

Eis o que, resumidamente, pode-se concluir da exposição acima:

6.1. A noção de círculo hermenêutico bem demonstra que o comparatista não pode ser visto como um ser neutro, que não sofre interferência de fatores sociais, políticos, culturais;

6.2. O pesquisador é humano e, como tal, dotado de uma pré-compreensão dos fenômenos, que vai guiar sua visão de mundo e filtrar a “realidade” no ato de conhecer. Desta pré-compreensão o sujeito não pode fugir, pois é condição de possibilidade da própria compreensão;

6.3. Nessa linha de raciocínio, o conceito de ciência não pode mais ser o mesmo herdado do Iluminismo. O saber científico se vê às voltas com noções claramente valorativas como simplicidade e coerência na escolha entre teorias científicas;

6.4. Isto, se não acaba, diminui a distância entre a ciência e a ética, entre o fato e o valor. A visão de fato como algo objetivo e de valor como algo subjetivo é questionada tanto pelo círculo hermenêutico, quanto pela presença de problemas valorativos nas ciências;

6.5. Seguindo a mesma trilha, tem-se que não se pode deixar de levar em conta o caráter valorativo do direito comparado, especialmente quanto ao estudo cuja finalidade é a recepção legislativa. Esta, envolvendo a passagem de um instituto jurídico de um sistema para outro, demanda pesquisas multidisciplinares, o que vem a abalar a noção de autonomia do direito comparado;

6.6. A tentativa de tornar o direito comparado um saber científico deve levar em consideração esta nova visão da ciência e situar o saber comparatista como conhecimento de enfoque ético e político, ainda mais na recepção legislativa, sob pena de o estudo não ser suficientemente abrangente;

6.7. Ao contrário do que se poderia pensar, tal atitude gnosiológica não significa um relativismo ético ou científico, pelo que se deve ter em mente que os valores são socialmente institucionalizados, não sendo descartada a constatação do que é melhor ou pior em matéria de ética ou ciência;

6.8. O que tal visão proporciona é uma postura mais tolerante no direito comparado, o que pode vir a ser muito útil nas discussões em recepção legislativa ou constitucional, já que trata de temas afetos à sociedade como um todo e que, portanto, demandam discussões políticas em um ambiente mais democrático.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BIZZOCCHI, Aldo. “Cognição: como pensamos o mundo”. *Ciência Hoje*, v. 30, n. 175. Rio de Janeiro: SBPC, 2001.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1996.
- DANTAS, Ivo. “A recepção legislativa e os sistemas constitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*. N. 158. Brasília: Senado Federal, 2003.
- \_\_\_\_\_. “Direito comparado como ciência”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 34. Brasília: Senado Federal, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DE CRUZ, Peter. *Comparative law in a changing world*. Cavendish Publishing, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2002
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: parte I*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, 1970.
- MERRYMAN, John Henry. “Modernización de la ciencia jurídica comparada”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie*. N. 46, México, 1983.
- MORIN, Edgar: *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- PACHECO Mariana Pimentel Fischer. *Subjetividade, Ética e complexidade no direito. A segurança que vem da admissão da insegurança: uma crítica à pressuposição de onipotência que subjaz as razões jurídicas*.

2004. Dissertação (Mestrado em Direito – Filosofia, Teoria e Sociologia do Direito) Universidade Federal de Pernambuco, Recife.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Direito Comparado e seu Estudo”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova Fase, Belo Horizonte, 1955.
- \_\_\_\_\_. “Direito comparado: ciência autônoma”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nova Fase, Belo Horizonte, 1952.
- PUTNAM, Hilary. *Realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, 1999.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.
- RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Esperanza o Conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do direito comparado*. Recife, 1956.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- YAZBEK, Otávio. “Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos”. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ZOHAR, Danah. *O Ser Quântico – Uma visão revolucionária da natureza humana e da consciência baseada na nova física*. São Paulo: Best Seller, 1990.



# WESTPHALIA: A PARADIGM? A DIALOG BETWEEN LAW, ART AND PHILOSOPHY OF SCIENCE

**Marcílio Toscano Franca Filho\***

*Professor*

**ABSTRACT:** It's in the Westphalia Peace Treaties which resides the “birth certificate” of the modern, national and sovereign State, base of the present democratic State and the founding moment of the contemporary international political system. The importance of those treaties is so clarifying to the understanding of the present models of State and Law that they form a real paradigm, the so-called “Westphalian Paradigm”, outlined by many writers in the fields of Law, Political Sciences and International Relations. In spite of being crucial, the “Westphalian Paradigm” has been very little studied and researched in the very Law field. The origins, implications and characteristics of the State model which is formed after the Thirty Years’ War constitute, always from the Jurisprudence point of view, the core of this paper. The article is concluded with a note about the contemporaneity of that State model referred by the Westphalia Paradigm, under the lights of KUHN’S concept of paradigm.

**KEY WORDS:** Modern State, Thirty Years’ War, Peace of Westphalia, Concept of Paradigm, Sovereignty

To the memory of Professor Guido Soares.

## 1. INTRODUCTION

The study of paradigms is what basically prepares the student for membership of the scientific community in which he/she will work later – this is what

---

\* PhD in Comparative Law (University of Coimbra, Portugal); LL.M. in International Economic Law (Federal University of Paraíba, Brazil), Professor of Political Science at the Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP, Brazil). Attorney/Prosecutor (Public Ministry at the Court of Accounts of Paraíba, Brazil). Former International Legal Adviser (United Nations Office in Timor Leste) and trainee at the European Court of Justice (Luxembourg).

the philosopher Thomas Kuhn teaches in the beginning of his classical study about the thinking and scientific revolutions<sup>1</sup>.

All the “vision of the world” (*Weltanschauung*) structuring of the modern and contemporary modes of understanding/applying Law is based on the tripod Stateness-rationality-oneness, according to which Law identifies with the rule imposed solely by the State, the only one valid, in use and effective in its territory and conceived according to principles of coherence, systematization, harmony and logic. The political-juridical category “State” is the base to the study and understanding of this model of Law that has been formed since the disintegration of the feudal world. State and Law maintain between each other a relationship of mutual interference so that Law (starting from the constitutional one) is meant to give a form, constitute or conform a given scheme of political organization of which main characteristic is the monopoly of the political-juridical power over a determined community gathered in a territory<sup>2</sup>. In the chart of relationships between State and Law, to understand one is finally understand the other and this fact gives legitimacy to the enquiry about the Westphalian juridical paradigm which is to be developed here.

A brief historical outline reveals that the notion of State which is taken today as self-evident (the constitutional and democratic State) has its remote origins in the disruption of the feudal world as from the fifteenth century. During all the Middle Ages, owing to the deep territorial fragmentation and the rural transformation experimented by feuds in Europe, (separated microcosms, agricultural, self-sufficient and autonomous), there was a weakening in the power of the kingdoms emerged from the decadence of the Western Roman Empire. Kings inherited just a formal authority of rights, while the real authority was concentrated on the hands of feudal lords, which produced a multinuclear and atomized political universe. The feudal organization consisted of a hierarchy of privileges with numerous stages: kings were only given the power over vassals and other subordinates through the feudal lord who was immediately inferior, and whose loyalty in relation to monarchs was broken with some frequency<sup>3</sup>. In this sense,

<sup>1</sup> THOMAS KUHN, A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS [*The Structure of Scientific Revolutions*] 30 (Perspectiva 1997).

<sup>2</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO [*Constitutional Law and Constitution's Theory*] 87-90 (Almedina 2002).

<sup>3</sup> HERMANN HELLER, TEORIA DO ESTADO [*State Theory*] 163 (Mestre Jou 1968).

the effective tools of administration and authority lay in the monarch's hands just marginally; in large part, these means were private property of a feudal lord. Regarding this opposition between monarchical power and local power, Georg Jellinek called it "atomization of public power"<sup>4</sup>, an almost anarchical political phenomenon which made it unique in the Middle Ages. Likewise, Buzan and Little characterized the Middle Ages as "a patchwork of overlapping and sometimes competing authorities"<sup>5</sup>.

With the increase of commercial flow in Western Europe, the development of monetary economy and credit payments, the rebirth of cities (boroughs) and the consequent development of the bourgeoisie, started the inverse process of weakening of feuds and the strengthening of feudal monarchies – a phenomenon known as "recentralization of the power". It is to be noted that the enlargement of royal domains was followed by the astonishing development of Public Administration and Finances (as in the end the permanent concentration and safety of power depended, to a great extent, on well-paid and loyal civil servants and soldiers) and by the stimulation of a growing national sentiment, a psychological sympathy found in the identification of men from the kingdom by the similarity of idiom, habits, traditions and a common historical past (in terms of fights against feudal lords).

The bourgeoisie had an outstanding role in the construction of this nation-state. It was driven mainly to commercial activity, to which the feudal world's decentralization (made true by the variety of currencies, taxes, rules for tributes, tolls, measuring systems, customs rules etc.) was of no interest. To expand its mercantile activities the bourgeoisie needed a unified market with minor transaction costs and this would only be possible under the strong and centralized authority of a king. It was due to the alliance with the newly-born bourgeoisie, who lent their money and human resources (to form armies and then bureaucracy) and good ideas (Humanism, Renaissance and Protestant Reformation), that the royalty managed to re-conquer territories and concentrate political power. Since then, in the best syntheses of Buzan & Little, there came to exist significant symbiosis in which "holders of capital provide financial resources for the state, while the holders of coercion allow capital a significant role in government"<sup>6</sup>. The idea

---

<sup>4</sup> GEORG JELLINEK, *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO [General State Theory]* 315 (Comares, 2000).

<sup>5</sup> BARRY BUZAN & RICHARD LITTLE, *INTERNATIONAL SYSTEMS IN WORLD HISTORY: REMAKING THE STUDY OF INTERNATIONAL RELATIONS* 244 (Oxford University Press 2000).

<sup>6</sup> BARRY BUZAN & RICHARD LITTLE, *INTERNATIONAL SYSTEMS IN WORLD HISTORY: REMAKING THE STUDY OF INTERNATIONAL RELATIONS* 246 (Oxford University Press 2000).

of sovereignty appeared quite simultaneously to the strengthening of this nation-state through the fight of monarchy to impose their authority onto feudal lords (internal sovereignty) and emancipate themselves from the authority of the Pope as well as the Emperor of the Holy Roman Empire (external sovereignty). As a consequence, the interstate borders – marking geographical limits of political power – became securely guarded.

To many authors, the first time that juridical equality between states was solemnly stated was in the aftermath of the Thirty Years' War (1618-1648), in the Westphalia Peace Treaties, that represented at the same time the beginning of modern international society established in a system of states and “the plain affirmation of the statement of absolute independence of the different state orders”<sup>7</sup>. In fact, under a Eurocentric conception of history of political ideas (which envisages England as an isolated island and Iberia as Maghreb, north of Africa), the modern state appears with the Westphalia Peace Treaties. However, in another conception, a broader one, the modern nation-state (under the form of absolute monarchy) emerged long before, exactly in Iberia and England<sup>8</sup>. In fact, the nation-state appears long before the Westphalia Peace Treaties. Nevertheless, it is in these documents which lies the “birth certificate” of the modern sovereignty nation-state – base of the present democratic state and “founding moment” of the international political system. Far beyond this merely formal aspect, the importance of the Westphalia Peace Treaties is so great to the understanding of the notion of state that Professor Roland Mousnier, describing the 16th and 17th centuries in the *General History of the Civilizations* organized by Maurice Crouzet, asserts that those treaties symbolized a real “constitution of the new Europe”<sup>9</sup>, a multifarious Europe, plural and very distant from the religious unit of Christianity, from the political unit of the Holy Roman Empire and from the economical unit of the feud.

Before the Thirty-Years' War the European political order was the amalgam of the traditions of the Roman Empire and the Catholic Church. The world was heaven's mirror. One only God reigned in heaven, and so just one Emperor

<sup>7</sup> PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, DERECHO CONSTITUCIONAL [*Constitutional Law*] 121-122 (Tecnos 1965).

<sup>8</sup> José Roberto Franco da Fonseca, *Geopolítica e Direito Internacional* [*Geopolitics and International Law*], 91 REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO 315, 316 (1996).

<sup>9</sup> Roland Mousnier, Os Séculos XVI e XVII [*Centuries XVI and XVII*], in HISTÓRIA GERAL DAS CIVILIZAÇÕES [*General History Of The Civilizations*] IV/1 302 (Maurice Crouzet, ed., 1973).

should be the lord in the secular world and just one Pope should rule the universal church<sup>10</sup>. In this same line of a monolithic religious and political thinking both Truyol y Serra<sup>11</sup> and Machado<sup>12</sup> speak of a “Res Publica Christiana”, Augustinian-based and valid in the whole Europe.

The symbolic character of the Westphalia Peace Treaties is undeniable and can be estimated by innumerable and multidisciplinary references to a “westphalian” or “post-westphalian” model of State or of international relations. The political, juridical, geographical, religious, and philosophical outcomes of the Westphalia Peace Treaties induced many State and Law scholars to speak of a “Westphalian paradigm” to designate a standard, a parameter or a model of State which became an absolute reference as from the 17th century. A paradigm is, according to Fourez<sup>13</sup>, a mental structure, conscious or not, that is useful to classify the world and approach it. In other words, paradigms are the key theories, instruments, values and metaphysical assumptions that comprise a disciplinary matrix. The concept of state that emerges from the Westphalia Peace Treaties reaches this status of fundamentality and reference to the understanding of the world which occurs after it, and taking it as a paradigm would be no great orthodoxy<sup>14</sup>. References to the centrality of the Westphalian profile of State date back at least to the middle 19th century in important authors of International Law, as Beaulac<sup>15</sup> asserts. With undoubted legitimacy, Professor Leo Gross, in a referential text which marks the three-hundredth anniversary of those peace treaties, emphasises that “the Peace of Westphalia, for better or worse, marks the end of an epoch and the opening of another. It represents the majestic portal which leads from the old to the new world”<sup>16</sup>. In the same direction, Harding &

<sup>10</sup> HENRY KISSINGER, *DIPLOMACIA [Diplomacy]* 57 (Francisco Alves 1999).

<sup>11</sup> ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *LA SOCIEDAD INTERNACIONAL [The International Society]* 57 (Alianza 1974).

<sup>12</sup> JÓNATAS MACHADO, *DIREITO INTERNACIONAL: DO PARADIGMA CLÁSSICO AO PÓS-11 DE SETEMBRO [International Law: from the Classic Paradigm to the Post-September 11th]* 46-50 (Coimbra Editora 2003).

<sup>13</sup> GÉRARD FOUREZ, *A CONSTRUÇÃO DAS CIÊNCIAS [The Construction of Sciences]* 103 (Editora UNESP 1995).

<sup>14</sup> Stéphane Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* 2 *JOURNAL OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW* 148, 148 (2000).

<sup>15</sup> Stéphane Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* 2 *JOURNAL OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW* 148, 148 (2000).

<sup>16</sup> Leo Gross, *The Peace of Westphalia, 1648-1948*. 42 *THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 20, 28 (1942).

Lim points out that “undoubtedly, there was a pre-Westphalian system (see e.g. Nussbaum, Verdross, Ago) (...) which somehow was supplanted”<sup>17</sup>.

Despite being central to the understanding of modern and contemporary sceneries, the Westphalian paradigm has occupied very few times the core of papers in the world of legal writings – especially in Latin America. Related reports are found in sciences akin to Law and almost always, as support for other historical studies. The origins, the implications and characteristics, and present content of the Westphalian paradigm, from the Law point of view, are the core of the work here presented. It is important to retain that the deep implications of the Westphalia Peace Treaties, established three hundred and fifty years ago transcend the legal world to reach to the rim of international relations, sociology, economy, philosophy etc. The investigation which follows is circumscribed to the objects of law dogmatic, in general, and the constitutional dogmatic, in particular.

## **2. HISTORICAL ENVIRONMENT: FROM THE THIRTY YEARS’ WAR TO THE PEACE OF WESTPHALIA**

The Thirty Years’ War represented a titanic conflict between the rival dynasties of Bourbon (from France) and Hapsburg (lords of Spain and of the Holy Roman Empire, with territories in Austria, Bohemia, the Netherlands, Bavaria, Flanders, north of Italy, Belgium and Hungary) for the domain of continental Europe. Few military conflicts, from the beginning of History, will have somehow caused such disgrace to the civilian population. It is estimated that at least half of the German and Bohemian people lost their lives due to starvation, diseases and brutal attacks from soldiers bent on pillage. The armies from both sides looted, tortured, killed and set fire to everything transforming entire regions in great deserts<sup>18</sup>. The violence of the Thirty Years’ War was particularly intense in the German territories where pain molded all the German baroque literature in the seventeenth century. Never was any country submitted to such a cruel and systematic devastation, having its population, in certain regions, reduced to the tenth part and all their moral and material values destroyed. It was the greatest catastrophe of the German people: the country came out of it extremely pauper, un-

---

<sup>17</sup> CHRISTOPHER HARDING & C. L. LIM (eds.), *RENEGOTIATING WESTPHALIA: ESSAYS AND COMMENTARY ON THE EUROPEAN AND CONCEPTUAL FOUNDATIONS OF MODERN INTERNATIONAL LAW* 6 (Martinus Nijhoff 1999).

<sup>18</sup> EDWARD MCNALL BURNS, *HISTÓRIA DA CIVILIZAÇÃO OCIDENTAL [History of the Western Civilization]* I, 538 (Globo 1981).

developed and politically divided into small principedoms, ruled in the north by mean Lutheran rulers and in the south by neglectful Catholic prelates, while in the few larger States absolutism was established in the French way<sup>19</sup>. Andreas Gryphius, the greatest name in German baroque poetry, portrayed with unique crudity the long pain of war in the sonnet “*Thränen des Vatterlandes*” (“*Homeland Tears*”), of 1636.

In the roots of war there is a religious conflict derived from the intolerance between Catholics and Protestants. In fact, the religious coexistence of Catholics and Protestants was a problem within the States as well as among them<sup>20</sup>, even though nationalism, still being elaborated in the 17th century, would play a much less relevant role than the one in the wars of nineteenth and twentieth century<sup>21</sup>. The Protestant Reform, breaking the Catholic religious unit in Medieval Europe, provided the base from where later flourished the Thirty Years’ War and the Peace of Westphalia. Schiller, the great poet who, along with Goethe, gives prestige to German romanticism, starts his unsurpassable “*Histoire de la Guerre de Trente Ans*” mentioning that “*depuis l’époque où la guerre de religion commença en Allemagne, jusqu’à la paix de Münster, on ne voit presque rien de grand et de remarquable arriver dans le monde politique de l’Europe, sans que la Réforme y ait contribué de la manière la plus importante*”<sup>22</sup>.

It is necessary to bear in mind that once extinct the Carolingian dynasty, around 911 AD, the dukes of Franconia, Saxony, Swabia, and Bavaria founded the German kingdom, a monarchy in which the king was one of the dukes and elected by the others – therefore, an elective monarchy. In the year 936 AD the reign of Otto I starts. His victory over the Hungarians in 955 AD brought him enormous prestige and the Pope John XII, whom the German monarch protected, pronounced him Holy Emperor in 962 AD, with the title of *Imperator Romanorum* (“Emperor of the Romans”). And so was founded the Holy Roman

---

<sup>19</sup> OTTO MARIA CARPEAUX, A LITERATURA ALEMÃ [*The German Literature*] 29 (Cultrix 1964).

<sup>20</sup> G. Östreich, *Problemas Estruturais do Absolutismo Europeu* [*Structural Problems of the European Absolutism*] in PODER E INSTITUIÇÕES NA EUROPA DO ANTIGO REGIME [*Power and Institutions in the Europe of the Old Regimen*] 192 (António Manuel Hespanha ed., Fundação Calouste Gulbenkian 1984).

<sup>21</sup> EDWARD MCNALL BURNS, HISTÓRIA DA CIVILIZAÇÃO OCIDENTAL [*History of the Western Civilization*] I, 537 (Globo 1981).

<sup>22</sup> SCHILLER, HISTOIRE DE LA GUERRE DE TRENTE ANS [*History of the Thirty Years’ War*] I, 1 (Lenormant 1803).

Empire<sup>23</sup>, a fusion between the German monarchy with what was spared of the Roman Empire. Its main characteristic was the fact that once anointed Holy Emperor by the Pope in Rome, the German elected monarch became the temporal chief of the Christendom, being respected and obeyed as such by all the other noblemen of the continent – a clear prototypical manifestation of the European “supranationality” of the second half of the twentieth century.

In thesis, the temporal power of the Holy Empire was universal, while, parallel to it, the spiritual power of the Pope remained unique, unquestioned and also universal. As H. Kissinger puts it, differently from a Pharaoh or a Caesar, the Holy Roman Emperor didn't appear to have any divine attributes, escaping from him the powers to interfere with ecclesiastical nominations, for instance<sup>24</sup>. However, not even the relations between these two great European authorities (the spiritual and the mundane) were peaceful<sup>25</sup>.

In the beginning, the subjection of noblemen to the Emperor of the Holy Empire was just nominal (formal) and princes did what they judged legal, free from Imperial interference. From the 15th century on, however, the political ability and the warlike force of the Hapsburgs, permanently aspiring to the Imperial Catholic crown, empowered the Holy Emperor with respectability and authority and made him be feared. In this way, as from 1438, the Imperial crown became hereditary among the Hapsburgs, though formally it still remained elective. They feared it could be taken by others<sup>26</sup>. Since the formation of the Holy Empire, the “electoral college” for the choice of the Emperor varied according to circumstantial alliances, battles and quarrels, though from 1356 on, with the edition of the so-called “Golden Bull” (*Bulla Aurea*), by the Emperor Charles IV, the choice of the Emperor of the Holy Roman Empire went to the hands of seven permanent electors: the Archbishops of Cologne, Mainz and Trier, the King of Bohemia, the Count Palatine of the Rhine, the Duke of Saxony and the Margrave of Branden-

<sup>23</sup> Also called *Sacred Roman Empire of the German Nation*, *Sacrum Romanum Imperium*, *Heiliges Romisches Reich Deutscher Nation*, or still *I Reich*.

<sup>24</sup> HENRY KISSINGER, *DIPLOMACIA* [*Diplomacy*] 58 (Francisco Alves 1999).

<sup>25</sup> Stéphane Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* 2 *JOURNAL OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW* 148, 153-160 (2000).

<sup>26</sup> ARNO KAPPLER, *TATSACHEN ÜBER DEUTSCHLAND* [*Facts on Germany*] 13 (Societäts-Verlag 1996).

burg<sup>27</sup>. With the Lutheran Reform, the confrontation among the Catholic electors and noblemen against the Protestant electors and noblemen became inevitable, all of them aspiring to the imperial crown – whose functions included the defence of Catholicism and the Pope. All these vectors of holy and profane powers transformed the Holy Roman Empire into a scenery of internal and external rivalry. As Voltaire once said, the Holy Empire was never holy, not even Roman and never a truly Empire<sup>28</sup>.

The first battles related to the Thirty Years' War started in 1618, when the Hapsburgs from Austria – “natural” protectors of Christendom - fought against the infidels or heretics, encouraged by the victories of the Catholic Counter Reform – the Hapsburgs, in an attempt to enlarge their domains in Central Europe and limit freedom of religion of Protestants. Such behavior disgusted many Protestant noblemen from the area of today's Germany and started an insurrection in Bohemia (the Czech Republic today) where there were mass conversions into Calvinist Protestantism after the Protestant Reformation took place along the previous century. Local noblemen, revolted with the attitude of the Catholic Emperors from Vienna against the Protestants of the region, had organized themselves in 1608 around the Protestant Union (an armed alliance to defend the Princes and Protestant cities, led by the Palatinate elector) in opposition to the Catholic League, headed by Duke Maximilian I, the Duke of Bavaria, formed shortly afterwards (1609)<sup>29</sup>. The common perception among German Protestants was that the Emperor of the Holy Empire was no more than a tyrant from Vienna associated to the decadent papacy<sup>30</sup>.

The lack of satisfaction in Bohemia came to its climax when, in the morning of May 23rd, 1618, a group of protestant noblemen invaded the *Hradschin* Castle, where the representatives of the Austrian Catholic government in Prague were, and made two of them jump off windows as an answer to the destruction

---

<sup>27</sup> The Duke of Saxony and the Marquise of Brandenburg became usually known later as the “Prince Elector of Saxony” and the “Prince Elector of Brandenburg”, respectively. The Count Palatine of the Rhine was called the “Palatine Elector”. Given to his ordering character and fundamental imperial politics, the *Bulla Aurea* is seen as a true constitutional norm of the Holy Roman Empire.

<sup>28</sup> *Apud* Stéphane Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* 2 JOURNAL OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW 148, 169 (2000).

<sup>29</sup> Andréas Osiander, *Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth*. 2 INTERNATIONAL ORGANISATION. 251, 253 (2001).

<sup>30</sup> HENRY KISSINGER, *DIPLOMACIA [Diplomacy]* 59 (Francisco Alves 1999).

of the Lutheran churches under the orders of Vienna<sup>31</sup>. Though the rebels had intended to kill their victims (the Catholic noblemen William Slawata and Jaroslav Martinitz), both of them escaped miraculously to inform, personally, the Courts in Vienna what had happened<sup>32</sup>. This episode – which was registered in History as the “defenestration of Prague” – led to the refusal of the Evangelical league to accept the election of the radical Catholic Prince, Ferdinand II, Archduke of Austria (a Hapsburg) and a pupil of the Jesuits, as Emperor of the Holy Roman Empire. The religious fanaticism of Ferdinand II, for whom the state existed only to serve religion, could be measured by the words of his confident counsellor Gaspar Scioppius: “*unfortunate is the king who ignores the voice of God begging him to kill the heretics. You should not make war for yourselves but for God (Bellum non tuum, sed Dei esse statuas)*”<sup>33</sup>. By this time, the Protestant Union had made the new king of Bohemia, Frederic V, the calvinist Prince elector from the prosperous Palatinate region<sup>34</sup>, simultaneously proclaimed independent of the Austrian domain. With the overtaking of the crown of Bohemia – whose king was one of the seven electors of the Sacred Emperor, according to the *Bulla Aurea* – the protestants managed to get an eventual majority of votes sufficient to elect for the first time a non-catholic Holy Emperor.

From that incident, apparently local and restricted to Bohemia, with the “defenestration of Prague”, the conflict spread to all of Europe, transforming it into the first war of really European proportions in history. The success of the Austrian Hapsburgs and Ferdinand II in regaining the domain of Bohemia, and suffocating the revolution, eliminating the religious freedom and punishing Ferdinand V – the taking of all his territories in the Rhine Valley and transferring his right as Prince Elector to the Duke of Bavaria – depended to a large extent on the help they had requested from Spain (also ruled by the House of Hapsburg), from Poland and from several German catholic noblemen (specially the Duke Maximilliam from Bavaria) to defeat the rebellious protestants. By November 1620 Ferdinand II had already re-conquered the capital of Bohemia and expelled Ferdinand V, nicknamed “king for a winter”. Such facts – besides the ruin

<sup>31</sup> ROBERT BIRELEY, *THE JESUITS AND THE THIRTY YEARS WAR I* (Cambridge University Press 2003).

<sup>32</sup> J. P. COOPER (ed.), *THE NEW CAMBRIDGE MODERN HISTORY: THE DECLINE OF SPAIN AND THE THIRTY YEARS WAR, IV*, 308 (Cambridge University Press 1970).

<sup>33</sup> *Apud* HENRY KISSINGER, *DIPLOMACIA [Diplomacy]* 62 (Francisco Alves 1999).

<sup>34</sup> The Palatinate was a German region around the university city of Heidelberg, its capital.

and poverty left in Bohemia and in the Palatinate region by the troops loyal to the Holy catholic Emperor<sup>35</sup> – brought to fight other European protestant governments such as other German Princes, the king Christian IV from Denmark and king Gustaf Adolf from Sweden, all of them expansionist, non-catholic and anti-Imperialist. These two last had the hope to reunite territories north of continental Europe and wished to balance the power of religious base, so they fought violent wars, without success, with the troops of the Catholic League in the fields on the German side of the Baltic Sea.

In 1629, to aggravate the political crisis, the Holy Emperor Ferdinand II imposed upon the Germans the “Edit of Restitution”, an imperial act that annulled all protestant titles over catholic properties effective from 1555 and put the expropriate lands at the Emperor’s and his allies’ will. By doing so, Ferdinand II intended to pay part of his moral and financial debt to the catholic noblemen who had helped him to regain Bohemia and keep the Danish and Swedish temporarily apart. For the first time an Imperial act had force of law, directly enforced in the territories of the Princes, backed by the Emperor’s private army led by the competent condottiere Wallenstein<sup>36</sup>. Within this scenery of continuous strengthening, the Imperial power became a monarchic power and the Emperor for Europe, a great danger<sup>37</sup>.

This danger wouldn’t be neglected to the west of the river Rhine, in a way that, in 1630, the Teutonic protestants gain an enormous and continuous financial support from the French (catholic) in the fights against the neighbors Hapsburgs (also catholic), starting a new phase of the conflict. On this occasion starts the multi-centurial French battle for the fragmentation and dispersion of the German

---

<sup>35</sup> The humiliation imposed to the Palatinate region had its climax when the Catholic king Maximilliam of Bavaria sent part of the library of the University of Heidelberg to the Vatican, where it still is according to J. P. COOPER (ed.), *THE NEW CAMBRIDGE MODERN HISTORY: THE DECLINE OF SPAIN AND THE THIRTY YEARS WAR*, IV, 317 (Cambridge University Press 1970).

<sup>36</sup> Roland Mousnier, *Os Séculos XVI e XVII [Centuries XVI and XVII]*, in *HISTÓRIA GERAL DAS CIVILIZAÇÕES [General History Of The Civilizations]* IV/1 199 (Maurice Crouzet, ed., 1973). The condottieri were mercenaries that recruited, commanded, supplied and paid the private armed forces and whose appearing happens in the Italian peninsula in the fourteenth century – PHILIP BOBBITT, *A GUERRA E A PAZ NA HISTÓRIA MODERNA [The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History]* 75 (Campus 2003). The troops commanded by the *nouveau riche* Albrecht von Wallenstein gave the Emperor Frederic II a greater freedom in relation to the Duke Maximilliam of Bavaria of whom depended militarily in a higher degree - Andréas Osiander, *Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth*. 2 INTERNATIONAL ORGANISATION. 251, 256 (2001).

<sup>37</sup> Roland Mousnier, *Os Séculos XVI e XVII [Centuries XVI and XVII]*, in *HISTÓRIA GERAL DAS CIVILIZAÇÕES [General History Of The Civilizations]* IV/1 200 (Maurice Crouzet, ed., 1973).

people and the war loses its religious character (catholics *versus* protestants) to become a geopolitical conflict between the rival houses of Bourbons and Hapsburg for the domain of the European Continent. Under an ideological perspective, it's possible to identify now a sharp confrontation between two antagonistic visions of the world: (1<sup>st</sup>) a turn into the past, incarnated in the Holy Roman Empire, representative of the catholic medieval universalism and of the preeminence of the Holy Emperor and another (2<sup>nd</sup>) towards the future, the French one, with a radical argument of freedom, equality and fraternity among all the States.

A geopolitical reading of the Thirty Years' War points to a direction which to France – a Bourbon “island” surrounded by Hapsburgs' territories in Iberia and in the long corridor between the north of Italy and the Netherlands – a victory of Vienna would certainly mean being relegated to a peripheral position in European politics.

Still in this same perspective, France becomes radical in its position and, in spite of being catholic, intervenes directly in the conflict as from 1634 on behalf of Protestants. Thus, France leaves aside the secret financial support to enter in an open war against the Holy Empire. It is sufficient for the Spanish crown, the Madrid branch of the Hapsburgs, respond to the war declaration from the French. It must be mentioned that an unrest of religious and nationalist nature was in course by this time in the Spanish provinces situated in the Netherlands against the Hapsburgs of Madrid – the United Provinces of Holland constituted a Spanish possession. Spain then, viewed France as a natural ally of the revolted Netherlanders, Protestants, and an enemy of the Hapsburgs in Europe<sup>38</sup>.

In the course of this conflict, the Swedish led by King Gustaf Adolf won several battles against the troops of Ferdinand II in numerous parts of the Holy Empire and managed to round the Austrian Prague. After innumerable victories in German territory, the French army came to siege Vienna. Rebellions in Portugal, Catalonia and in Naples weakened the Spanish power, whose fleet was heavily attacked by the Dutch in British waters. It was up to Cardinal Richelieu, the powerful prime minister of Louis XIII, and to Cardinal Mazarino (after Richelieu's death in 1643) to conduct France and its allies to great victories until Austria asked for a truce. By that time, Richelieu's pragmatism was so great that the Cardinal had made an alliance with the “infidel” Turkish Ottomans so that they could check out the borders to the east of Austria and then deflect the Austrian

---

<sup>38</sup> PHILIP BOBBITT, A GUERRA E A PAZ NA HISTÓRIA MODERNA [*The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*] 101-102 (Campus 2003).

attention and the resources from Vienna from the west battle front<sup>39</sup>. Richelieu's justification was very objective: "a king who sacrificed his state to his faith was exposing himself to losing both"<sup>40</sup>.

The peace conferences which resulted in the Westphalia Treaties started in fact on December 4th, 1644 as a truly European congress – though informal negotiations already existed since 1641 in Hamburg<sup>41</sup>. Complex negotiations (starting by protocol questions) extended for about four long years. It would be the first time in which the treaties would put an end to wars in Europe.

Through the Westphalia Treaties – precisely the *Instrumentum Pacis Monasteriense* and the *Instrumentum Pacis Osnabrugense*, both concluded in Latin on October 24th, 1648 in the cities of Münster, catholic, and Osnabrück, Lutheran – considerable territorial conquests were guaranteed to the French (incorporation of the Alsatia and of the Bishoprics of Metz, Toul and Verdun) and German territories were conceded to Sweden. The independence of Switzerland and Holland<sup>42</sup> from the Holy Empire was recognized and Catholicism and Protestantism (Lutherans and Calvinists) were declared confessions with identical rights. Through the Westphalia Treaties, the Holy Roman Empire was reduced to a mere fiction as each German Prince elector was given the very same rights of Sovereignty. Barriers to commerce were abolished and a long period of relative balance of power in Europe started. It is said "relative" because there was undeniable French prominence in the European policy of the XVII century<sup>43</sup>. However, this Gallic prestige was far from having the same force of the "Iberic era" that took over international politics long before the discovery of America.

With the celebration of the Peace of Westphalia each Prince elector started to have the power to declare war, to sign peace treaties, establish alliances

---

<sup>39</sup> PHILIP BOBBITT, A GUERRA E A PAZ NA HISTÓRIA MODERNA [*The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*] 103 (Campus 2003).

<sup>40</sup> Paul Sonnino, From *D'Avaux to Dévot: Politics and Religion in the Thirty Years War*. 286 HISTORY 192, 194 (2002).

<sup>41</sup> Alfred-Maurice de Zayas, Peace of Westphalia (1648), in ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 537 (Rudolf Bernhardt, ed., 1984).

<sup>42</sup> A little before, on May 15th, 1648 also in the city of Münster, a specific treaty between Spain and the Netherlands put an end to eighty years of conflict for the independence of these last ones to Madrid.

<sup>43</sup> JACQUES DROZ, HISTOIRE DIPLOMATIQUE – DE 1648 À 1919 [*Diplomatic History – from 1648 to 1919*] 19 (Daloz 1972).

with other potencies and govern their respective States as they fancied. Such facilities resumed the *jus foederationis*<sup>44</sup>, of capital importance to the contemporary constitutional engineering. Though still existent, the Holy Empire turned basically into a deliberative stage<sup>45</sup>. Once reached the autonomy of the Princes in relation to the Emperor, the fragmentation of the Holy Roman Empire was inevitable, as it was constituted by an amalgam of more than three hundred sovereign territories with no national sentiment (counties, landgraviates, margraviates, duchy archbishoprics, bishoprics, abbeys, free cities and minor domains of knights of the Empire<sup>46</sup>). So, the Holy Roman Empire maintained just a façade of unity until being definitely dissolved by Napoleon Bonaparte in 1806, when Emperor Francis II renounced the imperial crown. The German fragmentation pulverized the power of the Hapsburg from Vienna and made possible for the dynasty of the Hohenzollern, based in Prussia and in Brandenburg, to receive the territories to the north of the Holy Empire and begin its policy of great rivalry with “the Austrias”<sup>47</sup>. This Hohenzollern’s strategy would be most significant when the constitution of the German Customs Union (*Zollverein*) was elaborated by the initiative of the Prussians in the 19<sup>th</sup> century.

Both the cities of Münster and Osnabrück, 50 kilometers away, are situated in the Westphalia (an area located northwest of present Germany). That is why this region’s name was given to those famous treaties. In catholic Münster, the representative of the Holy Empire negotiated with France and its Catholic allies, while in protestant Osnabrück, the Ambassadors from the Holy Empire met Sweden, the German Princes and their Protestant allies<sup>48</sup>. The presence of the German Princes at the signature of the treaty, by the way, was part of the French-Swedish strategy to weaken the position of the Holy Emperor.

Each of the two treaties took the form of a bilateral agreement as the multilateral treaties practice was not conceived yet. It is estimated that around

<sup>44</sup> ANTONIO CASSESE, *INTERNATIONAL LAW* 21 (Oxford University Press 2001).

<sup>45</sup> Daniel Philpott, *Westphalia, Authority and International Society*. 47 *POLITICAL STUDIES*. 566, 581 (1999).

<sup>46</sup> Roland Mousnier, *Os Séculos XVI e XVII [Centuries XVI and XVII]*, in *HISTÓRIA GERAL DAS CIVILIZAÇÕES [General History Of The Civilizations]* IV/1 199 (Maurice Crouzet, ed., 1973).

<sup>47</sup> DEMÉTRIO MAGNOLI, *RELAÇÕES INTERNACIONAIS: TEORIA E HISTÓRIA [International Relations: Theory and History]* 36 (Saraiva 2004).

<sup>48</sup> Stéphane Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* 2 *JOURNAL OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW* 148, 163 (2000).

three hundred representatives signed the two treaties. Members of all political forces in Europe were present, with the exception of Russia, England, Turkey and the Pope, whose Catholicism was weakened and defeated. The Catholic Church acted as mediator and just in Münster<sup>49</sup>. The powerful Pope Innocence X<sup>50</sup> protested firmly against the treaties, stating, in his *Bulla Zelo Domus Dei*, of November 26<sup>th</sup>, 1648, that the Peace of Westphalia was null, invalid, injurious, condemnable, inane and destitute of any significance and effect for ever more<sup>51</sup>. In spite of this personal reading from Pope Innocence X about the little worthiness of the Westphalia Peace treaties, his representative, who followed very closely all the Conference of Peace, Monsignor Fabio Chigi, would later become Pope Alexander VII, certainly for getting to know the new reality of the continental politics outlined in Westphalia as few would.

The quantity of intervening actors, the complexity of the interests involved in the negotiations of peace and the logistics difficulties intrinsic to the multiplicity of idioms plus the distance between the two cities resulted in a much more sophisticated and exhausting treaty from the perspective of the bilateral acts commonly put into effect until then<sup>52</sup>.

### **3. JURIDICAL CONSEQUENCES OF PEACE: THE CORE OF THE WESTPHALIAN PARADIGM**

From the point of view of Law there were two great legacies from the Peace of Westphalia: the consolidation of religious freedom (associated with the secularization of the State) and the formal affirmation of State sovereignty (associated to the “reason of State”)<sup>53</sup>. In other words, secularization, centralization

---

<sup>49</sup> J. P. COOPER (ed.), *THE NEW CAMBRIDGE MODERN HISTORY: THE DECLINE OF SPAIN AND THE THIRTY YEARS WAR*, IV, 352 (Cambridge University Press 1970).

<sup>50</sup> Former owner of the *Pallazo Doria Pamphilj*, where the Embassy of Brazil is today in Rome.

<sup>51</sup> PHILIP BOBBITT, *A GUERRA E A PAZ NA HISTÓRIA MODERNA [The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History]* 108 (Campus 2003).

<sup>52</sup> David Parrott, *The Peace of Westphalia*. 8 *JOURNAL OF EARLY MODERN HISTORY* 153, 153 (2004).

<sup>53</sup> The religious dimension of Westphalia though went past unnoticed in the analysis made by Richard Falk for whom the Westphalian model is only the “*state centric, sovereignty-oriented, territorially bounded global order*” - Richard Falk, *Revisiting Westphalia, Discovering Post-westphalia*. 4 *THE JOURNAL OF ETHICS* 311, 312 (2002). On the other side, that religious aspect is affirmed by MEINHARD SCHRÖDER (ed.), *350 JAHRE WESTFÄLISCHER FRIEDE [350 years of Peace of Westphalia]* (Duncker & Humblot 1999).

and nationalization occupied a privileged place in the description of the new Westphalian world that has been built from then. If, on one hand, it is true that such conquests derived from a long strive of European kings and noblemen dating back to the period prior to the Protestant Reformation, it is also true that it was the Westphalia Peace Treaties which formally consolidated such conquests for the first time with a truly European Constitution – the *constitutio Westphalica*<sup>54</sup>. This new constitution made up a set of norms, mutually established, which sought to define who would be the holders of authority in the European International scenery and which rules were necessary to become one of these actors and which were the prerogatives<sup>55</sup> – a whole new world order, though.

The trinity of dimensions of modern state (secularization, centralization and nationalization) is also a unity-trinity because it is ultimately the sovereign, strong and centralized Nation-State the greatest creditor of the inter-confessional peace and religious freedom. “*Der staat war Freiheitsgarant und Friedensstifter*”, sentenced Gehard Robbers<sup>56</sup>.

As to the religious aspect it is easy to verify that until then the population had to follow compulsorily the belief of their Prince<sup>57</sup>. Nevertheless, the peace treaties from 1648 abolished this in a way that the reasons of politics did not identify any more with religious reasons. In fact, Article IV, # 19 of the *Instrumentum Pacis Osnabrugensis* and Paragraph 27 of the *Instrumentum Pacis Monasteriensis* use the same words to affirm the principle of religious tolerance: “[...] and that it shall be allowable for others who are willing to embrace the Exercise of the Augsburg Confession, to practise it, as well publickly in the Churches at set Hours, as in private in their own Houses, or other Pla-

<sup>54</sup> JACQUES DROZ, HISTOIRE DIPLOMATIQUE – DE 1648 À 1919 [*Diplomatic History – from 1648 to 1919*] 9 (Daloz 1972); Stéphane Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* 2 JOURNAL OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW 148, 162 (2000).

<sup>55</sup> Daniel Philpott, Westphalia, Authority and International Society. 47 POLITICAL STUDIES. 566, 567 (1999).

<sup>56</sup> “*The State was guarantor of the liberty and founder of the peace*” – Gehard Robbers, *Religionrechtliche Gehalte des Westfälischen Friedens – Wurzeln und Wirkungen* [*Religion-legal Contents of the Westphalian Peace - Roots and Effects*] in 350 JAHRE WESTFÄLISCHER FRIEDE [350 years of Peace of Westphalia] 73 (Meinhard Schröder ed., Duncker & Humblot 1999).

<sup>57</sup> “*Cuius regio eius religio*” is a phrase in Latin that means “*whose the region is, his religion*”. It was with the “Augsburg peace” (1555) in the sequence of the protestant reform, that the territorial princes of Germany got the right to determine the official religion of their subjects - Leo Gross, *The Peace of Westphalia, 1648-1948*. 42 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 20, 22 (1942). By this time 4/5 of the German population was protestant.)

*ces appointed for that end by their Ministers of the Divine Word, or by those of their Neighbours*”<sup>58</sup>. The preservation of this religious freedom is a mark in the beginning of a long way towards the protection of fundamental rights. On the other hand, once finished the religious and political universality of the Middle Ages, the Empire and the Papacy could not intervene in the internal matters of kingdoms and princedoms any more. As to the more mundane aspect of this question, §65 of the *Instrumentum Pacis Monasteriensis* and article VIII, # 4 of the *Instrumentum Pacis Osnabrugensis* affirm: “*That as well at general as particular Diets, the free Towns, and other States of the Empire, shall have decisive Votes; they shall, without molestation, keep their Regales, Customs, annual Revenues, Libertys, Privileges to confiscate, to raise Taxes, and other Rights, lawfully obtain’d from the Emperor and Empire, or enjoy’d long before these Commotions, with a full Jurisdiction within the inclosure of their Walls, and their Territorys: making void at the same time, annulling and for the future prohibiting all Things, which by Reprisals, Arrests, stopping of Passages, and other prejudicial Acts, either during the War, under what pretext soever they have been done and attempted hitherto by private Authority, or may hereafter without any preceding formality of Right be enterpris’d. As for the rest, all laudable Customs of the sacred Roman Empire, the fundamental Constitutions and Laws, shall for the future be strictly observ’d; all the Confusions which time War have, or could introduce, being remov’d and laid aside*”.<sup>59</sup>

After Westphalia the Holy Roman Empire’s ability to enforce its ecclesiastical and political hegemony was virtually destroyed. With the collapse of the universal unit of the Holy Roman Empire and the Catholic Church, each state could promote its own interests. To complete this idea, the State welfare, a *raison d’État*, gave legitimacy to the means to reach it. A concept of sovereignty that frees the king or prince, simultaneously, of superior political domains (the Papacy and the Empire), equal ones (other royalties) and inferiors ones (feudal barons) starts then, what precisely had characterized all national and internatio-

---

<sup>58</sup> From the available English version in [www.pax-westphalica.de](http://www.pax-westphalica.de), official site of the project *Acta Pacis Westphalicae* which congregates part of the research work directed by Professor Dr. Konrad Repgen. That extensive research led by Professor Repgen represent, in the words of David Parrot, “surely one of the most impressive historical projects of the last two centuries” - David Parrott, *The Peace of Westphalia*. 8 JOURNAL OF EARLY MODERN HISTORY 153, 154 (2004).

<sup>59</sup> From the available English version in [www.pax-westphalica.de](http://www.pax-westphalica.de).

nal political order of before.<sup>60</sup> These rupture marks definitely the core of a new political thought held by centralizing governments, stern borders, exclusive internal sovereignty and formal interstate diplomacy. It is then with the Westphalia Peace treaties that the clearest point in the historical transition of the international scenery to the normative territorial sovereignty and the prevalence of laicism as fundamental to a truly multi-polar system of states interested in temporal issues can be found. The use of the term “system” shows the idea of apparent unit of many individualized diversities.<sup>61</sup>

Moral or religious considerations leave the State towards the outskirts of governmental worries in a clear separation between heresy and sovereignty, a phenomenon which was known as the “*de-theologization of the politics*”.<sup>62</sup> It was Armand Jean du Plessis, *a.k.a.* Cardinal Richelieu, who conceived the pragmatic concept of *raison d'État*<sup>63</sup>, showing that, for instance, when he put French interests above his origin, faith and catholic hierarchy and became an ally of the protestant Princes of a German central Europe against the House of Austria or when he recognized the Protestants freedom to preach in catholic France, and also when he edited the “Amnesty of Alais”, in 1629, the same year in which Emperor Ferdinand II imposed the “Edit of Restitution”. The *raison d'État* opposed the universal medieval moral law and indicated the independence and the supremacy of the State's interests to face religious questions. Before, politics

<sup>60</sup> ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO, A RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO E O NOVO DIREITO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO [*The Brazilian State's Resignation to the Jurisdiction Immunity and the New Right to the Jurisdiction Immunity*] 24 (Renovar 2003).

<sup>61</sup> ANTONIO TRUYOL Y SERRA, LA SOCIEDAD INTERNACIONAL [*The International Society*] 32 (Alianza 1974). Effectively a system is a theoretical tool of great utility for the analysis of reality and in general could be defined as a set of elements related, working together in a way that each element is the function of another element, not a single element working alone. While epistemological unit, all system constitutes then a collective of elements which maintains some kind of specific order, organization or structure linked to each other, what confers it some unit, yet, still apparently. If a system is a group of units which relate each other, we easily conclude that three ideas are inherent to a conception from any system: collectivity (the whole), unit (the part) and interdependency (the structure that unites the parts for composing the whole). From then the three are also base components for the constitution of any system: 1) the repertoire of its elements (distinct between themselves and the system itself); 2) the relation between these elements or its organization and structure; and 3) the organic unit that keeps the elements together for its relations.

<sup>62</sup> Östreich, *Problemas Estruturais do Absolutismo Europeu* [*Structural Problems of the European Absolutism*] in PODER E INSTITUIÇÕES NA EUROPA DO ANTIGO REGIME [*Power and Institutions in the Europe of the Old Regimen*] 192 (António Manuel Hespanha ed., Fundação Calouste Gulbenkian 1984).

<sup>63</sup> HENRY KISSINGER, *DIPLOMACIA* [*Diplomacy*] 59 (Francisco Alves 1999).

and religion maintained an indissoluble union – mere questions of political opportunity are taken as options of confessional nature. As from Richelieu, however, the situation suffers a radical alteration: “*the interests of a state and the interests of religion are two entirely different things*”, the Cardinal would have said in 1616, when he was still the Bishop of Luçon<sup>64</sup>. There is a certain irony in the fact that a catholic Cardinal, the Huguenots’ scourge in his French homeland, was the greatest responsible for expelling religious questions from European chancelleries in the brink of the Modernity.

Definitely, the verticality of the political-religious relations of the Middle Ages gives place, in the international scenery, to the formal horizontality of the links between the States but with intense individual character. This priority of interests of each monarchy in particular illustrates a more sociable feature than a communitarian one of the European system of States of the seventeenth century.<sup>65</sup> In the internal environment, in parallel, the absolute power of monarchies is more and more unquestionable and for this the divine legitimacy of kings plays a fundamental role.

It is fair to recognize then, that a certain notion of “*reason of State*” wasn’t unknown so far though it had a more selfish meaning and just internal – differently from the one developed by Richelieu. In the Middle Ages the “*jus eminens*” consisted of the supreme power of the prince in disposing of the belongings of his subjects or better, in the power to intervene in a supreme way in the rights of people. As referred in Rogério Soares<sup>66</sup>, the “*jus eminens*” incarnated the “*reason of State where all privileges were dissolved*” or a way to break any positive legal rights at stages or privileged instances<sup>67</sup>. This idea of

---

<sup>64</sup> Paul Sonnino, From *D’Avaux to Dévot: Politics and Religion in the Thirty Years War*. 286 HISTORY 192, 192 (2002).

<sup>65</sup> ANTONIO TRUYOL Y SERRA, LA SOCIEDAD INTERNACIONAL [*The International Society*] 35 (Alianza 1974). The dichotomy between “community” and “society” was analyzed, among others by Celso Mello, for whom “*the community would represent the following characteristics: natural formation, organic will (the energy from the organism, which is shown in the pleasure, habits and memory), and the individuals who would take part in a deeper way in the ordinary life (...). The society already had different features: volunteer formation, reflected will ( it would be a product of thinking, dominated by the idea of conclusion and having as a supreme end, the happiness); and the individuals who would take part in a less deep way of ordinary life*” – CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO [*Public International Law*] I, 45 (Renovar 1997).

<sup>66</sup> ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES, INTERESSE PÚBLICO, LEGALIDADE E MÉRITO [*Public Interest, Legality and Merit*] 55 (Atlântida 1955).

<sup>67</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, LA LENGUA DE LOS DERECHOS: LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EUROPEO TRAS LA REVOLUCIÓN FRANCESA [*The Language of Rights: The Development of European Public Law after the French Revolution*] 98 (Alianza 1994).

superiority of the prince's power in the internal plan though it referred originally to the beginning of the Middle Ages was received and improved by the scholars of the monarchic absolutism and became an indispensable tool to a baroque exercise of power – marked by exaggeration, excess, hyperbole, extravagance and attachment to form, besides the constant conflict between the holy and the profane.

The conflicts of confessional origin of the seventeenth century, by weakening the power of the Catholic Church strengthened – simultaneously – the temporal power of the kings in a way that, in the external environment, monarchs were equals, and in the internal environment, they had no one equal in power. The religious chaos then gave place to a secular political order that in the following 140 years, until 1789, was marked by absolutism, by bureaucratization and by militarism. Let us add to that the fact that the “de-theologicalization” (lack of theology) of politics contributed decisively to the secularization of the spirit, what made the absolutism the cradle of the illuminist philosophy<sup>68</sup>. This marks, doubtlessly, the most solid basis of European Public Laws<sup>69</sup>, from where comes the legitimacy of the true paradigmatic character of the Westphalia Peace Treaties.

#### **4. THE CONCLUSION: AUF WIEDERSEHEN, WESTPHALIA?**

The Westphalia Peace Treaties did not constitute an obvious, radical or instant revolution in the juridical-political model of State such as the great modern political revolutions. It wasn't a “political big bang”. Far from this, according to Kuhn History suggests that the road to stable agreement in the scientific research is extraordinarily hard<sup>70</sup>. In fact, those pacts of 1648 dramatically changed the ways of seeing and understanding the State, allowing other state actors to come into the modified continental political performance, despite not having disintegrated the Holy Roman Empire or the Papacy. The main jus-political cate-

<sup>68</sup> Gehard Robbers, *Religionrechtliche Gehalte des Westfälischen Friedens – Wurzeln und Wirkungen* [*Religion-legal Contents of the Westphalian Peace - Roots and Effects*] in 350 JAHRE WESTFÄLISCHER FRIEDE [350 years of Peace of Westphalia] 73 (Meinhard Schröder ed., Duncker & Humblot 1999). It is fair to recognize, however, that this “de-theologicalization” (lack of theology) is just relative, made true much more into external politics than in the internal one, once the divine attributes of the king are more and more recalled and reinforced.

<sup>69</sup> JEAN-JAQUES ROCHE, RELATIONS INTERNATIONALES [*International Relations*] 94 (L.G.D.J. 2001).

<sup>70</sup> THOMAS KUHN, A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS [*The Structure of Scientific Revolutions*] 35 (Perspectiva 1997).

gories of this re-designed world started a progressively larger consensus after 1648.

Opposed to traditional political conceptions of revolution as rupture and eradication, evolutions are typical of the persistent and daily qualitative modifications, and not always linear or cumulative. Peculiar debates on the pre-paradigm times do not disappear completely with the establishment of the paradigm. Therefore, it is at least controversial to talk about a “Westphalian revolution”, in the sense attributed to the term “revolution” by common sense. The non-revolutionary character (in *latu* sense) of the Westphalian paradigm, however, does not have the right to withdraw any prestige from it. This is what is found in multifarious Europe from 1648: the Westphalia Peace contributed to the definite secularization of politics and the long process of formation of Public Law in Europe, founded in a secular sovereignty whose high points would be the French Revolution and World War II. In this perspective, 1648, 1789 and 1945 still constitute fundamental dates, real paradigms, even for Eastern’s State, Law and Justice – central categories for our Legal system.

It should not be forgotten that a paradigm, in its best Kuhnian sense, is better articulated and more coherent whenever it gets to each new occasion on which it is submitted to an original or more rigorous condition, in a way that the sovereignty and the secularism from 1648 are not today’s, though in 1648, they still held the capital importance of having definitely included these new regulating principles in the international institutional matrix. A similar point of view is defended by Philpott<sup>71</sup>, for whom the Westphalian Peace Treaties should not be understood as an “*instant metamorphosis*”: “*Westphalia consolidated the modern system; it did not create it ex nihilo*”.

In the opposite sense, though in a widely recognized minority position, Beaulac<sup>72</sup> and Osiander<sup>73</sup> establish that the “Westphalian Myth” (*sic*) did not constitute a real paradigm to the developing system of the modern States, since the 1648 treaties did not really alter the European power relation which followed – the Empire continued strong, together with France and Spain (which were

---

<sup>71</sup> Daniel Philpott, Westphalia, Authority and International Society. 47 POLITICAL STUDIES 566, 579 (1999).

<sup>72</sup> Stéphane Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?* 2 JOURNAL OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW 148, 175 (2000).

<sup>73</sup> Andréas Osiander, *Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth*. 2 INTERNATIONAL ORGANISATION. 251, 261 (2001).

already powerful) and the Papacy which was in decadence long before and not necessarily due to the Westphalian peace. Such argument is not sufficient to put apart the central position of the Westphalia peace in the definition of the juridical-political scenery which follows. The realism of this consideration about power factors does not shock the stiffness of the juridical formalism of the sovereignty concept (still undeniable today), upon which all Public Law which follows is set (along with secularism and the reason of state). There is not any incoherence in the judicial/territorial/formal equality among the States and its intrinsic geopolitical/hegemonic inequality just to use a conceptual reference used by Falk<sup>74</sup>. An absolutely unconditional sovereignty, disconnected from pressures of power and economical influences, never existed as a fact. Furthermore, the complexity of the Westphalian phenomenon makes it multiple in meanings.

If, for scholars of international relations, the Westphalia Treaties already have a central meaning, they have even more relevance to jurisprudence, whose normative-prescriptive character finds in those 17th century pacts the formal instauration of an international order based on juridical equality among secular states. As for that, it is fair to recognize that a same paradigm can have distinct values to different study fields such as Jurisprudence and International Relations. It still must be registered that it is exactly because Westphalia affirms a just-political paradigm that can be said today that in 1648 and soon after this paradigm was not completely matured: the conscience of initial anomaly comes from the improvement and refining of the conceptual categories State, Law and Sovereignty along time, what in fact, allowed it to come out as a winner in the eternal conflict with other models, other theories, other paradigms. There is no doubt, however, that Westphalia takes out of place, definitely, the conceptual web through which we understand the State.

It is wrong to infer that the importance of the Westphalia Peace Treaties is just a work from the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries, as if by this time there had been a rescue of a historical fact forgotten in History. To the eyes of its contemporaries, the coming of Peace was solemnly and suitably commemorated<sup>75</sup>. Long before and far away from the narrow limits of legal dogmatic, the painter Gerard ter Borch – one of the finest of all Dutch seventeenth-century artists – was sensible

---

<sup>74</sup> Richard Falk, *Revisiting Westphalia, Discovering Post-westphalia*. 4 THE JOURNAL OF ETHICS 311, 312 (2002).

<sup>75</sup> Claire Gantet, *Peace Ceremonies and Respect for Authority: the Res Publica, 1648-1660*. 3 FRENCH HISTORY 275, 276 (2004). In the same sense:

enough to capture with unique perspicacity the distinctness and main consequences of the Westphalia Peace, in his picture “*The Swearing of the Oath of Ratification of the Treaty of Münster*”, painted during the last year of the Thirty Years’ War<sup>76</sup>. In that painting, it is crystal-clear that art does not modify the world as a tool but it has its magnitude: the greatness of art resides in its incapacity of reducing the world to a simple ephemeral and objective representation of the present and of the real – for ideological, pedagogical, hedonistic or religious reasons, for more realistic or figurative it may seem.



The master piece of Gerard ter Borch portrays the main room (*Ratskamer*, after *Friedenssaal*) of the Münster Town Hall at the very moment at which the peace treaty is being sworn by the authorities of Spain and the Netherlands. The center of the screen is occupied by the two versions of the treaty (the Spa-

---

<sup>76</sup> Gerard ter Borch (1617-1681), “*The Swearing of the Oath of Ratification of the Treaty of Münster*”, 1648, oil on copper, 45,4 cm x 58,5 cm, London National Gallery ([www.nationalgallery.org.uk](http://www.nationalgallery.org.uk)). The picture (above) doesn’t exactly portray the ceremony of conclusion of the *Instrumentum Pacis Monasteriense*, of Oct. 24th 1648, but the previous treaty from May 15th, 1648, also celebrated in Münster, between Spain and the Netherlands.

nish and the Dutch one, both in Latin), properly sealed, displayed in exuberance on a round table, covered with a heavy green velvet tablecloth. The *leitmotiv* of the painting is not the independence of the Netherlands or the victory of any religious belief or a current political idea but the treaty itself being sworn there. The centrality and the force of Law (symbolized by the peace treaty) are put into relief by the artist in the circular displaying of the authorities who watch the scene and in the use of special light which focus the center of the action, in a way that the light becomes dimmer as the eyes run away from the treaties, in the center of the painting work, either in the horizontal axe or vertical one.

Some other aspects demonstrate the absolute political and religious parity between the present delegations in the well-attended ceremony: first, the picturesque fact that they are both swearing the treaty simultaneously (what, for protocol and practical reasons, is unlikely to have happened); second, the absence of great distinctions among the seventy-seven men who witnessed the swearing in the semi-circle, around the treaty, in spite of being together Catholics and Protestants, Spanish and Dutch, civilians and military, enhances the universal, ecumenical and anti-partisan perspective of the painting; and finally, no authority in particular deserves greater attention in the ter Borch's painting. In the front line of the scene just two characters are different from the others by the color of their clothes: to the left, an anonymous soldier who dresses the colors of the city of Münster, in a reference to the city in which the treaty was signed, who watches the scene from a distance behind an empty chair<sup>77</sup>, closer to what was happening; to the right of the treaties, a diplomat<sup>78</sup> with a magnificent red toga, gives the exact measure of the importance and prominence that chancelleries would enjoy from then on. The fact that while the six representatives from the Netherlands swear the treaty with the fingers up and the two Spanish ambassadors do it with the right hand over the Bible and the crucifix – both ways, means that Protestant and Catholic have identical dignity to the author. There are no winners or defeated, infidels or heretics in the pictographic space. Only in the top right corner of the screen, Gerard ter Borch made a reference to the clergy: the figure of a monk, maybe the Pryor of Münster, with his habitual brown tunic watches the

<sup>77</sup> The empty chair (traditional allegory for power) is another indication of the insomnia between the two delegations.

<sup>78</sup> According to Kettering, the diplomat referred to is the Dutch Johannes Christopherus Belne, secretary of Antoine Brun, the second man of the Spanish delegation in that Conference – ALISON MCNEIL KETTERING, GERARD TER BORCH AND THE TREATY OF MÜNSTER 9 (Mauritshuis/Waanders Publishers 1998).

scene over the back of Spanish Catholics and behind a natty diplomat in red. This order of precedence (opposing red/power to brown/humbleness) certainly is not casual. Although Münster is a Catholic city, the religious signals of that solemn occasion are restricted to the sculpture of a Madonna – recognized by Catholics and Protestants as the mother of Christ-God – who blesses the scene, discretely sculptured in a circular non-lit candle chandelier. Curiously, all light which invades the *Friedenssaal* is the one that enters through by the window of the left superior corner of the room – exactly the same light that illuminated and made all Europe warm in that instant. In this work of art, just like in many others, an opening which reveals a lot about the reason of things and once more it is in the lying of art where the more consistent true can be found .

Today, the international scenery is not any more exclusively state-bound; Sovereignty becomes more and more shared; there is a certain flow of commercial borders and a war in the same shape of that from 1618-1648 seems more and more remote (aspects, no doubt, post-Westphalian)<sup>79</sup> . On the other hand, the state is still an indispensable actor in the modulation and execution of Law and in the understanding of the international relations. The case of East Timor, the last nation to emerge out of the turbulent 20th century, underlines the power of statehood in the Globalisation Era: for the international community, the new country wasn't too small or too weak to establish itself as a nation-state.

Furthermore, as one easily perceives, in spite of a renovation of religious fundamentalisms in many places (a rancid, eminently pre-Westphalian note), the maintenance of multicultural dialogue and the guarantee of freedom of conscience are a concern on the top of international and domestic political agendas. These two aspects give us a sample of the validity of the Westphalian elements of State, even though these elements are not yet the greatest legacies, responsible for the permanent updating of the old “Westphalian paradigm”. The greatest evidence that the Peace Treaties from 1648 remain central to the understanding of our present State and Legal system models is the fact that more than 350 years after its signature, the constitution of any juridical order claims for a democratic construction, always upwards, from the basis to the summit (from down below), never the opposite way, arbitrarily, or by the hands of a Pope or an Emperor.

The globalization process of the contemporary international economy imposes many important challenges to the State. Such challenges, instead of we-

---

<sup>79</sup> See, among others, Stephen Krasner's theoretical contributions in the field of Political Science.

akening the State's authority, demonstrate it still has sufficient vitality and virtues to adapt to the new economic scenario, exercising the sovereignty while deciding for policies capable of placing it within the arena of a new international market. Among these national policies, it can be pointed out the gathering of huge economic regional blocks such as Mercosul and the European Union. In these processes of regional integration, Law exerts a fundamental role. It is through Law (based on the tripod Stateness-rationality-oneness) that more stable and tighter integrative ties are constructed nowadays, in clear evidence that the word won the sword in the field of economic integration.

# ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE O CONTRADITÓRIO E A DIALÉTICA NO PROCESSO CIVIL MODERNO

**Terence Dornelles Trennepohl**

*Professor*

*Sumário: 1. O contraditório e a dialética no Processo. 2. A instrumentalidade do Processo. 3. Apontamentos quanto à utilidade e a necessidade do Processo. Referências bibliográficas.*

## **1. O CONTRADITÓRIO E A DIALÉTICA NO PROCESSO**

O processo não é um ato, mas a sistematização, a coordenação de atos que se realizam no tempo tendentes a um fim, cujo desenlace se dá com a manifestação judicial que o encerra. Esse fim do processo equivale à sentença, seja ela resolutiva de mérito ou não.<sup>1</sup>

Esses atos são responsáveis pela formação do processo, e se perfazem no tempo, devendo obedecer a uma lógica pré-estabelecida. Daí as regras processuais, que indicam o caminho dos litigantes em direção ao final da lide.

Pensar diferentemente significaria desnaturar a finalidade do processo, que é, precipuamente, ditar as regras dos participantes da relação processual, no seu civilizado embate em busca dos valores da vida.

A obediência a essas regras pressupõe um caminhar constante e evolutivo, sempre em direção a resolução do conflito posto à apreciação do Judiciário pelas partes diretamente interessadas.

Esclarecedora a contribuição do professor Carlos Ari Sundfeld quando dirigida à ligação dos atos dentro do processo:

---

<sup>1</sup> Vide as alterações no Código de Processo Civil, trazidas à lume pela Lei n.º 11.232/05.

Cada etapa do processo cumpre sua própria função, mas há ligação entre elas: servem logicamente como antecedentes e conseqüentes umas das outras. A seqüência de formalidades não é aleatória: há uma ordem a ser observada, um itinerário a seguir. Ademais, os vários passos são necessários: não se pode dar o segundo passo sem que o primeiro tenha sido cumprido. Assim, o processo é o encadeamento necessário e ordenado de eventos.<sup>2</sup>

No mesmo sentido, fazendo uso da mesma terminologia, o professor Marcelo Lima Guerra<sup>3</sup>, citando o eminente processualista italiano Elio Fazzalari, emprega essas hipóteses de antecedente e conseqüente, como atos coordenados em direção a uma posição posterior, um ato final.

Portanto, cada ato do processo o empurra a um final desejado, seja ele favorável ao autor ou ao réu, ou a ambos, quando houver a sucumbência recíproca do pedido.

Dessa forma, a disputa dos sujeitos da relação processual deve acompanhar os ditames das normas que guiam o processo, e representam o procedimento que deve ser seguido.

Daí a participação do tempo na relação jurídica processual, aspecto esse muitas vezes não tratado pela doutrina, e que é tratado adiante neste estudo, quando se refletir o tema da instrumentalidade do processo.

No entanto, as regras desse jogo, cujo lance final é resolução da lide, ou mesmo a sentença, também devem facultar aos litigantes sua efetiva participação no seu desenlace.

Quando se fala em jogo ou em disputa, no sentido figurativo de que o processo representa um embate de conflitos, necessariamente tem-se de proporcionar uma igualdade, ao menos formal, de oportunidades de manifestação das partes envolvidas, no sentido de que seja equilibrada a disputa.

Assim, o princípio do contraditório representa nada mais do que a paridade de condições de participação dos litigantes na relação processual, fazendo com que exerçam, equilibrada e simetricamente, as chances de dialogar no processo, em busca da vitória.

Luiz Guilherme Marinoni, tratando do contraditório no processo judicial também se reporta ao sentido bélico da disputa processual.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95.

<sup>3</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 13.<sup>4</sup>

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 256.

Diz que a ‘paridade de armas’ decorre da igualdade substancial que deve envolver o processo, primando pela efetividade do princípio do contraditório. Delineia pontos onde mostra que a instrução não somente se restringe ao ato de provar, mas abrange todas as alegações capazes de influenciar o provimento final do magistrado.

Já em outra obra, o eminente processualista vai além dos conceitos tradicionais e estende o diálogo no processo à figura do juiz, explicando que a participação do magistrado em nada prejudica o julgamento, ao contrário, podendo servir, inclusive, de distância menos longa rumo à solução final da lide.

O juiz participa em contraditório, também pelo *diálogo*. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria *prejulgando* e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta *conciliá-las*, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as *esclarece* sobre a distinção do ônus da prova ou quando as *adverte* da necessidade de provar melhor.<sup>5</sup>

Dada a natureza dialética que envolve o processo, não mais se levantam dúvidas quanto à indispensabilidade do contraditório na condução processual.<sup>6</sup>

Outra passagem que engrandece e dá enorme valia a essa assertiva é retirada da obra de José Souto Maior Borges:

Depositária do contraditório, a ciência do processo é a via aberta para a dialética jurídica. Que é o processo senão o campo de eleição para uma controvérsia de opiniões? E essa controvérsia é dialética; não pode ser outra coisa. *Audiat et altera pars*.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5. ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 135.

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 68.

<sup>7</sup> BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 51.

Ainda em ensaio sobre a dialética no processo judicial, o autor pernambucano enquadra o juiz como um árbitro do conflito que se desenvolve entre as partes, sem menosprezar sua função, como faz questão de ressaltar.

A caracterização do juiz como árbitro dos interesses em conflito recorda a consideração da dialética processual como um jogo. Mera analogia, que até amesquinha a dignidade da função jurisdicional. Quando muito, serve para evidenciar que o processo se assemelha a um jogo porque, como o jogo, é submisso a regras. Não o diálogo espontâneo e insubmisso a regras do linguajar cotidiano. Não será por outros motivos que essas regras “lúdicas” estão submetidas a uma “arbitragem”, a decisão. Não um jogo sem árbitro e sem arbitragem. A analogia não vai contudo além disso.<sup>8</sup>

Portanto, dentro do direito positivo, o processo é o berço e a evolução da dialética como forma de solver os conflitos. A norma, quando não aplicada espontaneamente, reclama a intervenção estatal para cumprir sua função.

Por fim, ainda na vertente do combate como metáfora do processo, é imperioso transcrever um trecho de um artigo de Piero Calamandrei, publicado na Itália na década de 50 (*Il processo come Gioco*), em que o processualista italiano remonta ao tempo das armas para enaltecer a disputa.

Em todas as instituições processuais se pode reconhecer, por clara derivação histórica, um significado metaforicamente agonístico. O debate judicial é uma espécie de representação alusiva e simbólica de um *certame* primitivo, no qual o juiz não era mais que um juiz de campo: a sucessão alternada dos atos processuais dos litigantes vem a ser a transformação mímica do que em suas origens era um jogo armado; até mesmo a terminologia do processo ainda remete à esgrima ou à palestra. Ainda hoje persiste esta alusão à luta, embora comumente se lhe reconheça a natureza publicística das instituições judiciais: enquanto no processo civil se mantém em vigor o princípio dispositivo, a luta entre interesses divergentes de parte é considerada e aproveitada pelo Estado como mais apropriado instrumento para satisfazer ao final o interesse público da justiça. O

---

<sup>8</sup> BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 71-72.

embate das espadas se substituiu, com a chegada da civilização, pela polémica dos argumentos; mas há ainda, neste contraste, a sanha de um ataque. A razão se dará a quem melhor saiba raciocinar: se ao final o juiz concede a vitória a quem melhor consiga persuadi-lo com seus argumentos, pode-se dizer que o processo, de brutal choque de ímpetos bélicos, tornou-se um jogo sutil de raciocínios engenhosos.<sup>9</sup>

Portanto, o processo é responsável pelo compromisso de assegurar a dialética como corolário da participação das partes em seu desfecho. O antagonismo de opiniões e o dissenso, ao tempo em que reclamam a instauração do processo, servem também como sua mais sublime exigência, pois o diálogo, desde que regrado, é o que viabiliza o contraditório.

Constitui-se o contraditório do processo nessa alternada oportunidade de manifestações das partes que possuem interesses contrapostos, no sentido de indicar ao juiz o caminho que deve ser seguido rumo à aplicação da norma; e esse embate, por possuir regras fixas, pré-estabelecidas, toma contornos de evolução, de modernidade, fugindo dos primitivos duelos que caracterizaram uma idade turva, conturbada, da solução de conflitos, antes da intervenção do Estado-juiz na composição dos litígios privados.

Nisso consiste a dialeticidade que se está tratando nesse estudo: na oportunidade de uma das partes se manifestar quando outra houver se movimentado dentro desse combate civilizado que se convencionou chamar de processo.

## **2. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

Já se viu que até meados do século XIX, momento em que mais acirradamente os processualistas se digladiaram em torno das teorias da ação, o direito processual não era visto como ciência tal qual nos moldes atuais.

Com Oskar Von Bülow, em 1868, e os novos contornos dados à ação, o direito processual veio ocupar seu merecido espaço no cenário da ciência do direito. A inovação ocorrida propiciou uma visão instrumental dessa força que movimenta a função jurisdicional do Estado e, por conseguinte, o processo, rumo à resolução dos conflitos originados no seio de uma comunidade organizada.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 229.

<sup>10</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 22.

O sempre pertinente Pontes de Miranda, em Prólogo de obra datada de 1934 (*A Acção Rescisória – Contra as Sentenças*), já ciente das modificações e do engrandecimento da ciência processual no cenário latino-americano, aduzia a importância da retomada dos estudos processuais, como forma de proporcionar melhor prestação de justiça aos homens.

O Direito processual readquire o seu antigo prestígio. Depois de séculos de descaso por parte dos cientistas do Direito, começa a interessar aos melhores espíritos, - por sua alta importância prática e de disciplina social. Na Alemanha, na Áustria e na Itália, a sua renascença é marcada por agudos reexames de seus princípios fundamentais. Por outro lado, da Teoria geral do Direito e da própria Epistemologia jurídica, sem falarmos da Teoria geral do Direito público, em troca das suas contribuições e respostas decisivas, vêm-lhe todas as novas correntes do pensamento jurídico. Relegado a bolorentas investigações livrescas, minado pela casuística mais inorgânica e desajeitada, ei-lo que exsurge com alicerces das melhores meditações e das mais fecundas sugestões da vida. Possa este livro, feito do semanal exame de feitos rescisórios, concorrer para o reerguimento do nosso Direito processual, como estão a exigir a nossa cultura e a missão da Justiça.<sup>11</sup>

Portanto, o ressurgimento do estudo do processo e sua efetiva utilidade para uma prestação jurisdicional razoável e satisfatória, consideram-se iniciados com as discussões que envolveram os juristas do século XIX.

É fora de dúvida que a função jurisdicional do Estado quanto mais acessível, tanto mais exigida e utilizada. Assim, o acesso à prestação jurisdicional, quanto mais facilmente ofertado, mais atende aos anseios dos litigantes, interessados diretamente na tutela estatal para dirimir seus conflitos.

Daí a resposta ao grande relevo que deve ser dado ao processo, como elemento de condução das normas desobedecidas, que renderam ensejo à atuação da jurisdição e do Estado. Quanto mais efetiva a tutela jurisdicional – com a instrumentalidade do processo – mais simples a realização dos direitos não cumpridos espontaneamente.

O tema do acesso à justiça anda paralelo ao acesso ao processo, como instrumento do Direito. Os modelos de sistemas jurídicos do século XX, tanto

---

<sup>11</sup> PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A Acção Rescisória – Contra as Sentenças*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1934, Prólogo.

socialistas quanto capitalistas, forçaram suas estruturas no sentido de assegurar direitos não só materiais, mas principalmente processuais, aos litigantes, tanto no âmbito judicial quanto administrativo.<sup>12</sup>

O pós-guerra representou o desapego à técnica processualística e trouxe à tona a efetividade, a realidade, a função social e as dimensões econômicas e políticas do processo moderno.<sup>13</sup>

As tendências modernas indicam o caminho do aplicador do Direito na direção de sua instrumentalidade, levando aos litigantes a realização mais prática, rápida e desburocratizada da justiça, no sentido de dirimir seus conflitos sociais.

O tempo, portanto, passou a ser cada vez mais valioso no processo moderno, indicando uma real prestação jurisdicional e olvidando a morosidade das práticas processuais do passado. Quanto mais célere ocorrer a prestação, mais prontamente será tutelado o direito de quem tem razão.<sup>14</sup>

Cândido Rangel Dinamarco informa, citando a pesquisa de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, sobre o problema do acesso à justiça, os movimentos (chamadas ‘ondas’) pelo qual passa o Estado moderno no intento de oferecer justiça aos seus cidadãos.<sup>15</sup>

A primeira onda representa a assistência judiciária, e a superação dos obstáculos decorrentes da pobreza; a segunda onda diz respeito às formas para legitimar e tutelar os interesses difusos (consumidor e meio ambiente); e a terceira onda é relativa aos procedimentos mais simples, mais acessíveis e participativos, tendo como principal exemplo a conciliação.

Esclarece o processualista:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um

---

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 24.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 25.

<sup>14</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34.

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 336.

princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.<sup>16</sup>

Com esse prisma, vê-se claramente a abertura do processo moderno às influências políticas, sociais e econômicas, sempre tendo em vista a realização da prestação jurisdicional mais célere, bem administrada, justa, correta e que atenda à demanda das partes.

### **3. APONTAMENTOS FINAIS QUANTO À UTILIDADE E A NECESSIDADE DO PROCESSO**

Em poucas palavras, é de bom alvitre repisar o caminho já percorrido neste estudo, com o intuito de mostrar a necessidade do processo quando as partes recorrem ao Estado em busca de substituir suas vontades pessoais na realização da justiça (de mão própria).

As regras jurídicas, quando ocorrido o suporte fático que prevê uma situação ensejadora de sua incidência, transformam os simples fatos do mundo em fatos jurídicos. Ocorrido o fato, nascem, automaticamente, direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações e exceções.

Fora de dúvida que as normas são, em termos numéricos, muito mais cumpridas que descumpridas.

Quando o cumprimento espontâneo deixa de ocorrer e o Estado é chamado para agir, através da jurisdição, movida pela ação que a inicia, o processo mostra-se imprescindível para regular as partes diante da atividade jurisdicional.

O escol de Paulo Roberto de Oliveira Lima denuncia o hiato existente entre a incidência e a aplicação e reclama o uso do processo no atual estágio de evolução da sociedade.

Se seria muito esperar que o homem prescindisse do Direito, o que somente seria possível numa sociedade de santos (ou naquela onde não

---

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 372.

houvesse liberdade individual), não se trata de utopia acreditar na possibilidade de uma sociedade onde não houvesse necessidade do Direito Processual, o que significa dizer onde os próprios destinatários das normas cuidassem de aplicá-las sempre, onde a infalibilidade da incidência fosse complementada pela infalibilidade da aplicação. Por enquanto, porém, certo que nem todos cumprem sempre os comandos das regras jurídicas, a eficiência do Direito reclama a existência de um Poder que se incumba da aplicação das normas, toda vez que os destinatários deixem de fazê-lo voluntariamente. Este Poder é o Judiciário. Esta função é a Jurisdição, e o Direito Processual se ocupa de disciplinar o exercício dela.<sup>17</sup>

Conclui-se dessa assertiva, tanto a imprescindibilidade do processo, quanto o rudimentarismo da sociedade que permite a discrepância da incidência quando contraposta à aplicação.

O processo é instrumento de utilidade pública e de manejo público, ensejando diferentes enfoques, seja pelo âmbito do litigante, que busca seu direito violado, ou sob ameaça de violação, seja pela lente do Estado, que busca distribuir justiça da melhor maneira possível aos seus cidadãos.

O sempre oportuno professor italiano Enrico Túlio Liebman, tratando especialmente dos efeitos da sentença, que a faz desembocar, tangencia a utilidade do processo, com as seguintes linhas:

O processo não é, pois, negócio combinado em família e produtor de efeitos somente para as pessoas iniciadas nos mistérios de cada feito, atividade processual singular, mas atividade pública exercida para garantir a observância da lei; e já que a esta estão todos sujeitos indistintamente, devem todos, por igual, sujeitar-se ao ato que é dado pelo ordenamento jurídico destinado a valer como sua aplicação imparcial.<sup>18</sup>

E a conclusão desse ensaio converge em direção ao que sustenta Pontes de Miranda, quanto à finalidade do processo:

A finalidade do processo é realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjectivos. Na parte do Direito

---

<sup>17</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997, p. 90.

<sup>18</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença - e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125.

público, tendente a subordinar os factos da vida social à ordem jurídica (sociologicamente, a prover ao bom funcionamento do processo de adaptação social que é o Direito), uma das funções é a da actividade jurisdicional. Dissemos uma das funções, porque muitas outras existem, como a da polícia preventiva, a fiscalidade, a administração e a própria actuação educacional do Estado.<sup>19</sup>

É preciso, portanto, que o processo, a um só tempo, sirva a diversos interesses, sejam eles individuais (das partes envolvidas no litígio), ou públicos (do Estado e das instituições democráticas).

## REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5. ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença - E Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

<sup>19</sup> PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A Acção Rescisória – Contra as Sentenças*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1934, p. 25.

- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A Acção Rescisória – Contra as Sentenças*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1934.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



# **REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO - BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47/2005**

**Adriana Medeiros Gurgel de Faria**

*Promotora de Justiça / RN*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. EC Nº 47/2005 – Breves considerações; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.*

## **1. INTRODUÇÃO**

Ainda prestes a completar a sua “maioridade”, a Constituição Federal já sofreu nada menos que cinquenta e quatro alterações, sendo quarenta e oito por intermédio de emendas e seis através de emendas de revisão.

Nesse período de dezessete anos de vigência, um dos tópicos mais alterados foi o pertinente à Previdência Social, em especial o regime adotado com relação ao servidor público. Foram duas mudanças substanciais, com as Emendas Constitucionais de nºs 20, de 15.12.1998, e 41, de 19.12.2003. No afã de aprovar esta última, negociou-se o que passou a se denominar “PEC Paralela”, que, após muitos debates, restou acolhida, trazendo novas regras que estão veiculadas na Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005.

O objeto deste estudo é lançar rápidos comentários acerca das inovações advindas com o texto de emenda à Lei Maior recentemente promulgado, no que toca aos servidores públicos.

## **2. EC 47/2005 – BREVES CONSIDERAÇÕES**

O primeiro dispositivo inserido com a EC foi o § 11 do art. 37, nos seguintes termos:

“§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.”

Ele tem correlação com o art. 4º da emenda, assim disposto:

“Art. 4º Enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.”

Levando em consideração que o teto abrange as vantagens pessoais “ou de qualquer outra natureza” (art. 37, XI, CF), a medida é salutar, pois dissipa eventuais dúvidas, deixando claro que as verbas indenizatórias, como, por exemplo, diárias, ajuda de custo (no seu real sentido), auxílio pré-escolar, auxílio transporte, dentre outras, não estão abrangidas no limite de remuneração ali fixado, sendo certo que, enquanto não editada a lei específica, a definição do que vem a ter caráter indenizatório é dada pela legislação já vigente ao tempo da EC 41/2003.

Podem parecer normas simples, mas que tiveram grande importância para a disciplina remuneratória do servidor público, pois, após anos de discussão<sup>1</sup>, vinte e um dias depois da aprovação da EC 47/2005, fixou-se o teto de remuneração, com a estipulação do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, através da Lei nº 11.143, de 26.07.2005.

A regra seguinte do texto inserido na Constituição também é relacionada ao teto de remuneração. Com efeito, introduziu-se o § 12 ao art. 37, facultando aos Estados e ao Distrito Federal abolirem os tetos distintos para cada Poder, nos termos preconizados no art. 37, XI, adotando-se um limite único – o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando a norma aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

<sup>1</sup> Acerca do tema teto de remuneração, consultar interessante artigo do Professor Luiz Alberto Gurgel de Faria – “Teto de Remuneração do Servidor Público: Agora é pra Valer?”, *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, ano 4, n. 40. jun. 2004, p. 3956/3962.

A nova emenda revela uma maior atenção ao servidor público portador de deficiência, pois admite a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de sua aposentadoria, nos termos de lei complementar. A regra, destaque-se, é da vedação de pressupostos distintos para o deferimento do benefício, sendo que, na redação anterior à EC em comento, apenas os funcionários que desempenhavam atividades exercidas exclusivamente sob condições que prejudicassem a saúde ou a integridade física eram contemplados com a exceção, que agora foi estendida, alcançando, ainda, aqueles que desempenham atividades de risco (art. 40, § 4º).

O detentor do poder de reforma também demonstrou preocupação com o servidor ou pensionista portador de doença incapacitante. Já contemplado com a isenção de imposto de renda, por legislação infraconstitucional (Lei nº 7.713, de 22.12.1988, art. 6º, incisos XIV e XXI), ele agora passa a ter uma regra mais benéfica para o cálculo da sua contribuição para a previdência social, já que o tributo apenas incidirá sobre a parcela que supere o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Carta Magna (art. 40, § 21).

Após algumas alterações no regime geral da previdência social (arts. 195 e 201, CF), que fogem ao universo deste trabalho, o legislador retoma a questão do servidor público no art. 2º da emenda em exame, garantindo, àqueles que se aposentarem nos moldes do art. 6º da EC 41/2003, que os seus proventos serão “revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade”, sendo também estendidos quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade, nos termos das garantias previstas no art. 7º da referida emenda.

Objetivando mitigar os prejuízos ocorridos com o advento da EC 41/2003 para os servidores que já contavam com um considerável tempo de contribuição, mas que ainda seriam jovens quando completassem o período mínimo necessário, novas regras foram incluídas no art. 3º da EC 47/2005, facultando-se a aposentadoria, com proventos integrais, para aqueles que, tendo ingressado no serviço público até 16.12.1998, preenchem, cumulativamente, as seguintes condições: “I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a apo-

sentadoria; III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo.” Assim, satisfeitas as demais exigências, a cada ano que exceder ao período mínimo de contribuição para a aposentadoria poderá ser abatido um ano na idade mínima (sessenta anos – homem; cinquenta e cinco anos – mulher), garantindo-se, ainda, as vantagens do art. 7º da EC 41/2003 acima referidas (§ único, art. 3º, EC 47/2005).

Revogou-se, através do art. 5º, o parágrafo único do art. 6º da EC 41/2003, que estabelecia uma forma de revisão dos proventos com menos garantias do que as agora expostas, sendo certo que os efeitos da EC 47/2005 retroagem à data da vigência da citada emenda de 2003 (art. 6º).

#### **4. CONCLUSÃO**

Com o advento da EC 47/2005, já são três as emendas a modificarem o regime previdenciário dos servidores públicos.

Na verdade, pelos rápidos comentários feitos, é fácil verificar que o novo texto constitucional teve um nítido propósito de abrandar os efeitos da EC 41/2003, trazendo regras que pelo menos diminuíram os prejuízos acarretados ao servidor com as normas introduzidas há dois anos.

Nada obstante, relatório do Ministério da Previdência Social<sup>2</sup>, elaborado quando da proposta da reforma em 2003, indicava sérios problemas no sistema, dentre os quais se destacam: 1) déficit, já computadas as contribuições dos entes públicos, de 39 bilhões de reais em 2002 para um universo de 3,2 milhões de pessoas, enquanto o déficit do INSS (regime geral) foi de 17 bilhões para 19 milhões de pessoas; 2) relação de ativos X inativos: no âmbito da União, em 1991, eram 2 ativos para um inativo; em 2002, para um universo de 851,4 mil ativos, eram 942,7 mil inativos; 3) baixa idade dos aposentados para uma expectativa de vida cada vez mais crescente (73,4 anos para o homem e 77,5 anos para a mulher).

Como tais questões, apesar das modificações aprovadas, não foram, em sua inteireza, solucionadas, uma coisa é certa: novas emendas virão.

<sup>2</sup> Dados disponíveis em <http://www.mpas.gov.br/reforma>. Acesso em 05.11.2005.

## **5. BIBLIOGRAFIA**

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988.  
Disponível em <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 05.11.2005.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. “Teto de Remuneração do Servidor Público: Agora é pra Valer?”, Revista Fórum Administrativo – Direito Público, ano 4, n. 40. jun/ 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª edição. São Paulo: RT, 2002.
- SLAIB FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.



## A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A TUTELA JURISDICIONAL

Maria Madalena Salsa Aguiar

*SUMÁRIO: 1. Intróito; 2. Os Direitos Sociais: simples expressões proclamadas?; 3. A tutela jurisdicional; 4. O desafio da efetividade dos direitos sociais.*

### 1. INTRÓITO

No alvorecer deste novo milênio, avulta uma viva preocupação com o futuro da humanidade. As profundas transformações observadas no mundo, especialmente aquelas ocorridas a partir da segunda metade do século XX, têm colocado o homem frente a desafios nunca antes imaginados. O aumento incontrollado da população, a degradação perversa do meio ambiente, a insensata corrida armamentista, os efeitos excludentes da globalização são problemas de âmbito mundial que exigem urgentemente enfrentamento.

Nas últimas décadas, tem sido intensa a preocupação com os direitos humanos. Hoje as iniciativas nesse campo se acham mais voltadas para o *problema da efetividade* e não se restringem a simples declarações de boa intenção.

No passado, o que atraía a atenção de filósofos e juristas era a possibilidade de identificar esses direitos, ou seja, analisar a sua existência, natureza e fundamentação.

Na atualidade, como ressalta Noberto Bobbio<sup>1</sup>, o grande desafio a ser enfrentado é encontrar os meios adequados para sua efetiva proteção e imple-

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

mentar mecanismos capazes de impedir que os direitos fundamentais sejam continuamente violados, apesar das solenes declarações em sentido contrário.

Nesse contexto, a busca da efetividade dos direitos fundamentais dá relevo à questão dos direitos sociais. Fruto do amadurecimento de novas exigências, de novos valores, como, por exemplo, os do bem-estar econômico e social, a observância dos direitos sociais do homem pelo Estado torna-se um imperativo, não só destinado a garantir a cidadania, mas também a construir e consolidar um processo de efetiva democracia.

O Brasil contemporâneo, estruturado com base na Constituição de 1988, é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Além disso, apresenta, entre outros objetivos fundamentais, os seguintes propósitos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

Ao reconhecer esses aspectos fundamentais, a promulgação da Constituição de 1988 significou uma resposta normativa à realidade brasileira. O Estado, para nós, sobretudo a partir dos anos 80 e até nossos dias, em certo sentido, representa a máquina, o espaço e o instrumento voltado à realização de princípios, à execução de objetivos e à defesa intransigente dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais do homem.

Os direitos sociais, como sabemos, originam-se da Constituição Mexicana de 1917 e, logo a seguir, da Constituição de Weimar de 1919. Essa consagração marcou a superação de uma perspectiva estreitamente liberal, quando, por exemplo, o homem passou a ser considerado para além de sua condição individual, surgindo para o Estado certos deveres, prestações positivas com o objetivo de melhorar a vida dos indivíduos e de promover a igualdade material. Assim, para a efetivação desses direitos sociais – agora consagrados em várias constituições – tornou-se imperioso *um fazer* estatal, uma atuação capaz de criar as condições materiais necessárias ao bem-estar da sociedade.<sup>2</sup>

Face a essa característica ontológica dos direitos sociais – traduzida pela exigência de um efetivo *fazer* por parte do Estado – constata-se que, embora sejam proclamados, muitos deles não são observados satisfatoriamente. As profundas contradições sociais, agravadas nas últimas décadas pelo processo de globalização, revelam que a função administrativa, muitas vezes presa às rédeas

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

do oportunismo e à conveniência política, concorre para *não tornar efetiva* a satisfação dos direitos sociais.

A necessidade de efetividade dos direitos sociais, portanto, apesar das legislações pertinentes e dos esforços de alguns agentes em desenvolverem políticas públicas para atenuar essa omissão social, ainda persiste.

É justamente nesse cenário que o desafio a ser enfrentado ganha relevo: verificada a inércia estatal, o Poder Judiciário tem ou não um importante papel a cumprir na efetividade dos direitos sociais?

## **2. OS DIREITOS SOCIAIS: SIMPLES EXPRESSÕES PROCLAMADAS?**

É secular o reconhecimento de que ao indivíduo deve ser assegurado pré-condições econômicas e sociais bem definidas para poder gozar seus direitos individuais, viver com liberdade e segurança. Ou seja, para a realização efetiva de direitos individuais e políticos (senão de *todos*, pelos menos, de grande parte deles) é preciso satisfazer suas necessidades básicas como membro da sociedade, tais como moradia, saúde, educação, trabalho, assistência, lazer etc. É preciso oferecer condições mínimas para que os indivíduos sintam-se como cidadãos. São, justamente, os direitos sociais que lhes proporcionam a satisfação desses bens jurídicos. Em outras palavras, eles constituem verdadeiros pressupostos para o exercício dos demais direitos e liberdades.

Com a Constituição de 1988 os direitos sociais ganharam um capítulo próprio, ou seja, saíram do capítulo da Ordem Social (sempre ‘misturada’ com a Ordem Econômica) e foram incorporados à órbita dos direitos fundamentais. O constituinte os tratou como verdadeiros direitos do homem e não simples expressões de uma determinada Ordem.

Ora, essa simples mudança, aparentemente elementar, trouxe importantes consequências. Alçados à categoria de direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais, agora, passaram a gozar ou, pelo menos, deveriam gozar *in concreto* de máxima e imediata aplicabilidade, como acontece com os direitos individuais.

Nesse sentido, esclarece a professora Flávia Piovesan que “no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do artigo 5º, parágrafo primeiro”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limond, 1996, p. 63.

Ademais, até pouco tempo atrás, havia uma teoria que considerava os direitos sociais, ainda que afirmados na Constituição, como meras disposições programáticas<sup>4</sup>, despidas, portanto, de eficácia propriamente jurídica, os quais apenas vinculariam o Poder Legislativo, expressando apenas uma promessa, cujo descumprimento não desafiaria qualquer sorte de controle mais decisivo.<sup>5</sup>

Hoje tem prevalecido entendimento diferente, como o expresso por Luís Roberto Barroso, em várias passagens, ao discorrer sobre o tema da concretização dos direitos sociais. Esclarece o professor que, “só por falta de seriedade em relação à Constituição, se poderia dar a tais preceitos a inteligência de que não investem o indivíduo em qualquer exigibilidade de conduta em face do Estado. Afirmado o princípio, vejamos como é possível fazê-lo atuar”.<sup>6</sup>

Na verdade, as normas e as regras que tutelam os direitos sociais investem os jurisdicionados em posições jurídicas distintas. Esse aspecto merece registro porque se relaciona diretamente com a concretização dos direitos sociais do homem. Como bem explica Luís Roberto Barroso, as normas que disciplinam tais direitos geram, por vezes, situações prontamente desfrutáveis, dependentes, apenas, de uma abstenção. Quando isso ocorre – o que lamentavelmente não se dá com frequência – a relação jurídica estabelecida assemelha-se à resultante dos direitos individuais (o direito de greve é um exemplo dessa espécie de norma).

Outras vezes, porém, as normas dos direitos sociais ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, um *facere* estatal. Nesse caso, o dever jurídico da relação a ser cumprida consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Costuma-se dizer que as normas dessa natureza são dotadas de pouca ou quase nenhuma objetividade e sua concretização torna-se complexa, encontrando, portanto, limites políticos e/ou econômicos – é o que muitos chamam de normas programáticas.

Segundo ainda afirma o professor Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais atributivas de direitos sociais, muitas vezes, contemplam interesses

<sup>4</sup> Entende-se por normas programáticas as normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limita-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realizar os fins sociais do Estado.

<sup>5</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Documento publicado no site: [www.mundojuridico.com](http://www.mundojuridico.com).

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ob.cit.*, p.149

cuja realização depende da edição de normas infraconstitucionais integradoras. Eis uma situação bastante delicada, porque, como é forçoso admitir, a ausência dessa regra integradora paralisa a operatividade do comando normativo maior.

Cumpre lembrar, entretanto, que a Carta Magna *não* delega ao legislador a competência para conceder ou não os direitos sociais. Ela própria os concede ao povo brasileiro. Ao poder constituinte derivado cabe, tão somente, instrumentalizar a sua realização.

Essas duas últimas ‘espécies’ de normas definidoras dos direitos sociais – as que exigem a atuação estatal ou a integração normativa ulterior – são as mais difíceis de serem efetivadas. Concretizá-las, constitui, indiscutivelmente, uma tarefa mais complexa que a dispensada à concretização das outras categorias de direitos humanos fundamentais.

Os direitos sociais, portanto, não são simples expressões constitucionais proclamadas, mas normas que envolvem interesses e precisam ser urgentemente observadas. A busca por essa efetividade é, na atualidade, um *desafio* que não basta ser constatado, mas deve ser também enfrentado, sob pena de pôr em risco princípios do Estado Democrático de Direito e, sobretudo, a igualdade e a liberdade dos cidadãos.

### **3. A TUTELA JURISDICIONAL**

Nos primeiros tempos da civilização, quando não existia um Estado suficientemente forte e organizado capaz de conter os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima das vontades dos particulares, aquele que estivesse envolvido em qualquer tipo de conflito intersubjetivo poderia resolvê-lo por si só, fazendo uso da força. A própria repreensão dos atos criminosos se fazia por meio da vingança privada. Até mesmo quando o Estado chamava para si o ‘*jus punitiois*’, ele o exerceu inicialmente mediante o emprego de seus próprios critérios, sem a interferência de órgãos ou de pessoas independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se de autotutela ou autodefesa.<sup>7</sup>

Em um período subsequente, vedada a autotutela, a solução dos conflitos se dava mediante o concurso de um terceiro desinteressado e imparcial, eleito

---

<sup>7</sup> Atualmente no direito positivo brasileiro, como é sabido, salvo pouquíssimas exceções previstas em lei, o exercício da autotutela é tipificado penalmente, seja quando praticado pelo particular (exercício arbitrário das próprias razões, artigo 345, CP), seja pelo próprio Estado (exercício arbitrário ou abuso de poder, artigo 350, CP), haja vista seu caráter precário e aleatório, não garantidor da Justiça.

pelos contendedores entre pessoas de sua mútua confiança. Tratava-se da arbitragem facultativa que, tempos depois, passou a ser obrigatória, de modo que os envolvidos no conflito deveriam submeter-se a uma solução criada por terceiro desprovido de interesse direto no objeto do conflito.

Com o desenvolvimento da noção de Estado, juntamente com as idéias a respeito daquilo que seria, mais tarde, o Estado de Direito, a tarefa de solucionar os conflitos de interesses foi admitida como função estatal, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o direito e, depois, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário.

É claro que essa evolução não se deu linearmente, com marcos divisórios nítidos e precisos. Em quase todos os momentos esses sistemas conviveram uns com os outros. A história das instituições se constrói através de marchas e contramarchas, entrecortadas por retrocessos e estagnações.<sup>8</sup>

Assim, hoje, a jurisdição, ao lado das funções administrativa e legislativa, é uma função soberana do Estado que visa, primordialmente, resolver os conflitos deduzidos em juízo, por meio de solução harmônica com o sistema jurídico.

A moderna processualística, ao analisar o exercício jurisdicional, põe em relevo o enfoque instrumentalista e teleológico do processo, sem desmerecer, contudo, critérios substancialmente jurídicos, a exemplo dos elaborados por Canelutti e Chiovenda.

Nos dias atuais, o processo é considerado um sistema aberto, legitimado pela aptidão de prestar serviços à comunidade. O processualista atual vem adotando também critérios sociais e políticos para compreender a jurisdição. A perspectiva é substancialmente outra, na medida em que o direito moderno, em constante produção científica, busca legitimar seu sistema na utilidade e na eficácia que o exercício jurisdicional possa oferecer à nação e às instituições.<sup>9</sup>

Dessa maneira, os operadores do direito, em especial os magistrados, ‘criadores’ da decisão judicial, devem ater-se à indispensável visão orgânica do

---

<sup>8</sup> A abordagem histórica representa, apenas, uma análise perfunctória do caminho percorrido pelas civilizações até se chegar ao Estado como ente capaz de solucionar conflitos e pacificar pessoas. Cumpre lembrar, entretanto, que, apesar da evidente predominância da atuação estatal, ainda se verifica a concomitância de vários sistemas, seja em conflitos internacionais (entre blocos econômicos ou organismos internacionais), seja no âmbito interno. Note-se que, além da tutela judicial, existem outras modalidades de soluções não-jurisdicionais, denominadas de meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo, portanto, a noção de que o importante é pacificar, tornando-se irrelevante saber se a paz vem por obra do Estado ou por outros meios.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 8ªed., 2000.

processo, como um fenômeno que traz em seu bojo a interação entre o jurídico, o social e o político. Ademais, tais agentes precisam estar sempre informados sobre os conceitos e as sugestões que revelam o processo como instrumento, um meio com potencialidades que conduzam a resultados satisfatórios, mas também sejam capazes de sanarem deficiências, atitudes que concorrem, sem dúvida, para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Face ao exposto, considerando a importância dos direitos sociais proclamados constitucionalmente, mas não efetivados, e, considerando, também, a jurisdição como expressão do poder político, inserida no convívio social, torna-se inegável que o Poder Judiciário têm um papel a cumprir na busca da efetividade dos direitos sociais.

Mas, que papel é esse? Em que medida pode a tutela jurisdicional satisfazer os direitos sociais?

#### **4. O DESAFIO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

O sistema processual brasileiro, sem esquecer os seus antigos modelos de índole essencialmente individualista, adquire uma ‘nova roupagem’. De fato, hoje surge um novo processo e abandonam-se velhos paradigmas, entre eles, o arraigado entendimento de ser o processo garantia de direitos individuais, passando a concebê-lo como instrumento de fundamental importância também para realização de interesses transindividuais. Além de tutelar interesses de cunho individual, o processo visa a solucionar conflitos que ultrapassam a esfera do indivíduo, fundamentados em direitos difusos, coletivos e sociais.

Observa-se, todavia, que quando se procura efetivar esses direitos mediante o emprego da tutela judicial, são os direitos sociais que apresentam maior dificuldade. Isso ocorre, entre outras razões, porque os direitos sociais, expressos na Constituição de 1988, possuem dimensões subjetivas distintas. Como já visto acima, há direitos sociais que podem ser exigidos prontamente pelo cidadão, tais como, o direito à licença maternidade, um direito social que nenhum juiz teria grandes problemas em analisar e, se for o caso, garantir, numa ação judicial. Há, no entanto, outros direitos sociais que, para serem concretizados, exigem uma prestação estatal, possuem, pois, uma dimensão subjetiva mais fraca. Esses direitos sociais, repita-se, por serem insuscetíveis de criar imediatamente situações jurídicas positivas de vantagem e, em virtude da inércia estatal, oferecem maior dificuldade para se efetivarem por meio da jurisdição.

Para superar essa dificuldade, muitos são os caminhos e sugestões. Sem embargo, considerando os lindes dessa reflexão, abordar-se-ão aqui somente alguns aspectos que, a nosso sentir, são mais importantes.

Assim sendo, feita a ressalva, para superar a dificuldade de se tutelar direitos sociais por meio do processo propõe-se uma mudança, abarcando novas reflexões e atitudes, chamada por muitos juristas de ‘ativismo judicial’.

Tal ‘movimento’ defende que os operadores do direito, em especial os magistrados, frente ao desafio da efetividade dos direitos sociais assumam uma postura mais ativa, consciente e responsável. Já que, em diversas situações, nas quais a Constituição e as leis utilizam conceitos vagos e imprecisos, compete exatamente ao juiz integrar, com sua valoração subjetiva, o comando normativo, uma ‘mudança de hábito’ se faz necessária.

Avulta, nesse contexto, a necessidade urgente de se adotar uma postura mais *ativa*. Se os mecanismos processuais de tutela não são adequados para apreciar direitos sociais, devem ser revistos e harmonizados às novas exigências, tornando-os, assim, mais acessíveis.

Por outro lado, se os mecanismos são adequados, mas o seu operador não sabe extrair deles um desempenho satisfatório, impõe-se rever não as medidas usadas, mas, sim, a atitude desse agente.

Dessa maneira, constata-se que, para efetivar os direitos sociais através da tutela judicial, faz-se necessária a adoção de mecanismos processuais adequados (ações, medidas judiciais, princípios), capazes de efetivar tais direitos, atingindo o resultado prático pretendido, seja adotando providências alternativas, seja recorrendo à indenização, caso resultem inviáveis recorrer a outras alternativas para o cumprimento em espécie da obrigação estatal.

Além disso, os operadores do direito devem assumir maior compromisso e responsabilidade social ao exercerem suas funções, especialmente os magistrados, em função do papel jurisdicional desempenhado hoje em nosso país.

Convém lembrar, por oportuno, que a participação ativa dos indivíduos na concretização da efetividade dos direitos sociais torna-se, também, de fundamental importância. Seja fiscalizando a atuação do administrador, seja cobrando o cumprimento de ações políticas prometidas, o cidadão exerce um papel primordial na efetividade dos direitos sociais, inclusive, quando for o caso, exercido num momento pré-jurídico por meio de associações ou organismos não-governamentais.

Dessa forma, à guisa de conclusão, constatamos ser possível *adaptar-se* medidas processuais existentes às novas exigências de nosso tempo e, também,

*adotar* outros aportes de criatividade à atuação judicial, dando-se, enfim, uma significativa contribuição na busca da efetividade de direitos constitucionais postergados.

Não há dúvidas de que, mesmo diante de contornos ainda incertos no tocante a alguns aspectos, caberá ao Judiciário o papel de ganhar, cada vez mais, espaços na luta pela efetivação dos direitos sociais do homem.



## DIREITO LÍQUIDO E CERTO EM MANDADO DE SEGURANÇA

**Felipe Vilar de Albuquerque**

*Oficial de Gabinete / 9ª Vara - PE*

*SUMÁRIO: Introdução; Parte I: Antecedentes Históricos do mandado de segurança; Antecedentes “remotos” do instituto; 1.1. Os Interditos Romanos; 1.2. Ordenações Filipinas e Manuelinas; 2. Início da República: ausência de instrumentos de garantia genérica dos direitos individuais; 2.1. A teoria da posse dos direito pessoais; 2.2. A doutrina brasileira do habeas corpus; Parte II: As diversas concepções de direito líquido e certo; 1. Mandado de segurança e demais ações de conhecimento: “inversão fundamental”; 2. Concepções materialistas do direito líquido e certo; 2.1. Direito líquido e certo como direito evidente; 2.2. Concepção de Alfredo Buzaid; 2.3. Subsunção das teses materialistas às categorias da teoria do processo; 2.4. A coisa julgada no mandado de segurança de acordo com a concepção materialista; 3. Direito líquido e certo como uma noção tipicamente processual; 3.1. Subsunção da tese processualista às categorias da teoria do processo; 3.2. A coisa julgada no mandado de segurança de acordo com a concepção processualista de direito líquido e certo; 4. Concepções sui generis de direito líquido e certo; Parte III: O direito líquido e certo na jurisprudência do STF. A súmula 625 de 15 de outubro de 2003; Conclusões; Referências.*

### INTRODUÇÃO

O direito objetivo, vale dizer, o conjunto de normas e instituições que regem a vida em sociedade, é, sobretudo e essencialmente, resultado da vonta-

de teleológica do homem, que atua na realidade, politicamente, para modificá-la, adaptando-a a seus valores ou interesses. O *dever ser*, é, assim, produto do que os homens aspiram para a sociedade em que vivem. É, em suma, uma tentativa de que as coisas sejam como *devem ser*; ou de que as pessoas se comportem como *deveriam*.

Nesse contexto, o poder, e, conseqüentemente, o Direito são instrumentos para realização dos fins perseguidos pelos homens, e, portanto, existentes desde as mais primitivas formas de organização social, *ex vi* do brocardo *ubi societas ibi jus*.

A necessidade de manter o poder sob controle e de, por assim dizer, jurisdicizar o seu exercício, submetendo-o à observância de regras preestabelecidas, acompanha a humanidade desde os mais longínquos tempos. Como acentua ALFREDO BUZAID<sup>1</sup>:

“Já nos albores do século XIII, para conter os desregramentos de JOÃO SEM TERRA, reuniram-se os condes e barões e exigiram do Rei a *Magna Charta Libertatum*, outorgada a 19 de junho de 1215.”

A noção de Estado de Direito assenta-se, precisamente, nessa vertente fundamental: manter o poder sob controle. Nesse sentido, leciona TERESA ARRUDA ALVIM<sup>2</sup>, fornecendo-nos um bom conceito de Estado de Direito: “O Estado de Direito, como se sabe, é a versão jurídica de uma sociedade política em que o poder deve ser contido.”

Longo e penoso, no entanto, tem sido o caminho percorrido pelos indivíduos na luta contra os excessos do Poder Público, vale dizer, na luta para que o poder seja exercido dentro dos parâmetros correspondentes aos anseios da coletividade. E, para tanto, não foi bastante a subordinação do Rei ao Parlamento, como pioneiramente impuseram a JOÃO SEM TERRA os Condes e Barões ingleses. É que também o Poder Parlamentar e a elaboração das leis devem encontrar limites previamente fixados. Dessa necessidade é que surge uma das vertentes fundamentais do Estado de Direito moderno: as declarações solenes de direitos tidos por fundamentais.

<sup>1</sup>BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 7.

<sup>2</sup>ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 12-13.

Os direitos fundamentais, seja numa concepção jusnaturalista ou positivista do Estado de Direito, expressam os princípios mais elementares em que se assenta a unidade política de um povo, e são tidos como o núcleo material intangível do direito positivo, insuscetíveis de supressão ou afronta pelo Poderes constituídos. Sob a concepção filosófica do Iluminismo, correspondem a direitos absolutos de que o homem é titular, “(...) oriundos da natureza, anteriores e superiores ao Estado. A lei não os criou; limitou-se a reconhecê-los.”<sup>3</sup>

Mas, como bem acentua CARLOS MÁRIO VELLOSO<sup>4</sup>, em palestra proferida em evento comemorativo dos cinquenta anos do mandado de segurança:

“Cedo, todavia, perceberam os povos que não bastam declarações de direito. É necessária a existência de mecanismos que tornem efetivos tais direitos, assim fazendo real a limitação do poder. Surge, então, a idéia das garantias do direito individual, que consubstanciarium os remédios jurídicos contra a violação de direitos.”

No mesmo sentido, precisa a lição de ALFREDO BUZAID<sup>5</sup>:

“O ideal de definir os direitos do homem foi inegavelmente uma das mais importantes conquistas do século XVII, mas a declaração estava banhada de um certo romantismo político, de efeitos mais ilusórios que reais; força era provê-los de meios aptos a alcançar a sua plena efetivação perante um dos poderes do Estado, não sujeito aos demais. A declaração de direitos desprovida de garantias teria apenas a virtude de um manifesto político com promessas sedutoras, dificilmente cumpridas pelos detentores do poder; seria ao mesmo tempo uma fonte de alegria e desengano. A sua força estaria no esplendor de ideais profundamente humanos que difundiria; mas a sua fraqueza, na ausência de um instrumento idôneo para a sua realização.”

---

<sup>3</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

<sup>4</sup> VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 51.

<sup>5</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17.

A separação dos poderes, harmônicos e independentes entre si, e a reserva a um deles – o Judiciário – da atribuição de, soberana e definitivamente, dizer o direito no caso concreto, não seria, por si, suficiente para a efetiva tutela dos direitos individuais em face do Poder Público se, por outra parte, a própria Constituição não previsse mecanismos idôneos à tutela dos direitos individuais.

Com efeito, de nada vale que o Poder Judiciário seja independente para dizer o direito, se o ordenamento jurídico positivo não estabelece instrumentos idôneos para a efetiva realização do direito declarado; é dizer: há de haver, para cada espécie de ofensa, um remédio processual adequado, de modo que a reação do Estado-Juiz, ao ser provocado, atenda aos anseios dos jurisdicionados, coibindo a ofensa perpetrada.

Por outro lado, de muito não valeriam tais mecanismos processuais, no que se refere ao desiderato de coibir os abusos do Poder Público em face dos particulares, se não se lhes conferisse hierarquia constitucional e, mais ainda, a intangibilidade das “cláusulas pétreas”. É que, do contrário, ficaria ao alvedrio do legislador – que é também Poder Constituído e, como tal, precisa estar sob controle – a supressão de tais garantias, conforme determinassem as conveniências políticas ocasionais.

Nesse contexto, surge o dualismo direitos e garantias fundamentais, ambos elevados, em nosso sistema jurídico, à eminência constitucional. Assim, o fim e o meio, o objeto e o instrumento, encontram-se juntos, protegidos com a mesma intensidade, como não poderia deixar de ser.

Nessa ordem de idéias é que sobressai o mandado de segurança como garantia constitucional, instrumento talhado para a proteção genérica dos direitos dos cidadãos, individuais e coletivos, contra os atos do Poder Público eivados de ilegalidade e abuso de poder.

Poucos institutos jurídicos despertaram, e continuam a despertar, o interesse científico de nossos doutrinadores com tão profundo vigor e entusiasmo como o Mandado de Segurança. Com efeito, ação<sup>6</sup> constitucional de natureza e rito especialíssimos, o mandado de segurança, presente em nosso ordenamento jurídico positivo desde 1934, quando ganhou previsão no texto constitucional então promulgado, nunca deixou de ser objeto de calorosas discussões doutri-

---

<sup>6</sup>Acerca da questão de se tratar, ou não, o mandado de segurança de uma ação, assim já se manifestou o STF: “Mandado de segurança é **ação civil**, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal. Aplica-se, em consequência, ao recurso extraordinário interposto da decisão que o julga o prazo estabelecido no Código de Processo Civil” (RTJ 83/255).(grifos apostos).

nárias e jurisprudenciais, sempre ocupando lugar de destaque no foco das atenções da comunidade científica.

Tamanho interesse certamente se justifica, ao menos em parte, pelo grau de eficácia e celeridade do instituto, que se afigura, sem sombra de dúvida, como o mais aperfeiçoado instrumento que o nosso sistema disponibiliza para a proteção genérica dos direitos individuais e coletivos em face do Poder Público. No plano do direito comparado, igualmente, é tido como “instrumento dos mais eficazes e notáveis do mundo em matéria de proteção genérica dos direitos individuais e coletivos”<sup>7</sup>. Nesse sentido, destaca ADHEMAR FERREIRA MACIEL:

“O instituto do mandado de segurança (...) Não tem a generalidade inviabilizante do *juicio de amparo* mexicano, nem o casuísmo dos *writs* anglo-americanos. Por sua simplicidade e eficácia, pode-se dizer, sem imodéstia, que o mandado de segurança é digno de ser copiado ou adaptado por outros povos<sup>8</sup>.”

Tais assertivas não decorrem apenas de uma análise teórica do instituto - de seus pressupostos e do procedimento preconizado pela lei - mas, sobretudo, dos resultados vivenciados na prática forense, em que se vislumbra o pródigo manejo das ações de segurança, ajuizadas às milhares, todos os dias. A medida, portanto, além de fortemente arraigada na consciência jurídica pátria, tem a sua prática amplamente difundida e, por assim dizer, vulgarizada.

O entusiasmo verificado entre aqueles que se dedicam ao estudo científico da Ação de Segurança é também sentido entre os operadores do Direito, no desempenho corriqueiro de seus misteres forenses e, inclusive, entre os próprios jurisdicionados. Com efeito, a medida é sempre lembrada e sugerida com facilidade até mesmo por aqueles sem qualquer iniciação às letras jurídicas, logo que lhe seja narrado um virtual conflito de interesses com o Poder Público. A medida é sempre cogitada como uma espécie de “panacéia” para todos os males, antídoto infalível aplicável a qualquer mazela, de fácil manejo e de pronta solução.

---

<sup>7</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 16.

<sup>8</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, pp. 16/17.

Esse otimismo em relação ao mandado de segurança, se é justificável em face dos atributos de celeridade e simplicidade que esta ação especial possui, não deve contagiar os operadores do Direito, sobretudo os advogados, de quem se deve esperar uma atitude estritamente técnica, no que pertine à escolha da via adequada para a postulação do direito de seu cliente. Nesse sentido, faz-se mister que o profissional do Direito esteja atento às nuances processuais que envolvem o ajuizamento de um mandado de segurança, eis que tal medida, dada a sua índole especialíssima, além de exigir, como qualquer ação, a concorrência de pressupostos processuais (de existência e de validade) e condições da ação de cunho genérico, não prescinde, para que possa ter a lide que veicula decidida ou rejeitada, da configuração de certos requisitos específicos, encontradiços no dispositivo constitucional que disciplina o mandado de segurança e lhe confere contornos próprios, o art. 5º, LXIX, da Magna Carta de 1988.

Dentre tais requisitos constitucionais específicos, figura a exigência de que o direito que se alega violado, ou na iminência de violação, por ato ou omissão eivado de ilegalidade ou abuso de poder, seja **líquido e certo**. É o que se infere do teor do art. 5º, LXIX, que preceitua, *in verbis*:

“Art. 5º (...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para **proteger direito líquido e certo**, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

(...)”

Eis o cerne dos esforços a serem empreendidos no presente estudo: esclarecer o sentido e o alcance da expressão “**direito líquido e certo**”, bem como as conseqüências de índole processual e material que decorrem de tal fórmula utilizada pela Constituição Federal.

O que se infere de imediato do dispositivo constitucional em foco, e que esclarece a indubitável relevância do tema, é que a liquidez e certeza do direito invocado se apresentam como pressupostos (ou tão somente pressuposto) inarredáveis para a concessão da segurança. Ou seja, como adverte SÉRGIO FERREZ:

“(...) para que se obtenha o *mandamus*, não basta que o direito invocado exista: tem ele, ademais, de ser líquido e certo. Só por aí já se vê como é

importante saber do que se fala quando se utiliza a cláusula constitucional em tela.”<sup>9</sup>

A importância do tema é também ressaltada por Celso Agrícola Barbi, um dos mais destacados estudiosos do mandado de segurança. Em suas sempre precisas lições, esclarece que o conceito de *direito líquido e certo* se apresenta em relação ao mandado de segurança como “a pedra de toque, a chave da abóbada de todo o edifício”<sup>10</sup>.

Em que pese a relevância da questão em tela e os quase 70 anos da instituição do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico-positivo, a definição do sentido da expressão “direito líquido e certo” está longe de alcançar o consenso doutrinário e o seu tratamento pela jurisprudência e pelos operadores jurídicos não é uniforme. Na verdade, a mesma expressão costuma ser invocada para se referir a aspectos dos mais diversos, ora de ordem processual, ora pertinentes ao direito material invocado pelo impetrante.

Com efeito, o direito líquido e certo ora é tido como pressuposto de admissibilidade ou condição de ação específica do mandado de segurança, ora é considerado condição de julgamento favorável do próprio mérito, pertinente, portanto, à composição da relação jurídica material.

Também não é incomum que no cotidiano forense a expressão seja utilizada para se referir ao *fumus boni iuris*, pressuposto para o deferimento das medidas cautelares em geral e da liminar em mandado de segurança.

Para aqueles que enxergam o direito líquido e certo como condição de ação ou pressuposto de admissibilidade, divisam-se, ainda, de um lado, os que pretendem que tal pressuposto diga respeito exclusivamente à existência de prova pré-constituída dos fatos narrados na peça exordial e, de outro, aqueles que a esse requisito acrescem a exigência de que o direito invocado pelo impetrante tenha, em tese, alto grau de plausibilidade jurídica.

Diante de formulações tão antagônicas e considerando a importância basilar do pressuposto do direito líquido e certo na estrutura normativa do *writ of mandamus*, exsurge a incomensurável importância do tema proposto, que será detidamente analisado no decorrer do presente estudo.

---

<sup>9</sup> FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

<sup>10</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 55.

## PARTE I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

### 1. ANTECEDENTES “REMOTOS” DO INSTITUTO

O mandado de segurança, é, sem sombra de dúvida, uma criação genuinamente brasileira<sup>11</sup>, produto de nossa história e fruto das necessidades e exigências de nosso povo. Criação esta que se deu de modo paulatino, a partir de penosa construção jurisprudencial empreendida pelos nossos Tribunais, estimulados pelo engenho criativo dos advogados, que, ressentindo-se da ausência de um instrumento eficaz e especificamente concebido para a tutela genérica dos direitos fundamentais do indivíduo perante o Poder Público, conceberam, sob a vigência da Constituição Republicana de 1891, a teoria da posse dos direitos pessoais e a doutrina brasileira do *habeas corpus*, verdadeiros embriões do mandado de segurança. Tais temas, porém, serão abordados com maior detença, no momento oportuno.

Em que pese se reconheça no mandado de segurança uma criação brasileira, a doutrina costuma apontar alguns antecedentes remotos, no direito alienígena, que teriam influenciado a criação do nosso instituto, ao menos enquanto fonte de inspiração. Em verdade, se não nos é possível verificar, com precisão, em que exata medida tais institutos foram determinantes para a concepção do mandado de segurança, é-nos viável, ao menos, visualizar, de modo objetivo, traços comuns entre o mandado de segurança e alguns instrumentos que o precederam cronologicamente, em outras sociedades e, conseqüentemente, em outros contextos. São os institutos que vamos denominar de antecedentes remotos do mandado de segurança.

#### 1.1. OS INTERDITOS ROMANOS

Nesse sentido é que OTHON SIDOU<sup>12</sup> vê nos “interditos” do Direito Romano o embrião dos modernos meios de defesa do indivíduo contra atos da

---

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p.273.

<sup>12</sup> SIDOU, Othon. *Do mandado de Segurança*, 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 21-22.

Administração Pública. O autor esclarece que os interditos valiam como sustação sumária do ato ou fato e, como exemplo, alude ao *homine libero exhibendo*, germen do instituto do *habeas corpus*. Como se observa, o autor, ao se referir à sustação sumária do ato ou fato impugnado está, em verdade, vislumbrando um traço comum essencial entre os interditos romanos e o mandado de segurança, qual seja, a possibilidade de um provimento *initio litis* com o condão de obrigar o Poder Público à prática ou à abstenção de uma determinada conduta. Trata-se, em suma, de providência em certa providência similar àquela que hoje se obtém por meio da medida liminar em mandado de segurança, cujo deferimento é autorizado, nos termos do art. 7º, II, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, “(...) quando for relevante o fundamento e do ato puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

ALFREDO BUZAID<sup>13</sup> também se refere aos interditos romanos como antecedentes históricos do mandado de segurança, porém o elemento em comum posto em destaque pelo autor é outro: a acentuada preocupação dos romanos com liberdade individual e o repúdio ao excesso de poder. Nesse sentido, leciona:

“Já no direito romano houve a preocupação de proteger a liberdade como um dos mais elevados bens do homem. O liv. 43, tít. 29, do Digesto (*De homine libero exhibendo*) compendia várias regras, pelas quais o pretor concedia o interdito para amparar a liberdade: Dig. 43, 29.1, §1: *Hoc interdictum proponitur tuenduae libertati causa, videict, ne homines liberi retineantur a quoquam*.

Debalde se não de procurar quaisquer cartas constitucionais em direito romano. Havia, como acentuou BIONDI, um alto senso de civilidade, humanidade e decoro que impunha a abstenção de excessos e abusos. Contudo, não faltaram leis e princípios que poderiam considerar-se como os albos do reconhecimento jurídico da personalidade do homem.”

## **1.2. ORDENAÇÕES FILIPINAS E MANUELINAS**

ALFREDO BUZAID cita, ainda como antecedente remoto do mandado de segurança, as chamadas *seguranças reais*, invocando as ordenações Manu-

---

<sup>13</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18.

elinas (liv. V, tit. 50) e as Filipinas (liv. V, tit. 128). Segundo BUZAID, “Esta forma de segurança, dada por ordem dos juízes em nome do rei, consistia em prevenir ou evitar uma ameaça aos direitos de alguém a pedido do ameaçado.”<sup>14</sup> Em seguida, o autor transcreve o título das Ordenações relativo às *Seguranças Reais*, que vale ser trazido à colação:

“Vejam os que reza o título citado das Ordenações: ‘... se a Justiça da terra, a quem for pedida, for informada que a pessoa que pede esta segurança tem **razão justa de se temer**, mandará vir perante si aquele de que pede segurança ou irá a ele ou mandará lá o Alcaide, segundo a qualidade da pessoa for, e requerer-lhe-á da nossa parte eu segure aquele que dele pede segurança; e se o segurar, mandar-lhe-á disso um instrumento público ou carta testemunhável, segundo for o julgador’. A ordenação prevê, a seguir, a hipótese de o ameaçador se recusar a dar a segurança pedida. Em tal caso, determina a lei, ‘o julgador o segurar (o ameaçado) de nossa parte, de dito e feito e conselho, e além disso castigará o que por seu *mandado* não quiser dar a dita segurança pelo desprezo que lhe assim fez e a pena será segundo a qualidade da pessoa e a razão que tiver e disser porque não fez seu mandado’. **Portanto, se o ameaçador não queria prometer ao juiz que não faria mal ao ameaçado, então era o juiz que dava a segurança.**”  
(grifos apostos).<sup>15</sup>

Evidentes os pontos de semelhança entre as *seguranças reais* vigentes aos tempos do Brasil Colônia e o mandado de segurança, a começar pela própria denominação. Nesse sentido, MILTON FLAKS<sup>16</sup> alude à possibilidade de que JOÃO MANGABEIRA, ao batizar o instituto do mandado de segurança, tenha-se inspirado nos preceitos das Ordenações “que facultavam ao particular, que temesse ofensa a si ou à posse que exercia sobre seus bens que pedisse ao juiz ‘segurança’.”

Além da denominação, semelhante também o caráter mandamental da medida, eis que o provimento emanado da autoridade julgadora consistia numa

<sup>14</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26.

<sup>15</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26.

<sup>16</sup> FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 109.

ordem de que o ameaçador se comportasse de um determinado modo, sob pena de imposição de castigo cuja gravidade variaria de acordo com a “qualidade da pessoa”. Era, sem dúvida, uma espécie pioneira de execução específica ou “*in natura*” com um elemento de tutela inibitória, em pleno período colonial.

Por outro lado, a expressão “razão justa de se temer”, por nós destacada no texto transcrito, parece fundir, em uma só expressão, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, necessários ao deferimento das liminares em mandado de segurança.

As semelhanças, no entanto, terminam por aí. Primeiramente pela razão elementar de que no Brasil Colônia não se vivenciava um estado de coisas que fosse, ao menos de longe, parecido com aquele experimentado em um Estado de Direito. Também porque a medida em análise se destinava à repressão de abusos cometidos por particulares contra particulares, em litígios privados, não se tratando, à evidência, de um instrumento de garantia de direitos individuais perante a ilegalidade e o abuso de poder por parte da Administração Pública.

Como se verá adiante, em que pesem as semelhanças verificadas naqueles institutos que convencionamos chamar de “antecedentes remotos do mandado de segurança”, é só a partir da proclamação da República e da progressiva e penosa transformação do Estado Brasileiro em um Estado de Direito que se começam a delinear os pressupostos contextuais para o surgimento do mandado de segurança, como criação autêntica de nosso povo, fruto da necessidade de se conferir efetividade aos direitos individuais mais elementares.

## **2. INÍCIO DA REPÚBLICA: AUSÊNCIA DE INSTRUMENTOS DE GARANTIA GENÉRICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS**

Pode-se afirmar, com segurança, que é a partir da Constituição Republicana de 1891 que se começa a esboçar, nos idos anos da dita “República Velha”, um Estado de Direito no Brasil, abrindo-se o caminho institucional para a criação do mandado de segurança.

Durante o período imperial, por influência do constitucionalismo francês, veio a ser criado no Brasil o Conselho de Estado, em 22 de novembro de 1823, com funções políticas, administrativas e de contencioso administrativo<sup>17</sup>. Com a

---

<sup>17</sup> Celso Agrícola Barbi nos adverte, contudo, de que “uma certa tendência de notáveis juristas da época para a unidade de jurisdição aliada à imperfeição dos textos legais fixadores da competência desse Conselho, levaram a concluir que a solução de litígios entre particulares e a Administração pelo Conselho de Estado era excepcional, cabendo a predominância nessa função ao Poder Judiciário. (BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: *Revista de Processo*, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 20).

Proclamação da República em 1889, foi extinto o Conselho de Estado e abandonado, em definitivo, o sistema de jurisdição dual, passando o cidadão a dispor do Poder Judiciário para ver seus direitos lesados pela Administração Pública reparados. Com isso, compatibilizava-se o nosso sistema com o *judicial control* norte-americano.

Contudo, o ordenamento jurídico positivo brasileiro não havia ainda munido o Poder Judiciário de formas processuais adequadas à proteção da generalidade dos direitos individuais em face do Poder Público. A grande dificuldade enfrentada, segundo CELSO AGRÍCOLA BARBI<sup>18</sup> residia na total ausência de mecanismos processuais aptos a atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído, de modo satisfatório, pela reparação pecuniária do dano. Em outras palavras, carecia nosso ordenamento de meios processuais aptos a obrigar a Administração a se comportar de um determinado modo, prestando a obrigação *in natura*, vale dizer, inexistiam meios de se obter, contra o Poder Público, a execução específica do julgado.

Em verdade, durante longa tradição, o nosso sistema processual, como um todo, e não apenas no que se refere às ações contra o Poder Público, padeceu de uma certa resignação com a solução dos litígios através da composição por perdas e danos. Como ensina o mestre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>19</sup>:

“O dogma da *intangibilidade da vontade humana*, zelosamente guardado nas tradições pandectistas francesas, fazia o mundo aceitar que ‘toute obligation de faire, ou de ne pas faire, se resout em dommages et intérêt, em cas d’inexecution de la part du débiteur’ (art. 1.1442 do Código Civil Francês).”

Tal forma de composição de litígios é insatisfatória por frustrar a expectativa do credor em torno da situação final que realmente pretendia e lhe era lícito obter. Assim, é “portadora de somente uma *meia justiça*, ou seja, de uma injustiça.”<sup>20</sup>

<sup>18</sup> BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: Revista de Processo, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 21.

<sup>19</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “*A reforma da reforma*”. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 220.

<sup>20</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*. p. 221.

Esse quadro é ainda mais grave quando se trate de direitos do indivíduo violados pelo Poder Público, hipóteses em que, raramente, o direito lesado pode ser satisfatoriamente compensado em pecúnia, como seria o caso, *exempli gratia*, da suspensão ilegal de um servidor do exercício do cargo público de que é titular: além da insatisfatoriedade da composição meramente patrimonial, a demora no desenrolar da contenda, à falta de um provimento liminar que assegurasse a reintegração do servidor ao seu cargo, redundaria em situação de absoluta ineficácia do provimento final.

Eis, pois, o panorama com que se deparavam os operadores jurídicos, sobretudo os advogados, no início da República: havia direitos fundamentais declarados em nível constitucional e unidade de jurisdição a cargo do Poder Judiciário (em tese, independente dos demais Poderes); carecia este, no entanto, de instrumentos adequados ao desempenho de seu mister no tocante à tutela dos direitos dos cidadãos perante o Poder Público.

Com efeito, o único instrumento de garantia contra o Poder Público previsto pela Constituição Republicana de 1891 era o *habeas corpus*, concebido tradicionalmente para tutelar, exclusivamente, o direito de locomoção. Ressentia-se, pois, o nosso ordenamento de uma garantia constitucional, com a mesma índole ágil e simplificada do *habeas corpus*, para a tutela genérica dos demais direitos dos indivíduos em face do Poder Público.

## **2.1. A TEORIA DA POSSE DOS DIREITOS PESSOAIS**

Diante de tais dificuldades, surgiu entre nós a teoria da tutela da posse dos direitos pessoais, com base na qual passaram os advogados a se utilizar, para a tutela eficaz dos direitos pessoais violados pela Administração, dos procedimentos possessórios, cujas principais características consistem, precisamente, na maior celeridade do rito, que possibilita provimento liminar *inaudita altera pars*, e na execução específica do julgado.

Como ensina ALFREDO BUZAID<sup>21</sup>, os romanos não conheceram a tutela da posse dos direitos pessoais, referindo-se a posse, naquele sistema, exclusivamente aos direitos reais. No direito comum, entretanto, sob a influência do Direito Canônico, foi a tutela da posse estendida a toda sorte de direitos subjetivos. No regime do Direito português, sob a vigência das Ordenações

---

<sup>21</sup>BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26.

Filipinas, foi consagrada a tutela possessória “à manutenção de todas e quaisquer coisas incorpóreas, especificando-se as prerrogativas, as precedências, as honras, os direitos de apresentação a benefícios e outras dignidades e funções.”<sup>22</sup>.

Talvez o mais destacado jurista da Velha República, RUI BARBOSA era um dos mais ardorosos defensores da tese da tutela possessória dos direitos pessoais. BUZAID<sup>23</sup> nos dá conta de famoso caso em que fora advogado RUI BARBOSA e em que postulava, em favor de seus clientes, em 23 de julho de 1896, ao Juízo do Distrito Federal, a manutenção de posse no exercício de cargos públicos, de que ilegalmente os havia suspenso por três meses, sem vencimentos, a autoridade coatora. Sustentava RUI BARBOSA, em suma, que a suspensão ilegal em questão teria importado turbação na posse do direito e que seu remédio estaria nos interditos possessórios, “instrumentos judiciais de tutela do direito que, sem mudar de natureza, se vão adaptando, com a evolução jurídica, às novas aplicações da posse, às necessidades ulteriores de sua proteção.”<sup>24</sup>.

A tese em análise teve, durante algum tempo, boa aceitação e largo uso, notadamente quando, como registra CARLOS MÁRIO VELLOSO<sup>25</sup>, o Poder Legislativo ampliou à defesa de contribuintes pela cobrança ilegal de tributos o raio de ação dos interditos proibitórios e de manutenção de posse.

Em que pesem, no entanto, os esforços empreendidos pelos advogados da Velha República, a utilização dos interditos possessórios acabou por ser repelida pelos tribunais pátrios, que rechaçou a tese da posse de direitos pessoais.

## **2.2. A DOUTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS***

De acordo com a sua origem histórica e com as balizas assentadas na longa tradição anglo-americana, o *habeas corpus* se afigura como instrumento talhado especificamente para a tutela do direito de locomoção (*jus menendi, ambulandi, eundi ultra citroque*)<sup>26</sup>.

<sup>22</sup>BUZAID, Alfredo. *Idem*. pp. 26/27.

<sup>23</sup>BUZAID, Alfredo. *Idem*. p. 27.

<sup>24</sup>BUZAID, Alfredo. *Idem. Ibidem*.

<sup>25</sup>VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 52.

<sup>26</sup>BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 28.

Tal notável instituto, que, no Regime Imperial, não merecia qualquer menção na Constituição, foi incluído na Constituição Republicana de 1891, que, em seu art. 72, § 22, dispunha:

“Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, coação ou ilegalidade, ou abuso de poder.”

Ora, o que se observa é que, das palavras utilizadas pela Constituição de 1891, não se podia inferir, em que pese a tradicional vocação do instituto, que o *habeas corpus* estivesse reservado apenas à tutela do direito de locomoção. Eis a brecha de que precisavam os mais sagazes juristas da época para desenvolver o que se convencionou chamar “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, consoante a qual tal instrumento passaria a ser utilizado para a tutela genérica dos direitos individuais perante as ilegalidades perpetradas pelo Poder Público, tudo graças à redação utilizada pela Magna Carta de 1891.

E, com efeito, tiveram sucesso os defensores de tal tese, eis que o Supremo Tribunal passou a emprestar interpretação liberal ao comando do art. 72, §22, da Constituição Republicana, prosperando um conceito amplo de *habeas corpus*, cuja abrangência passaria a atingir casos envolvendo, por exemplo, o exercício de funções públicas ou de profissões.

Mais uma vez, destacava-se o gênio de RUI BARBOSA, que, inegavelmente, concorrera para a aceitação da tese. Em calorosos discursos proferidos no Senado, o mestre traçava as linhas de sua doutrina, argumentando que a Constituição de 1891, em nenhum momento, utilizara as expressões prisão ou constrangimentos corporais, mas, ao contrário, segundo RUI, “fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência.”<sup>27</sup>. Assim, sempre que restassem configuradas a violência ou a coação, estar-se-ia diante da hipótese constitucional do *habeas corpus*, desde que a origem de tal coação ou violência fosse ilegítima ou, melhor dizendo, decorresse de ilegalidade ou abuso de poder. Havendo tais requisitos, qualquer que fosse o direito violado, ou ameaçado em seu exercício, seria passível de socorro por esta via heróica.

Por enfatizar o amplo espectro de atuação do *habeas corpus*, vale ser trazido à colação trecho de discurso de RUI BARBOSA perante o Senado Federal, citado por CARLOS MÁRIO VELLOSO:

---

<sup>27</sup>BARBOSA, Rui *apud* VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 53.

“Srs. Senadores (dizia Rui), que é que se chama coação? Que é que se denomina a violência? Coação, definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, qualquer que este seja, desde que, no exercício de um direito meu, qualquer que ele fosse, intervém uma coação externa sob cuja pressão eu me sinto embaraçado, tolhido, para usar desse direito, na liberdade plena de seu exercício: estou debaixo daquilo que em direito se considera coação. E violência? Violência é o uso da força material ou moral. Debaixo de qualquer das duas formas, em graus eficiente para evitar, contrariar ou dominar o exercício do meu direito.”<sup>28,</sup>

Em que pese tenha a tese liberalista se sagrado vencedora no Supremo Tribunal Federal, RUI BARBOSA encontrou na figura do então Ministro PEDRO LESSA um forte opositor, que não aceitava que fossem tão irrestritos os contornos do *habeas corpus*. Para PEDRO LESSA, embora fosse admissível a utilização do *habeas corpus* em defesa de direitos individuais outros, que não apenas o de locomoção, a tutela de tais direitos só seria possível, na via estreita desse *writ*, quando o seu exercício dependesse de que se assegurasse também a liberdade corpórea. É dizer: era preciso que a liberdade física fosse uma condição, um meio ou caminho para o exercício do outro direito individual postulado. Se não houvesse essa relação de meio e fim com o direito de liberdade, não seria caso de *habeas corpus*.

No entanto, foi em outro aspecto de sua teoria quanto à utilização do *habeas corpus* que PEDRO LESSA mais contribuiu para a ciência jurídica e, sobretudo, para a elaboração do mandado de segurança: a definição de determinados atributos (restritivos) que o próprio direito civil postulado, de cujo exercício a liberdade tinha de ser um meio, deveria apresentar para que fosse possível a sua tutela através do *habeas corpus*. O Ministro, ao se referir a tais atributos ou exigências, acentuava que o direito civil tutelado, de modo radicalmente excepcional pela via restrita do *habeas corpus*, haveria de ser líquido, certo e incontestável.

Eis a origem histórica da expressão que é centro das atenções deste trabalho e que veio se tornar pedra basilar na estrutura da ação de segurança, já que o requisito restritivo, antes concebido por PEDRO LESSA como indispen-

---

<sup>28</sup> VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 53

sável à concessão do *habeas corpus*, viria a se tornar requisito constitucional para a concessão do mandado de segurança.

CELSO AGRÍCOLA BARBI<sup>29</sup> ratifica essa origem jurisprudencial do instituto em tela:

“A expressão direito líquido e certo não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, e para aplicação a este.”

No mesmo sentido é a observação de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI<sup>30</sup>:

“Pedro Lessa foi quem introduziu a expressão *certo, líquido e incontestável*, nos julgados do Supremo Tribunal, e apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos juízes daquele Tribunal para que se pudesse ampliar o conceito clássico de *habeas corpus* a outros direitos que não os concernentes à liberdade física.”

Imprescindível trazer à colação trecho do voto do Ministro Pedro Lessa proferido no *habeas corpus* 3.539, impetrado por Rui Barbosa no STF. Não só porque atesta a origem da expressão, mas também, além disso, porque já traz em si, nos termos retoricamente utilizados sem vigor técnico, o embrião da polêmica que, durante todo o século XX e até os dias atuais, haveria de se travar em torno do alcance das expressões “direito certo e incontestável” e “direito líquido e certo”. Vejam-se as palavras do Ministro:

“A liberdade de locomoção é um direito fundamental, condição do exercício de um sem-número de direitos. No segundo caso, o constrangimento se limita à privação da liberdade, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem

---

<sup>29</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 55.

<sup>30</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão.. *A Constituição Federal Comentada*.. v. 3. Rio de Janeiro: Konfino, 1993. p.55)

detido, nem desterrado, nem ameaçado de qualquer desses constrangimentos à liberdade individual. Apenas lhe tolhem os movimentos necessários para o exercício de um certo direito; não permitem que volte ao domicílio, que penetre na repartição onde é empregado, que vá à praça pública onde se deve realizar uma reunião política, ou à assembléia política de que é membro. Neste segundo caso, diversa é a indagação a que deve proceder o juiz a quem se impetrou a ordem. Cumpre-lhe verificar se o direito que o paciente quer exercer, e do qual é a liberdade física uma condição, um meio, um caminho, é um **direito incontestável, se não há uma controvérsia sobre esse direito, que deve ser dirimido em outro processo.** Esta investigação se impõe ao juiz, porquanto o processo do *habeas corpus* é de andamento rápido, não tem forma nem figura de juízo, e conseqüentemente, **não comporta o exame, nem a decisão de qualquer outra questão judicial, que lhe queira anexar, ou que nele se pretenda inserir. Desde que esteja apurada a posição jurídica inquestionável, a situação legal bem manifesta,** de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um *direito líquido*, não é lícito negar o *habeas corpus*. ”<sup>31</sup>

Como se observa, o voto em questão já nos permite antever as discussões que se desenrolariam em torno do conceito de direito certo e incontestável ou líquido e certo, pois não é possível inferir do voto se o “direito incontestável” ou “a situação legal bem manifesta” são atributos referentes apenas à comprovação documental dos fatos em que se funda o pedido ou, ao contrário, se a “controvérsia” a ser dirimida em outro processo, pode dizer respeito a questões de direito.

Pois bem. A doutrina brasileira do *habeas corpus* havia estabelecido os contornos (controvertidos *ab initio*) para que os legisladores criassem o mandado de segurança como medida genérica de tutela de direitos individuais e, de fato, o mandado de segurança consiste em um desdobramento operativo e processual da figura do *habeas corpus*. No entanto, a criação do mandado de segurança só ganhou impulso definitivo com a Reforma Constitucional de 1926, que impôs nítidos limites restritivos ao manejo do *habeas corpus*, passando tal instituto a se destinar à tutela exclusiva da liberdade de locomoção, tal como em

<sup>31</sup> Voto citado em MACIEL, Adhemar Ferreira. “Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo.” *In: Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 18.

sua feição tradicional. Com a reforma, o art 72, §22, da Constituição passou a ter a seguinte redação:

“dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, **por meio de prisão, ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.**” (grifos apostos)

Diante dessa substancial alteração, restou configurado um verdadeiro “vazio institucional”<sup>32</sup>, o que apressou a criação do mandado de segurança. Logo em 1926, o deputado GUDESTEU PIRES apresentou o Projeto de Lei n. 148, que instituíu o mandado de segurança. O projeto, no entanto, não vingou, e a ação de segurança só veio a ter respaldo no direito positivo quando da elaboração da Constituição de 1934, por iniciativa de JOÃO MANGABEIRA e com a colaboração de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, CARLOS MAXIMILIANO, entre outros.<sup>33</sup> A Assembléia Constituinte acolhe o projeto e a Constituição de 1934 passa a prescrever, em seu art. 113, item 33:

“dar-se-á Mandado de Segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.”

Como se vê, as expressões utilizadas nos votos do Ministro PEDRA LESSA foram incorporadas pelo texto Constitucional de 1934, acrescentando-se, ainda, que o ato impugnado fosse manifestamente ilegal ou inconstitucional. Logo em 1936, no plano infraconstitucional, é votada a primeira lei ordinária que disciplinou o procedimento da ação de segurança, a Lei 191, de 16 de janeiro de 1936. Em 1939, o mandado de segurança passou a ser tratado pelo Código de Processo Civil, que o disciplinou.

Na Carta política de 1937, o mandado de segurança foi suprimido do texto constitucional, continuando a ser aplicado, todavia, por força das disposições da Lei 191, de 1936 e do CPC, de 1939, que disciplinavam o instituto.

---

<sup>32</sup>WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela Jurisdicional das liberdades públicas*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1991. p. 92.

<sup>33</sup>BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: Revista de Processo, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 21.

Com a redemocratização do país e com a Constituição de 1946, o mandado de segurança voltou a ostentar a condição de garantia constitucional (art. 141, n.24) e sofreu substanciais modificações ao se substituir, em sua disciplina constitucional, a expressão “direito certo e incontestável” (constante da Carta de 1934) por “direito líquido e certo” e ao ser suprimida a exigência de que a ilegalidade ou inconstitucionalidade fosse manifesta.

Ainda sob a vigência da Constituição de 1946, foi promulgada a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, diploma básico disciplinador do Mandado de Segurança até os dias atuais.

No plano constitucional, não houve alterações no tocante ao requisito do direito líquido e certo, eis que a fórmula utilizada pela Constituição de 1946 foi repetida pelas Constituições de 1967 (art. 153, §21) e de 1988 (art. 5º, LXIX).

## **PARTE II**

### **AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

#### **1. MANDADO DE SEGURANÇA E DEMAIS AÇÕES DE CONHECIMENTO: “INVERSÃO FUNDAMENTAL”**

Nas ações de conhecimento em geral, seja no procedimento comum, ordinário ou sumário (art. 272, do Código de Processo Civil - CPC), seja em procedimentos especiais, vige a regra geral de que o ônus da prova cabe àquele que alega o fato que lhe aproveite, sendo incumbência do autor de uma determinada pretensão provar a veracidade dos fatos que alega e nos quais pretende assentar-se o direito que postula.

Os fatos narrados na inicial e o pedido formulado conferem os contornos à lide a ser decidida. O autor dispõe de todos os meios de prova em direito admitidos (art. 332, do CPC) para comprovar a veracidade dos fatos articulados. Se, entretanto, não lograr, ao longo de toda a instrução probatória, comprovar o que alega, o fato narrado e não comprovado será tido por inexistente, salvo quando se trate de fatos que não dependam de prova (art. 334, do CPC) ou quando se operarem os efeitos da revelia, hipótese em que os fatos afirmados pelo autor reputar-se-ão verdadeiros (art. 319, do CPC), ainda que não comprovados.

Fora dessas ocasiões especiais, os fatos narrados e não provados são, como já assinalado, tidos por inexistentes, podendo o juiz, conforme as outras

circunstâncias do caso, rejeitar o pedido do autor, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil. Compondo a lide de modo definitivo, presentes os pressupostos processuais e condições da ação, tal decisão se revestiria da autoridade de coisa julgada material. Ainda que a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, não faça coisa julgada, nos termos do art. 469, do CPC, uma ação envolvendo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, §2º, do CPC) não poderia ser repetida, eis que configurada a tríplice identidade.

Na ação de segurança, que é ação de conhecimento que se exerce através de procedimento especial de índole documental<sup>34</sup>, há uma inversão fundamental em relação aos paradigmas do procedimento comum, alhures delineados. É que, no mandado de segurança, a não comprovação da veracidade dos fatos alegados conduz à extinção do feito, sem julgamento de mérito, inviabilizando a composição da lide.

A impossibilidade de dilação probatória e a absoluta vedação à produção de novas provas, exigências impostas pelos contornos especialíssimos conferidos ao rito da ação mandamental, exigem que toda a prova dos fatos alegados seja carreada aos autos com a inicial, documentalmente. Se não houver tais provas, não é caso de mandado de segurança, sendo o impetrante carecedor do direito de ação de segurança.

Assim, consiste a aludida inversão fundamental em fazer deslocar, da seara do mérito para a das condições de ação, a prova dos fatos alegados. Daí a razão fundamental para que a revelia não produza seus efeitos na ação mandamental: como incumbe ao autor provar os fatos juntamente com a inicial para que a pretensão que veicula possa ser conhecida e decidida, se não o fizer, à evidência que o magistrado não poderá, à falta de informações da autoridade coatora, reputar verdadeiros os fatos alegados; deverá, sim, considerar o impetrante carecedor do direito de ação.

Esse aspecto, que denominamos de inversão fundamental em relação aos demais procedimentos cognitivos, nada mais é do que um dos aspectos (ou talvez o único) do requisito constitucional do “direito líquido e certo”, qual seja, o de que as provas dos fatos articulados devem acompanhar a exordial para que a ação de segurança seja conhecida.

---

<sup>34</sup>BARBI, Celso Agrícola. A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil. In: *Revista de Processo*.a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982, p. 22.

Quanto a esse aspecto, não há discrepância na doutrina, que é uníssona em acentuar tal exigência desde as origens do mandado de segurança, ainda que não a tenha subsumido a qualquer categoria da teoria do processo (condição da ação, pressuposto processual etc.). Vale dizer: seja a que título fosse, a exigência de prova pré-constituída sempre foi tida pela doutrina como um requisito imprescindível, aspecto da consagrada fórmula constitucional “direito líquido e certo”.

Com efeito, desde os tempos da teoria brasileira do *habeas corpus*, nos votos do ministro PEDRO LESSA, esse aspecto fundamental ficara estabelecido, fora de dúvidas.

A grande e intrigante questão é se, a par desse aspecto, a expressão direito “líquido e certo” quer também se referir a um determinado atributo do próprio direito material vindicado. Se, em suma, estando os fatos comprovados, a questão de direito a ser dirimida precisa se revestir de determinadas condições para que a ação mandamental seja conhecida e, eventualmente, provida.

Então, o que se coloca é, em outras palavras, saber se é possível, para efeito de verificar se presente o atributo de liquidez e certeza do direito, incursionar-se na fase de “acertamento da relação fático-jurídica”<sup>35</sup>, vale dizer, na fase em que se opera a subsunção norma-fato, dizendo-se se dos fatos articulados (e provados de plano) decorre o direito subjetivo vindicado, a pretensão deduzida, enfrentado-se as questões de direito.

Se possível tal incursão no âmbito do direito material para fins de verificação do direito líquido e certo, é preciso indagar a que título ela se opera: se como uma condição prévia de admissibilidade, concernente ao grau de plausibilidade da tese de direito, analisada de modo preliminar e perfunctório; ou como condição da procedência da própria ação de segurança, avaliada apenas por ocasião da sentença de mérito.

Eis, em suma, as questões envolvidas no equacionamento da expressão direito líquido e certo e sobre as quais os doutrinadores, ao formularem sua conceituação desse requisito, estarão necessariamente se posicionando, ainda que não o façam expressamente, ou até mesmo disso não se apercebam. Assim também se deve afirmar quanto aos operadores do direito, que estarão sempre tomando posições jurídicas (em seus pareceres, petições e decisões judiciais) reveladoras do que verdadeiramente concebem a respeito do alcance da expressão “direito líquido e certo” em sede da ação de segurança.

---

<sup>35</sup> Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Velloso em voto proferido no MS (AgRg) 21.143-Rel.p/ Min. Marco Aurélio red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76.

## 2. CONCEPÇÕES MATERIALISTAS DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

### 2.1. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMO DIREITO EVIDENTE

A primeira corrente conceitual do atributo constitucional em tela teve sua origem ao tempo da elaboração da “teoria brasileira do *habeas corpus*”, tendo se consolidado ao tempo em que vigeu a Constituição de 1934, que utilizava a dicção “direito certo e incontestável” e ainda “ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal”.

Diante de tal dicção constitucional, formou-se o entendimento de que a Constituição, ao se referir a um direito “certo e incontestável”, estava se reportando a uma espécie de direito que, a par de existente no plano material, tivesse um *plus*, um algo mais, um atributo especial, sem o qual não poderia ser tutelado pela via *especial*. E definir esse atributo, de cunho material, consistia no esforço da doutrina e da jurisprudência.

Segundo MILTON FLAKS<sup>36</sup>, teria partido do então Juiz Federal CUNHA MELLO uma das primeiras tentativas de interpretar a dicção da Constituição de 1934. Segundo CUNHA MELLO, direito “certo e incontestável” seria aquele “contra o qual se não podem opor motivos ponderáveis e sim vagas alegações cuja improcedência o magistrado pode reconhecer imediatamente, sem necessidade de detido exame.”

Porém, o mais ilustre expoente dessa corrente foi CARLOS MAXIMILIANO<sup>37</sup>, que asseverava tratar-se o direito certo e incontestável de “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações”. E, ainda, “(...) por outras palavras, é o que nenhum jurista de mediana cultura contestaria de boa fé ou desinteressadamente”<sup>38</sup>.

Como se vê, em suma, tal corrente de pensamento enxergava na evidência, simplicidade, ou insuscetibilidade de controvérsia do direito material postulado o cerne do requisito constitucional em debate. E, por demasiado subjetivo e simplista, tal critério foi alvo de severas críticas.

---

<sup>36</sup> FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 111.

<sup>37</sup> Parecer, *Jornal do Comércio* de 28.08.1934. cf. BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84.

<sup>38</sup> MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição (1946)*. 5. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 146 *et seq.*

Nesse sentido, aduzia OROZIMBO NONATO<sup>39</sup>, ao se referir ao aspecto da incontestabilidade:

“Se se cingir ao sentido literalíssimo do texto, poderemos concluir que nenhum ato oferecerá matéria ao mandado de segurança; porque muito raro é a regra de direito ou princípio jurídico que não sofre crítica, revisão ou restrição. São raríssimos os princípios que, atualmente, persistem inabalados pela crítica da doutrina e, por outro lado, a incontestabilidade absoluta não se verifica, de fato. O litigante desimpedido, audaz ou afoito pode contestar o direito mais evidente.”

PONTES DE MIRANDA<sup>40</sup>, a seu turno, com a precisão de sempre, destaca o subjetivismo que inviabiliza a tese em questão:

“A certeza e liquidez de um direito não podem depender de não haver dúvida quanto à lei que rege esse direito, porque tal dúvida é subjetiva, existe e depende de elementos interiores, de estados de convicção dos juízes, e não da relação jurídica”

O eminente jurista CASTRO NUNES, por sua vez, criticava o esforço dos doutrinadores em formular um conceito apriorístico de direito líquido e certo, o que segundo ele, sempre redundava em sinônimas inúteis (translúcido, claro, evidente), “verdadeiras perissologias que nada definem”.<sup>41</sup> Tais fórmulas verbais, segundo o aludido autor, teriam mais valor como advertências ao magistrado do que enquanto definições.<sup>42</sup>, e arremata:

“Tudo depende da equação pessoal do juiz, das suas idéias gerais, do seu preparo jurídico, em uma palavra, da sua apreciação subjetiva do caso em julgamento.”<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Citado sem referências bibliográficas em NOGUEIRA, Luciano de Lara. “Mandado de segurança (breve estudo sobre a figura do mandado de segurança no Ordenamento Jurídico Nacional e Internacional”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 1996, p. 166.

<sup>40</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. p.360.

<sup>41</sup> NUNES, Castro. “Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra o Poder Público”. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 64.

<sup>42</sup> NUNES, Castro. *Idem*. p. 65.

<sup>43</sup> NUNES, Castro. *Idem. Ibidem*.

Como se observa, não obstante a pertinência da crítica esboçada, CASTRO NUNES também não foge ao grupo daqueles que fazem assentar-se em noções demasiado subjetivas o alcance da cláusula constitucional em análise.

Deve-se anotar que, se tais interpretações eram justificáveis diante da dicção da Magna Carta de 1934, a partir da promulgação da Constituição de 1946, que suprimiu o advérbio “manifestamente” e substituiu a expressão “certo e incontestável” por “líquido e certo”, a literalidade da nova redação passou a não ensinar, por si só, qualquer perquirição acerca de um direito translúcido, evidente, acima de qualquer suspeita. No entanto, mesmo após a Constituição de 1946, parte da doutrina continuou invocando tais expressões para limitar o cabimento da medida.

Não é incomum, outrossim, encontrar, ainda nos dias atuais, julgados em que a segurança é denegada ao argumento de que a matéria de direito é demasiadamente complexa. Nesse sentido, SÉRGIO FERRAZ nos dá conta de decisões relativamente recentes, *in verbis*:

“Encontramos inúmeros julgados assim orientados, espalhados por diversos Tribunais do País. Assim, por exemplo, já decidiram o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (RF 123/207), o do Rio Grande do Norte (Arquivo Judiciário 94/184) o de São Paulo (RT 194/298) e, mais recentemente, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (MAS 49.228, DJU 28.7.95, Parte II, p. 46.877)”<sup>44</sup>

Cita ainda, o mesmo autor, decisão em que também o Superior Tribunal de Justiça teria incorrido no que, segundo o autor, seria um equívoco:

“Direito líquido e certo a ser protegido pelo *mandamus* é o que decorre de um dispositivo da lei (ou da Constituição), de eficácia imediata. (MS 1.043-0, DJU 21.3.94, pp. 5.425-6)”<sup>45</sup>.

## **2.2. CONCEPÇÃO DE ALFREDO BUZAID**

ALFREDO BUZAID se alinha entre os críticos da concepção acima mencionada, que concebe o direito líquido e certo como evidente, translúcido, o que se infere do seguinte excerto de célebre obra sua, *in litteris*:

---

<sup>44</sup>FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

<sup>45</sup>FERRAZ, Sérgio. *Idem*. p. 22.

“Este conceito é ainda muito subjetivo. O que para uns pode parecer evidente e translúcido, para outros será duvidoso e controvertido. (...) A característica do direito líquido e certo não é assim a sua simplicidade, em contraposição a um direito complicado, que comporta questões de alta indagação. O direito, por ser menos simples, não se torna por isso mais incerto. Complexidade não é sinônimo de incerteza.”<sup>46</sup>

O autor em questão, embora repudie a tese de que cuida o tópico anterior, dela não se afasta, em essência.

BUZAID entende que o mandado de segurança é uma ação que se distinga das demais pela “índole do direito que visa tutelar”<sup>47</sup>, o direito líquido e certo, “categoria especial de direitos públicos subjetivos”<sup>48</sup>, pertencente à ordem jurídica material<sup>49</sup>. Alinha-se, portanto, à corrente materialista na definição de direito líquido e certo, não se distanciando, substancialmente, da concepção de CARLOS MAXIMILIANO.

Após longa explanação em que faz uma comparação entre o direito líquido e certo tutelado no mandado de segurança e o título líquido e certo, esforçando-se por definir o requisito constitucional em questão, acaba por conceituá-lo em termos muito semelhantes aos contidos nas formulações construídas à luz da Constituição de 1934, como se infere do seguinte trecho de seu pensamento:

“O que, a nosso ver, esclarece o conceito de direito líquido e certo é a idéia de sua *incontestabilidade*, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito. (...) Se surgir a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de mandado de segurança.”

<sup>46</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84

<sup>47</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989. p. 74.

<sup>48</sup> BUZAID, Alfredo. *Idem*. p. 1.

<sup>49</sup> BUZAID, Alfredo. *Idem*. p. 86.

O que merece destaque na teoria de BUZAID, entretanto, é a classificação de que lança mão para tentar esclarecer que o direito líquido e certo é uma categoria especial de direito material, para cuja tutela a Constituição preconizaria o mandado de segurança<sup>50</sup>. Sustenta o referido autor existir uma gama de direitos subjetivos materiais que podem ser ajuizados e que se dividiriam em três grupos. O primeiro corresponderia àqueles que devem ser afirmados e provados judicialmente, sob pena de ser rejeitado o pedido do autor (ações de conhecimento); o segundo abrangeria os direitos reconhecidos em documentos, que exprimiriam a certeza e a liquidez do seu valor (títulos executivos, como letras de câmbio, notas promissórias, dentre outros); no terceiro grupo estariam os direitos líquidos e certos, “que, por sua clareza e evidência, não comportam discussão judicial a seu respeito”.<sup>51</sup>

Quer-se chamar atenção a esse ponto da teoria de BUZAID precisamente porque, embora o autor engendre tal classificação para comprovar a natureza material do direito líquido e certo, ele acaba, ao fazê-lo, deixando transparecer, em suas próprias palavras, a fragilidade de sua concepção. Senão vejamos.

O autor cita, na segunda categoria de sua classificação, os títulos executivos. Ora, a obrigação de pagar, por exemplo, que emerge de um título executivo extrajudicial em nada difere, no plano do direito material, daquela que resulta de uma relação obrigacional qualquer, que não tenha se assentado em um título de eficácia executiva. No plano do direito civil, a obrigação, e, portanto, o direito material, será o mesmo. Com efeito, a eficácia executiva de um crédito decorrente de vínculo obrigacional depende do que dispuserem as leis de processo acerca do instrumento em que estiver fundado, conferindo-lhe, ou não, eficácia executiva. Tanto assim, que é o Código de Processo Civil que fornece o elenco dos títulos executivos extrajudiciais (art. 584, do CPC).

Um título executivo não deixa de ser, em verdade, um documento a que as leis de processo conferem o valor de “prova pré-constituída” da obrigação. Daí se fazer mister afirmar, com segurança, que a própria classificação dos direitos construída por BUZAID põe em relevo aspectos eminentemente processuais, já que inexiste qualquer diferença, no plano do direito material, hábil a extremar os direitos reconhecidos em títulos executivos das demais espécies ali men-

---

<sup>50</sup> BUZAID, Alfredo. *Idem.* p.74.

<sup>51</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p.75.

cionadas. Tal ilação já é suficiente para a compreensão de que também o direito líquido e certo, no bojo daquele intento classificatório, possa encontrar nota individualizadora unicamente por seus peculiares contornos processuais.

Parece-nos, pois, que, com essa classificação, BUZAID fornece mais subsídios à concepção processualista do direito líquido e certo do que propriamente à concepção materialista que defende.

### **2.3. SUBSUNÇÃO DAS TESES MATERIALISTAS ÀS CATEGORIAS DA TEORIA DO PROCESSO**

Cumpre-nos agora, após a exposição dos aspectos gerais da concepção materialista, indagar de que maneira ela responderia à questão fundamental desse trabalho, qual seja, se a apreciação do requisito constitucional em análise implica, também, incursão naquela fase em que ocorre a subsunção norma-fato e, caso positiva a resposta, a que título se faz tal apreciação ou sob a invocação de que categoria processual.

A resposta à primeira indagação, à toda evidência, seria afirmativa, ou seja, a perquirição acerca da presença do requisito constitucional em questão, implicaria, sim, uma incursão no plano do direito material. E esta se daria para verificar se o direito postulado, além de existente, seria, ademais, translúcido, evidente etc..

Quanto à questão de a que título se faz tal perquirição, é interessante observar que o direito translúcido e evidente se apresenta, em tal concepção, a um só tempo, como uma condição especial da ação de segurança e como pressuposto de uma sentença de procedência do pedido, conforme esteja ou não configurado o requisito em tela. Explica-se.

É que, quando predominante tal concepção, entendia-se que, se o direito, embora assentado em fatos comprovados de plano e, ainda que existente, não fosse incontroverso, translúcido, evidente etc., não seria caso de mandado de segurança, sendo lícito ao impetrante, no entanto, postulá-lo pelas vias ordinárias. Assim, quando ausente o pressuposto de liquidez e certeza (evidência do direito no plano material), o impetrante seria carecedor da ação especial de segurança, e a liquidez e certeza funcionaria como uma condição da ação.

Presente tal requisito, no entanto, a ação, além de conhecida, haveria de ser julgada necessariamente procedente, pois não seria concebível que o direito fosse, para efeito de conhecimento da ação, evidente e incontroverso e, no mérito, tido por inexistente. É que, se o direito além de existente foi tido por certo

e incontestável ou líquido e certo, o que é um *plus*, não poderia ser posteriormente declarado inexistente.

#### **2.4. A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA DE ACORDO COM A CONCEPÇÃO MATERIALISTA**

Sob o pálio de tal entendimento, logo se engendrou a tese de que a sentença concessiva de segurança, por reconhecer não só a existência do direito, mas também que este era certo e incontestável, faria coisa julgada material; a sentença denegatória, ao contrário, em qualquer hipótese, não faria coisa julgada contra o impetrante, pois apenas teria atestado que o direito não era certo e incontestável e, portanto, poderia existir e ser postulado nas vias ordinárias.

A jurisprudência, encampando tal ordem de idéias, seguiu o mesmo caminho e o Supremo Tribunal Federal editou, então, a súmula 304, cujo teor é o seguinte:

“Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.”

A interpretação gramatical da súmula e a oração reduzida “não fazendo coisa julgada contra o impetrante” não deixam dúvidas de que o que STF quis dizer que, sendo denegatória a sentença da ação de segurança, seja qual for o fundamento, não fará coisa julgada contra o impetrante.<sup>52</sup>

Eis, portanto, em breves linhas, as repercussões processuais da tese analisada neste tópico, as quais se fizeram sentir enquanto prevalecia, entre nós, esta concepção de direito líquido e certo.

### **3. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMO UMA NOÇÃO TIPICAMENTE PROCESSUAL**

Por essa concepção, que convencionaremos chamar de processualista, a cláusula “direito líquido e certo” estaria a se referir apenas à exigência de que os fatos em que se pretende fundar o direito estejam comprovados de plano, com

---

<sup>52</sup> Como se verá adiante, no entanto, com a superação da tese materialista, essa interpretação do preceito sumular foi abandonada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir a possibilidade de formação da coisa julgada material em sentença denegatória de segurança.

a inicial, sendo inteiramente irrelevante, nessa concepção, a complexidade das questões de direito relacionadas à pretensão que se veicula.

A pedra angular de tal concepção ancora-se na dicotomia fundamental, que nos é fornecida pela Teoria Geral do Direito, que distingue o direito objetivo do subjetivo. E com base nessa distinção, assevera-se que, no plano do direito objetivo, todo direito, desde que existente, é certo, não sendo lícito ao magistrado deixar de aplicá-lo sob a alegação de que a matéria é complexa ou intrincada.

A liquidez e certeza diriam respeito apenas, portanto, à comprovação do direito subjetivo no processo, através das provas coligidas com a inicial, só sendo cabível falar em direito líquido e certo na perspectiva do processo. No plano objetivo, no entanto, não seria possível conceber uma tal categoria especial de direitos, tal como preconiza BUZUID, que vê nos direitos líquidos e certos uma categoria especial de direitos, mais intensamente tutelados pela ordem jurídica.<sup>53</sup>

A doutrina em foco, em verdade, só começou a ganhar tomo a partir da Constituição de 1946, que como já acentuado alhures, promovera alterações significativas na redação da cláusula constitucional a respeito dos requisitos para a ação mandamental. No entanto, de modo pioneiro e em lição que parece impassível de críticas até os dias atuais, o então Ministro COSTA MANSO (Supremo Tribunal Federal), já em 1936 (ainda sob a vigência da Constituição de 1934, portanto), em célebre voto proferido no MS 333/1936, assentava as bases dessa doutrina<sup>54</sup>:

**“Eu porém, entendo que o art. 113, n. 33, da Constituição empregou o vocábulo direito como sinônimo de poder ou faculdade decorrente da lei ou norma (direito subjetivo). Não aludiu à própria lei ou norma (direito objetivo). O remédio judiciário não foi criado para a defesa da lei em tese. Quem requer o mandado, defende o seu direito, isto é, o direito subjetivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, ou o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela**

<sup>53</sup> BUZUID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989, p. 1

<sup>54</sup> Voto citado em FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. pp. 20/21.

não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Lei de Introdução). Só se exige a prova do Direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. **O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter o mandado de segurança.** O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência, para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de plano um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência difícil ou duvidosa. **Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança.**”

(grifos apostos)

CELSO AGRÍCOLA BARBI, na esteira do pensamento de COSTA MANSO, destaca a natureza processual do direito líquido e certo:

“O conceito de direito líquido e certo é **tipicamente processual**, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se funda puderem ser provados de forma incontestável, certa no processo. E isso normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.”<sup>55</sup>

No mesmo sentido é a lição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que, destacando a distinção entre direito subjetivo e Direito objetivo, nega a existência, no plano material, de uma categoria especial de direitos:

“Os direitos, enquanto categorias próprias dos diversos ramos do direito material, que o estabeleçam, existem ou não existem. (...) Na dimensão do processo é que os direitos podem apresentar-se como ‘incertos’ ou

---

<sup>55</sup>BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 75.

‘ilíquidos’, no sentido de controversos. (...) **Não há, no plano material, essa categoria de direitos.**”<sup>56</sup>

(grifos apostos)

HELY LOPES MEIRELLES, embora seja impreciso e vacilante nas primeiras linhas de sua definição, que sugerem filiação à concepção materialista, não deixa dúvidas, no desfecho de sua explanação, que adota a tese inaugurada por COSTA MANSO:

“Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir **expresso em norma legal** e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (...) Em última análise, **direito líquido e certo é direito comprovado de plano (...). É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.**”<sup>57</sup>

(grifos apostos).

Inúmeros são os doutrinadores que se filiaram à concepção tratada acima<sup>58</sup>, cada um dos quais fornecendo-nos uma definição própria de direito líquido e certo, mas sempre, em essência, repetindo as matizes estabelecidas no célebre voto de COSTA MANSO.

<sup>56</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. V. 2. (Execução Obrigacional, Execução Real, Ações Mandamentais). 5 ed. São Paulo: RT, 2002. pp. 370/371.

<sup>57</sup> MEIRELLES, Ely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 14ª ed., atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 25.

<sup>58</sup> Dentre os quais: **Ernani Fidelis dos Santos** (*Manual de direito processual civil*. 3 ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1994. p.169); **Carlos Alberto Menezes** Direito (*Manual do mandado de segurança*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 60); **Vicente Greco Filho** (*Tutela Constitucional das liberdades*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 161); **Seabra Fagundes** (*O controle do Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p 265.); **Pontes de Miranda**, (*Tratado das Ações*. Tomo I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. p.360); **Yves José de Miranda Guimarães** (*Comentários à Constituição* (direitos e garantias individuais e coletivos). 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 92.

No plano jurisprudencial, a tese também é vencedora, tendo se consagrado no Supremo Tribunal Federal, como atesta a recente Súmula 625 daquela Egrégia Corte, publicada em nove de outubro de 2003, que, como se demonstrará no momento oportuno, em que serão analisados os julgados dos quais foi extraída, abraçou em cheio o entendimento em questão.

### **3.1. SUBSUNÇÃO DA TESE PROCESSUALISTA ÀS CATEGORIAS DA TEORIA DO PROCESSO**

Voltando ao enfrentamento da questão fundamental sugerida no presente estudo, o que se observa é que, de acordo com a tese analisada neste tópico, a perquirição acerca do requisito do direito líquido e certo não comporta, a qualquer título, incursão na fase de “acertamento da relação fático-jurídica”. Em suma, não se destina a dirimir, a qualquer título e grau de profundidade, questões de direito; cinge-se, ao contrário, a indagar se há, ou não, prova pré-constituída dos fatos alegados. Se não as há, não é caso de mandado de segurança, devendo ser extinta a ação sem julgamento de mérito.

Se essa etapa for superada, é dizer, se houver prova dos fatos alegados, a questão de direito será analisada, conhecendo-se do pedido do impetrante.

CARLOS MÁRIO VELLOSO chama atenção para essas duas fases do procedimento, acentuando que a primeira delas (que perquire sobre o cabimento da medida) se cinge à análise da prova dos fatos:

“Aliás, é interessante estabelecer estas duas fases: a fase do cabimento e a fase da concessão. Até a primeira fase, só examinamos se os fatos são mesmo incontroversos. Incontroversos, cabe o mandado de segurança. Os fatos então, que dariam nascimento ao direito, podem ser examinados. Vamos fazer incidir sobre eles a norma. Incidindo a norma, se entender o Juiz que há direito líquido e certo<sup>59</sup>, concede-se a segurança.”<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Insta observar que a expressão “direito líquido e certo” foi aqui utilizada de forma despretensiosa, sem qualquer referência à sua natureza jurídica, mas apenas como alusão ao texto constitucional, que a emprega como pressuposto para a “concessão” da segurança. Pelo conjunto de sua exposição, percebe-se que o Ministro, ao utilizar a expressão, não quis afirmar que o direito líquido e certo diga respeito ao mérito do *mandamus*. Em verdade, seria mais técnico e coerente com o seu posicionamento se dissesse apenas “se entender o Juiz que **há direito**”.

<sup>60</sup> VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. In: FERRAZ, Sérgio. *Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 57.

Sendo a comprovação dos fatos alegados uma condição para que haja uma sentença de mérito, parece-nos, nessa concepção, subsumir-se o direito líquido e certo à categoria de condição da ação, específica do mandado de segurança. Condição essa especialíssima e que diz respeito **exclusivamente** à exigência de prova pré-constituída dos fatos alegados.

É nesse sentido a conclusão de ADHEMAR FERREIRA MACIEL<sup>61</sup>, em trabalho que versa sobre o tema em foco:

“Em suma, dentro da melhor corrente doutrinária e jurisprudencial, o direito líquido e certo é *condição da ação do mandado de segurança*. Nada tem com o mérito. Quem não prova na inicial o que diz, não tem direito líquido e certo. Deve ser, então, julgado carecedor da ação de segurança.”

O mesmo autor faz um interessante levantamento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual comprova que, não obstante aquela Corte, de modo absolutamente predominante, venha associando o direito líquido e certo à existência de prova pré-constituída, não tem esboçado uma maior preocupação em qualificar o requisito constitucional em tela como uma condição especial da ação de segurança. Assim, diante da inexistência desse pressuposto, o STJ cuida, indistintamente e sem qualquer rigor técnico, de “indeferimento” ou “denegação” da segurança ou, por outro lado, de “não conhecimento” do *mandamus*, como se se tratasse de recurso<sup>62</sup>.

Sobre boa técnica processual, a propósito, permitam-nos as seguintes ponderações.

Como, de acordo com a concepção em tela (a que nos filiamos), a liquidez e certeza se referem aos fatos e, por seu turno, o direito, desde que existente, será sempre certo, parece-nos não haver razão para que o magistrado, ao conhecer do pedido do autor, diga que está concedendo ou denegando a segurança porque presente ou ausente “direito líquido e certo”. Na verdade, parece-nos ser de melhor técnica que, ao proferir sentença de mérito, proclame, simplesmente, que há ou que não há direito. É que, se ao denegar a segurança o

<sup>61</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 31.

<sup>62</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998, p. 29.

fizer alegando que não vislumbra “direito líquido e certo”, o *decisum* poderá sugerir, apenas, que não há prova das alegações, ou que, adotando-se uma concepção materialista, o direito possa existir no plano material mas não ser evidente ou translúcido.

Se entender, no entanto, que, efetivamente, os fatos não estão comprovados, deverá extinguir o feito, por carência de ação, aduzindo que os fatos (e não o direito) alegados carecem dos atributos de liquidez e certeza.

Desse modo o magistrado estará evitando dúvidas e questionamentos acerca do sentido em que se estaria utilizando a expressão “direito líquido e certo”.

### **3.2. A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA DE ACORDO COM A CONCEPÇÃO PROCESSUALISTA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

A adoção da concepção tipicamente processual de direito líquido e certo tem efeitos radicais sobre o instituto da coisa julgada no mandado de segurança, pois a sua prevalência conduz à superação, ou, ao menos, a uma releitura, da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, cuja interpretação literal conduzia à conclusão de que a sentença denegatória em mandado de segurança não faria, em qualquer hipótese, coisa julgada material.

É que essa interpretação da Súmula só faria sentido em face daquela concepção material do direito líquido e certo como direito evidente, translúcido etc., em que o mandado de segurança era concebido como uma via excepcional para a tutela de uma categoria especial de direitos, distintos dos demais inclusive no plano material. Nessa concepção, como visto alhures, se considerado presente o requisito constitucional, tinha-se que o direito, a par de existente, era certo e incontestável, sendo inconcebível que o direito fosse, para efeito de conhecimento da ação, evidente e incontroverso e, no mérito, tido por inexistente. Havia mesmo, portanto, um óbice lógico a que fosse proferida uma sentença de mérito que fosse denegatória, fazendo coisa julgada contra o impetrante.

Com o deslocamento do requisito liquidez e certeza do direito exclusivamente para a questão da prova pré-constituída, passa a ser plenamente possível que, comprovados os fatos, o juiz investigue o mérito e, em cognição exauriente e de modo definitivo, declare que o direito objetivo não ampara a pretensão do impetrante, não havendo razão qualquer para que esta decisão deixe de transitar em julgado.

Assim, com a prevalência da tese processualista, a expressão “não fazendo coisa julgada contra o impetrante” contida na aludida Súmula passou a ser entendida no sentido de “em não fazendo coisa julgada” ou “quando não fizer coisa julgada”. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal tem interpretado a sua Súmula neste sentido, como nos dá conta o voto proferido pelo Ministro Xavier de Albuquerque, quando do julgamento do RE nº 76.371GB, veiculado na RTJ 67/872-876<sup>63</sup>:

“Sr. Presidente, essa Súmula 304 tem sido aflitivamente examinada, mais de uma vez, nesse Supremo Tribunal Federal, e tenho a impressão de que, ao intercalar a expressão – ‘não fazendo coisa julgada contra o impetrante’ -, quer ela significar – ‘quando não fizer coisa julgada contra o impetrante’”

Questionado sobre a necessidade de alteração do enunciado da Súmula para tornar expresso tal entendimento, responde o Ministro:

“Creio que não preciso fazê-lo, porque há vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal que, de algum modo, interpretaram a súmula – eu mesmo sou relator de um, no qual indiquei a referência a outros precedentes – e lhe deram esse sentido que referi no início, ‘não fazendo coisa julgada’ não significa que não faça nunca: significa, apenas, ‘quando não faça’, isto é, quando o mérito não tiver sido apreciado de tal jeito que o reconhecimento do direito haja sido negado de vez.”

KAZUO WATANABE, ao tratar do tema em questão, fornece-nos uma noção que elucida a questão da coisa julgada em mandado de segurança. Segundo ele, o *mandamus* é ação de cognição “plena e exauriente *secundum eventum probationis*”<sup>64</sup>, pois:

“O aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou

<sup>63</sup> Trecho de voto citado em BUENO, Cássio Scapinella. “Coisa Julgada e sentença denegatória em mandado de segurança.” In: *Revista de Processo*, a. 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1995, p. 230.

<sup>64</sup> WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 89.

mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado consiga, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para as ‘vias ordinárias’ ou para a ‘ação própria’)...”

E os limites dessa cognição são estabelecidos na exata medida do confronto da prova documental com o que se afirma na petição inicial<sup>65</sup>. Em sendo tal cognição, estabelecida nestes estreitos limites, exauriente, vale dizer, provada toda a situação fática narrada pelo autor, não se eximirá o Estado-Juiz de dizer o direito, com caráter de definitividade e, portanto, formando coisa julgada material.

Cumpre-nos, por fim, registrar o posicionamento de SEABRA FAGUNDES acerca da coisa julgada em sentença denegatória de segurança. A opinião do ilustre autor, em que pese nos pareça formada a partir de uma concepção materialista do direito líquido e certo, é-nos útil por esboçar uma importante advertência quanto ao manejo das ações de segurança:

“O pedido é formado para que se declare ser o impetrante titular de um direito desse tipo (líquido e certo). Decidir que o impetrante não tem nem o direito líquido e certo que invoca, nem qualquer outro direito, é decidir invertendo o pedido contra o autor e ultrapassando o conteúdo natural da situação contenciosa ajuizada. O impetrante do mandado de segurança correria o risco de se ver privado de melhor demonstrar e provar a sua pretensão, por ter-se valido daquela via sumarássima. E a invocação da certeza e liquidez de direito acabaria resultando num posicionamento irretratável de uma justiça mal informada.”<sup>66</sup>

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

<sup>66</sup> FAGUNDES, Seabra. *O controle do Atos Administrativos pelo poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p 349. No mesmo sentido de Seabra Fagundes, não admitindo coisa julgada material contra o impetrante da medida, e mesmo que partindo de uma concepção processualista de direito líquido e certo, posicionam-se Arruda Alvim (*Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento - v. II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p.317) e Diomar Ackel Filho (*Writs Constitucionais - Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 80.)

Se a lição não pode ser, em nosso sentir, integralmente aproveitada, haja vista os pressupostos em que se assenta, serve-nos de advertência para as sutilezas do mandado de segurança que decorrem do que denominamos no início do presente estudo, “inversão fundamental”, por força da qual não há instrução probatória no mandado de segurança. E devido a esse aspecto, assiste razão a SEABRA FAGUNDES em temer os efeitos nefastos de uma justiça mal informada.

Mas o que se deve ter em conta é que, no mandado de segurança, a rigor, a “justiça mal informada”, sendo aquela que está diante de fatos não comprovados de forma inequívoca, deve calar-se, ou, em outras palavras, deve declarar o *non liquet*. Em suma, deve extinguir o feito sem julgamento de mérito, por falta de condição especial da ação de segurança e remeter o impetrante às vias ordinárias.

Impende ressaltar, em abono de SEABRA FAGUNDES que, se no rigor da técnica, em que se vislumbra a cisão lógica das etapas de cabimento e de concessão ou denegação, o corte abstracionista entre fato e norma, não há razão para temer justiça mal informada (já que esta não pode dizer o direito), no plano da *praxis*, ao contrário, esse risco existe e dele deve estar cômico o operador do Direito. É que a justiça “mal informada” pode, por vezes, arvorar-se de dizer o direito para declará-lo inexistente, mesmo à falta de provas inequívocas do arcabouço fático.

Se assim proceder, no entanto, sem sombra de dúvida, estará agindo de modo injurídico, perpetrando *error in procedendo*, sendo o *decisum* proferido nesses termos passível de anulação<sup>67</sup>. Em todo caso, tal decisão, ainda que, no plano jurídico, eivada de vício de forma, poderá, no plano fático, trazer prejuízos á parte, pelo que se tem pertinente a advertência de SEABRA FAGUNDES.

<sup>67</sup> Cássio Scarpinella Bueno propõe que tal vício seja alegado como *error in procedendo* em sede de recurso de apelação ou ordinário; ou ainda, eventualmente, desde que transitada em julgado a sentença, , mesmo à falta da condição de ação específica, preconiza o ajuizamento de ação rescisória, eis que o julgado violaria “disposição literal de lei” (Art. 485, V, do CPC). Suscita ainda a possibilidade de que, sendo as condições da ação “verdadeiros elementos constitutivos do direito de ação”, possa a sentença de mérito proferida sem a concorrência do pressuposto de liquidez e certeza ser submetida a “um regime jurídico próprio e diferenciado das sentenças nulas” e rescindíveis, eis que, menos do que nulas, seriam tais decisões inexistentes do ponto de vista jurídico. Em suma, indaga sobre a admissibilidade da *querela nullitates* em tais casos. (BUENO, Cássio Scapinella. “Coisa Julgada e sentença denegatória em mandado de segurança.” In: *Revista de Processo*, a. 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1995, p. 231.)

Deve o magistrado, portanto, com rigor, verificar se o arcabouço fático alegado se encontra provado; se não o estiver, não é caso de segurança, devendo proclamar o *non liquet*.

Há outra questão interessante que a lição de SEABRA FAGUNDES nos induz a pensar, mas que não comporta detido exame nos estreitos contornos deste trabalho, razão pela qual a elas apenas faremos uma breve menção, suscitando o problema apenas esboçando soluções. Referimo-nos aos casos em que apenas parte dos fatos alegados se encontram comprovados, o que pode ensejar diversas situações

Na primeira que vislumbramos, poderia ocorrer de o magistrado entender que, embora não comprovado todo o leque de fatos alegados pelo autor, apenas daqueles provados, por si, já decorreria o direito postulado pelo autor. Seria a hipótese, *exempli gratia*, de alguém que postula, em *mandamus*, a anulação de um ato administrativo alegando vícios formais e perseguição política/desvio de finalidade do agente que o praticou. Estando comprovados apenas os vícios formais e entendendo o magistrado que deste fato comprovado já decorreria o direito, poderia o magistrado proferir decisão de mérito para conceder a segurança? Parece-nos que não há razão para que não o faça e, não obstante, nem tudo que se alegou está provado.

Se, por outro lado, entendesse o magistrado, no mesmo exemplo, ou o Tribunal em sede de recurso, que do vício formal, dele exclusivamente, não decorreria a pretensão do impetrante? Neste caso, entendemos que não seria hipótese de denegação com mérito, pois ao impetrante restaria a possibilidade de comprovar a perseguição política nas vias ordinárias, lançando mão de todos os meios de prova em direito admitidos.

Essa análise perfunctória que ora se faz do aspecto suscitado tem por finalidade, apenas, demonstrar que a questão concernente à coisa julgada em mandado de segurança, se pode parecer simples quando tratada em termos abstratos em face da concepção de direito líquido e certo que se adote, pode-se afigurar de difícil deslinde na prática. Não nos cabe, entretanto, adentrar amiúde nesta questão, porquanto fugiríamos aos propósitos do presente estudo.

#### **4. CONCEPÇÕES *SUI GENERIS* DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

Com a designação conferida ao presente tópico quer-se referir, em verdade, a um grupo de autores cujas concepções de direito líquido e certo têm em comum, precisamente, o fato de não se subsumirem às linhas gerais das doutri-

nas abordadas nos tópicos anteriores; quer dizer, não se enquadram, em termos absolutos, nem na tese materialista, nem na processual. São três os autores cujas teses enquadrámos sob a rubrica de *sui generis* e que iremos abordar no presente tópico: SÉRGIO FERRAZ, TERESA ARRUDA ALVIM e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO.

SÉRGIO FERRAZ, em seu substancioso “*Mandado de segurança (individual e coletivo) Aspectos polêmicos*”, após esboçar as linhas gerais das duas doutrinas tratadas no presente estudo, afirma tratar-se o mandado de segurança de ação de conhecimento de dúplíce natureza (constitucional e processual) e que, portanto, mantida a amplitude, generosidade e nobreza decorrente de ser uma garantia constitucional, deve, ao mesmo tempo, submeter-se à técnica jurídica, de índole processual, em que se embasa o direito de ação<sup>68</sup>. Debai-xo dessa premissa, esboça sua própria formulação de direito líquido e certo:

“Diremos que líquido será o direito que se apresenta com **alto grau, em tese, de plausibilidade**; e certo, aquele que se oferece configurado preferencialmente de plano, documentalmente sempre, sem recuso a dilações probatórias. (...) E aqui, no Texto Maior, ao mesmo tempo em que só se enseja o *writ* se de plano verificável a existência dessa condição, **também só se concede, afinal, a segurança se o direito líquido e certo, a início tido por plausível, por último se constatar efetivamente existente. É dizer, no mandado de segurança, o direito líquido e certo é, a um só tempo, condição da ação e seu fim último (na primeira face, como juízo provisório; na segunda, como objetivo da tutela jurisdicional).**”<sup>69</sup>

(grifos apostos)

Por fim, arremata, citando acórdão relatado por Lúcia Valle Figueiredo:

“Em suma: a ausência de direito líquido e certo será sempre objeto de decisão de mérito (TRF – 3ª Região, AMS 9.392, Rel. Juíza Lúcia Valle Figueiredo, RTRF – 3ª Região 4/427).”<sup>70</sup>

<sup>68</sup> FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 24.

<sup>69</sup> FERRAZ, Sérgio. *Idem*. p. 25.

<sup>70</sup> FERRAZ, Sérgio. *Idem*. p. 27.

Respondendo às indagações fundamentais do presente estudo, diríamos que, na concepção de SÉRGIO FERRAZ, diante da explanação contida nas linhas acima, a verificação do atributo da liquidez e certeza implica, sim, uma incursão na matéria de direito ou naquela fase de “acertamento da relação fático-jurídica”. Essa investigação se dá, no entanto, em sua formulação, em dois momentos distintos e a títulos diversos. Vejamos.

Num primeiro momento, analisa-se a admissibilidade da medida, perquirindo-se se, além de fundado em fatos comprovados, o direito ou a tese jurídica suscitada apresenta “alto grau, em tese, de plausibilidade”. Assim, o direito líquido e certo se apresenta neste primeiro momento como uma condição da ação de segurança, mas que envolve, além da questão da prova pré-constituída, um juízo que investiga, de modo precário e provisório, o grau de plausibilidade do direito.

Num segundo momento, sendo caso de segurança, vale dizer, presente a liquidez e certeza do direito sob o aspecto de condição da ação, o juiz conhece do pedido e, proferindo decisão de mérito, concede ou denega a segurança, quando declara se o direito, além de plausível e comprovado de plano, efetivamente existe ou não. Para FERRAZ, nesta segunda fase, o juiz também estaria verificando se o direito é líquido e certo, pois tais atributos seriam, igualmente, pressupostos para uma sentença de mérito procedente.

Passível de críticas sob vários aspectos a doutrina do autor em referência. Primeiramente pelo fato de tentar cindir os atributos da liquidez e certeza e defini-los isoladamente. Em verdade, tais expressões, quando sozinhas, não têm qualquer significado na técnica jurídica. Não aludem a quaisquer conceitos privatísticos da teoria das obrigações ou do processo, seara em que pudessem encontrar qualificação específica que distinguisse o “líquido” do “certo”. O “líquido e certo”, sempre junto, é expressão retórica, utilizada nas origens do mandado de segurança com o intuito, apenas, de enfatizar a excepcionalidade da medida.

Por outro lado, não há razão para que o autor busque explicar o atributo constitucional em questão a partir da noção de plausibilidade jurídica, que é pressuposto, em nossa cultura jurídica, para o deferimento de medidas de urgência, assentadas em juízos provisórios, realizados a partir de uma cognição perfunctória. Na sistemática do mandado de segurança, a ausência de tal requisito engendraria, isto sim, o indeferimento de medida liminar eventualmente postulada pelo impetrante, e não a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Acresce que o direito eventualmente considerado com “baixo grau de plausibilidade” no início da demanda poderia vir a ser considerado, se não fosse

extinta a ação sem julgamento de mérito (como preconiza FERRAZ), existente na sentença de mérito, tal como as liminares podem ser negadas e, no entanto, ser o pedido julgado procedente na sentença.

Ao que nos parece, ademais, se entendido o alto grau de plausibilidade do direito como o que decorre do convencimento subjetivo do juiz acerca da relevância do fundamento invocado pela parte, SÉRGIO FERRAZ estaria, em essência, a exigir, para conhecimento da ação de segurança, algo que seria semelhante, em boa medida, àquela noção primeira de direito líquido e certo como direito evidente, translúcido etc. A diferença é que, aqui, seria possível que o direito tivesse “alto grau em tese de plausibilidade” e fosse tido por inexistente no mérito, sendo possível, portanto, na concepção de FERRAZ, decisão de mérito denegatória e, por conseguinte, coisa julgada material contra o impetrante.<sup>71</sup>

Se entendermos, por outro lado, que a noção de “alto grau, em tese, de plausibilidade” se aproxima mais da noção de possibilidade jurídica do pedido (condição genérica da ação, *ex vi* do art. 267, VI, do CPC), estaria melhor expressa como “grau mínimo, em tese, de plausibilidade” a construção empreendida por FERRAZ, sendo, nesse caso, de todo inútil, eis que conceberia uma condição de ação específica para o mandado de segurança que já existe como condição genérica e, portanto, também aplicável ao *mandamus*. O mesmo raciocínio seria válido se a fórmula de FERRAZ significasse o mesmo que a causa de inépcia prevista no art. 295, III, do CPC: “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”.

Por fim, poder-se-ia entender a expressão “alto grau, em tese, de plausibilidade” não como o convencimento subjetivo do magistrado, em cognição perfunctória, da relevância dos argumentos, mas como um dado mais objetivo, relativo à probabilidade de sucesso da demanda, tendo em vista o que têm decidido os Tribunais acerca da tese jurídica invocada. Nessa acepção, a apreciação da existência de direito líquido e certo se assemelharia bastante a um dos aspectos do juízo de admissibilidade recursal, qual seja, àquele pertinente à conformidade, ou não, da tese do recorrente com a jurisprudência dominante. Relativamente à admissibilidade dos recursos em geral, dispõe o art. 557, *caput*, do CPC: “O relator negará seguimento a recurso (...) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

<sup>71</sup> FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993. p. 25.

Tal solução, entretanto, não se coaduna com as matizes de nosso sistema jurídico. Sendo o mandado de segurança uma **ação** de índole constitucional (e não um recurso), condicionar o seu conhecimento à prevalência da tese jurídica que veicula perante os Tribunais significaria flagrante violação ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5º; XXXV, CF/88), mormente quando se tem em conta que, entre nós, não vige o sistema de súmulas vinculantes. Estar-se-ia a tolher, em última análise, o próprio direito de ação, que se exerce de modo especial pelo *writ of mandamus*. Ainda mais injustificável tal solução quando se percebe que ela seria aplicável, exclusivamente, ao mandado de segurança, já que, nas ações em geral, a falta de amparo jurisprudencial do direito só pode servir como um elemento de convicção para que o magistrado, conhecendo do pedido, julgue-o improcedente.

Sem dúvida que não pode ser esse o sentido do requisito constitucional do “direito líquido e certo”.

Quanto à assertiva de que “a ausência de direito líquido e certo será sempre objeto de decisão de mérito” parece estar fora de contexto, em total descompasso com o conjunto de sua doutrina, já que o próprio autor afirma ser tal requisito também uma condição da ação.

Por fim, não nos parece adequado, dentro da ciência jurídica, que se admita possa uma mesma expressão significar, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, coisas totalmente distintas. Referimo-nos à tese de que o direito líquido e certo seja, a um só tempo, condição da ação e mérito. Argumenta FERRAZ que, pela Constituição, para que a segurança seja deferida, é preciso que o direito líquido e certo exista enquanto tal. Observe-se, contudo, que quando a Constituição diz que a segurança só será concedida se o direito for líquido e certo (art. 5º, LXIX, CF/88), não está, só por isso, colocando a liquidez e certeza como um requisito para que o pedido seja provido. Para ser provida a segurança é preciso apenas que o direito (sem qualquer superlativo que o qualifique) simplesmente exista; os fatos é que têm que ser líquidos e certos.

A concepção de TERESA ARRUDA ALVIM se aproxima bastante, em suas linhas gerais, daquela esboçada por SÉRGIO FERRAZ, pelo que merece, *mutatis mutandis*, as mesmas críticas. Para a autora, do mesmo modo, o direito líquido e certo “é tanto requisito para a admissibilidade, quanto requisito para que ela seja concedida”<sup>72</sup>. Explica que “a mesma expressão tem sentidos dife-

---

<sup>72</sup> ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21.

rentes, ainda que muito sutil e ligeiramente, quando diz respeito ao juízo de admissibilidade e ao de mérito”<sup>73</sup>.

Admite também, que, a título de “juízo de admissibilidade”, se proceda a uma investigação da matéria de direito, perquirindo-se não só acerca da prova do fato, mas da comprovação do próprio direito subjetivo, ou seja, da incidência da norma sobre o fato comprovado. É o que se infere de suas lições:

“Quando se pensa no juízo de admissibilidade do mandado de segurança, a expressão direito líquido e certo significa **direito (incidência do direito = norma + fato), provável de plano**, documentalmente. Admitir o mandado de segurança não leva necessariamente à sua procedência, pois pode haver contra-prova, e o direito líquido e certo é, nesta fase, ainda contestável”<sup>74</sup>

(grifos apostos)

Essa análise preliminar do direito far-se-ia, segundo a autora em questão, sob a perspectiva de um juízo de possibilidade ou probabilidade de procedência da ação:

“Assim, parece inevitável aplicar-se ao mandado de segurança, analogicamente, o raciocínio que se faz para compreender, em nosso entender bem o que são as condições da ação. Elas envolvem, em nosso entender, **um ‘quê’ de aparência**, que autorizam o julgador a enxergar no caso **sub judice possibilidade** e até mesma (sic) certa dose de **probabilidade de procedência da ação**, em determinados casos.”<sup>75</sup>

A concepção de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO também é no sentido de relacionar a liquidez e certeza à plausibilidade jurídica. Em sua formulação, destaca ser possível verificar-se a ausência de tal plausibilidade ainda por ocasião da prolação da sentença, após cognição completa do mandado. Assim, a plausibilidade que parecera presente ao juiz num primeiro momento, poderia ser tida

<sup>73</sup> ALVIM, Teresa Arruda. *Idem. Ibidem.*

<sup>74</sup> ALVIM, Teresa Arruda. *Idem.* p. 22.

<sup>75</sup> ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 22.

por inexistente na sentença, que, nesse caso, extinguiria o feito sem julgamento de mérito, como se depreende de suas próprias palavras:

“É necessário deixar clara a existência de dois momentos processuais diferentes. No primeiro momento, há **plausibilidade da existência do direito líquido e certo**; no segundo momento, de cognição completa do mandado de segurança – portanto na hora da sentença -, é possível a ocorrência de duas hipóteses. Primeiro, **a inexistência daquela plausibilidade que parecera presente ao juiz. Neste caso, teremos extinção sem julgamento de mérito**; ou é possível, ainda, que a hipótese descrita na inicial não leve necessariamente àquela conclusão. Portanto, não há, pelo mérito, possibilidade de aquele impetrante vir a ser beneficiado pela concessão da ordem.”<sup>76</sup>

Parece-nos ainda mais clara, na concepção da autora em tela, existir uma confusão indevida entre os pressupostos para deferimento da liminar e as condições da ação de segurança. Com efeito, por ocasião da prolação da sentença, e, portanto, numa cognição aprofundada (desde que comprovados os fatos alegados), não há sentido em declarar o juiz que o direito não é plausível, extinguindo o feito sem julgamento de mérito; cabe-lhe, isto sim, verificar se aquela plausibilidade (que é pressuposto da liminar e não condição da ação) se confirma e se converte em certeza do direito. Havendo tal certeza, o direito existe e a segurança deve ser concedida; não havendo, então a segurança deve ser denegada, e, nas duas hipóteses, há julgamento com mérito.

O que se observa, em conclusivo, relativamente ao que denominamos concepções *sui generis*, é que elas apresentam como ponto fundamental em comum, além de não se subsumirem com precisão às concepções materialista e processual, o fato de admitirem, na perquirição acerca da existência de direito líquido e certo, uma análise preliminar e, em certa medida, superficial da matéria de direito. Essa análise, em todas elas, far-se-ia a título de “juízo de admissibilidade da medida” e se assentaria na noção de “plausibilidade jurídica”. Esse elemento seria, portanto, um *plus* adicionado à questão da prova pré-constituída e que, juntamente com esta, delinearia os contornos do direito líquido e certo. Sem este *plus* não seria caso de segurança, cabendo ao impetrante buscar seus direitos nas vias ordinárias.

---

<sup>76</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15.

**PARTE III**  
**O DIREITO LÍQUIDO E CERTO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.**  
**A SÚMULA 625 DE 15 DE OUTUBRO DE 2003**

Tem-se por objetivo, no presente tópico, analisar-se o conteúdo da recente Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal, publicada em nove de outubro do presente ano de 2003, que está vertida nos seguintes termos:

**“625 – Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão da mandado de segurança.”**

Como resultará demonstrado, a partir da análise dos julgados dos quais foi extraída a aludida Súmula<sup>77</sup>, infere-se que o seu enunciado surgiu, precisamente, do enfrentamento, pela Suprema Corte, da questão do “direito líquido e certo”, especialmente de seu alcance e do papel que desempenha na estrutura do mandado de segurança.

Assim, cumpre-nos indagar, a partir da interpretação da nova Súmula, de que modo o Supremo Tribunal Federal responderia, ou responde, à questão fundamental sobre que nos debruçamos nesse trabalho: se a verificação da existência do requisito constitucional do direito líquido e certo implica, ou não, incursão em matéria de direito, e, se implica, a que título e em que profundidade se dá essa análise. Respondendo a tal questionamento, será possível indagar a que corrente doutrinária, dentre aquelas três fundamentais abordadas em nosso estudo, acabou por filiar-se o Colendo Supremo Tribunal Federal.

Para tal mister, far-se-á imprescindível o exame, não só do texto da Súmula, mas também, e sobretudo, dos julgados que deram origem ao seu enunciado, destacando-se o contexto em que foram prolatados.

Dentre os julgados citados como precedentes do enunciado sumular, há um que merece especial destaque e que será objeto de exame pormenorizado, porque, em verdade, os demais acórdãos que o sucederam nada mais fizeram do que repetir os seus ensinamentos, a ele se reportando. Trata-se do acórdão proferido no MS (AgRg) 21.143 - DF, publicado no DJU de 15 de março de 1991.

<sup>77</sup> Eis os julgados dos quais foi extraída a Súmula 625:

- MS (AgRg) 21.143, red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76;
- MS (AgRg) 21.1888, red. P/acórdão CV, Plenário, 7.11.90, DJU de 19.4.91, RTJ 134/681;
- RE 117.936, SP, 1ª T, 20.11.90, DJU de 6.12.90, RTJ 133/1314;
- RE 195.186, IG, 1ª T, 4.5.99, DJU de 13.8.90

Cuidava-se de agravo regimental, interposto contra decisão do Ministro Relator que, em apreciação monocrática, havia trancado o prosseguimento de mandado de segurança interposto perante o Supremo Tribunal Federal, impedindo a sua apreciação por Órgão Colegiado daquele Tribunal. Na fundamentação de seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do mandado de segurança, enfrentou a questão de fundo vertida na ação, apreciando as questões de direito pertinentes à demanda para, ao final, por entender ausente direito líquido e certo, repudiar liminarmente o prosseguimento do *mandamus*. Eis as palavras conclusivas do Ministro, após longa apreciação dos fundamentos de fato e de direito suscitados pelo impetrante:

“Dessarte, não socorre ao impetrante o direito líquido e certo mencionado na inicial e que é condição primeira da própria demanda ajuizada. Ao contrário, considerada a ordem jurídica em vigor, aquele milita a favor da Administração pública – artigos citados e § 3º do artigo 41 da Constituição Federal.”<sup>78</sup>

Em voto vencedor, no entanto, o Ministro Celso de Mello deu provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão do relator, por considerar que não seria lícito que este incursionasse, na fase de admissão do mandado de segurança, na análise do próprio *thema decidendum*, que constituiria o mérito da causa. Como o Ministro Marco Aurélio, ao apreciar o próprio *meritum causae* e negar seguimento ao *mandamus*, fê-lo alegando que estaria apenas verificando se presente o pressuposto do direito líquido e certo, o Ministro Celso de Mello precisou explicitar o que se havia de entender por direito líquido e certo. Vale trazer à colação, na íntegra, o voto vencedor do preclaro Ministro:

“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – Dou provimento ao agravo regimental, pois entendo não ser processualmente lícito ao Relator incursionar, na fase meramente introdutória do processo de mandado de segurança, na análise do *thema decidendum*, que constitui, por sua própria essência, o mérito da causa, a ser objeto de definitiva apreciação e resolução pelo plenário do S.T.F. A repulsa liminar à pretensão mandamental, deduzida pelo impetrante, sob a alegação de não lhe assistir o

---

<sup>78</sup> MS (AgRg) 21.143, red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76.

direito material invocado, traduz inversão não autorizada dos termos e fases do processo. O eminente Relator, ao assim proceder, deslocou, para momento procedimentalmente inadequado, a resolução da lide, pré-julgando a questão de direito suscitada.

**O conceito de direito líquido e certo, para os fins da ação civil de mandado de segurança, não constitui noção redutível à categoria do direito material reclamado pelo impetrante do writ.** A formulação conceitual de direito líquido e certo, que **constitui requisito de cognoscibilidade da ação de segurança**, encerra, por isso mesmo, no plano de nossa dogmática jurídica, uma noção de **conteúdo eminentemente processual**. Incensurável, a respeito, o magistério doutrinário de Celso Ribeiro Bastos (“Do Mandado de Segurança”, p. 15, 1978, Saraiva), segundo o qual ‘...direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos **pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar**. Conseqüentemente, **direito líquido e certo é *conditio sine qua non* do conhecimento do mandado de segurança, mas não é *conditio per quam* para a concessão da providência judicial.**”

Dentro dessa perspectiva, precedentes jurisprudenciais desta própria Corte (RE 79.257-BA, RTJ 83/130; RE 80.444-PB, RTJ 83/855), de que foi relator o Eminentíssimo Ministro Soares Muñoz, deixaram assinalado que o direito líquido e certo, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, **é, tão somente, aquele que pertine a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca:**

**‘direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco’** (RTJ 83/130).

‘O mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca...’ (RTJ 83/855).

É por essa razão que a doutrina acentua a incompatibilidade de qualquer dilação probatória no âmbito desse *writ* constitucional, que supõe a produção liminar pelo impetrante, das provas pré-constituídas destinadas a evidenciar a incontestabilidade do direito público subjetivo por ele titularizado. Por isso mesmo, adverte Hely Lopes Meirelles (‘Mandado de

Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de injunção e Habeas Data’, p. 14/15, 13ª ed., 1989, RT), Às provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, **desde que acompanhem a inicial (...)** O que **se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que** embasam o direito invocado pelo impetrante.”

Essa comprovação documental traduz, para os efeitos da ação mandamental, um dever jurídico que vincula o impetrante, sobre cuja atividade incide, de modo indeclinável, a exigência de satisfação desse verdadeiro ônus processual, tanto que desatendido, legitima o indeferimento liminar da petição inicial. Note-se porém – e esta observação assume relevo jurídico-processual em face do presente caso – ‘ O despacho de indeferimento da inicial, como é óbvio, não adentra o mérito da segurança (...) e não impede se repita a impetração em termos adequados às exigências processuais’ (Hely Lopes Meirelles, op. cit., p.50).

Vê-se, daí, nesse contexto, que o Relator, no desempenho dos poderes que lhe competem na direção e condução do processo, teria plenas condições jurídico-formais para, até se fosse o caso, indeferir a petição inicial com que impetrado o mandado de segurança, à míngua da necessária prova documental pré-constituída (v. Alfredo Buzaid, “Do Mandado de Segurança”, Vol. I/28, item n 128, 1989, Saraiva).

Esses poderes processuais do Relator, no entanto, que são essencialmente limitados, não lhes permitiam negar seguimento à ação de mandado de segurança, sob o fundamento de inexistência, no plano jurídico-material, do direito invocado pelo ora recorrente.

O ato decisório que se impugna causou, efetivamente, gravame ao interesse jurídico do impetrante, ora recorrente, razão pela peço vênia ao eminente Relator para dar provimento ao agravo regimental interposto e, em conseqüência, ordenar a audiência da douta Procuradora-Geral da República, eis que já prestadas as informações pelo Senhor Presidente da República. É o meu voto.”<sup>79</sup>

O voto do Eminente Ministro Celso de Mello passou a ser referendado nos julgados subseqüentes que se deparassem com semelhante indaga-

---

<sup>79</sup> MS (AgRg) 21.143-Rel.p/ Min. Marco Aurélio red. P/acórdão CM, Plenário, 12.9.90, DJU de 15.3.1991, Lex 148/76.

ção. Segue na mesma linha trilhada pelo Eminentíssimo Ministro a ementa do MS (AgRg) 21.188<sup>80</sup>, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio, novamente vencido:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. COMPETÊNCIA DO RELATOR. C.F., ART. 5º, LXIX; Lei nº 1.533/51, art. 1º e art. 8º.

**I. Direito líquido e certo, que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos fatos. Se estes estão comprovados, de plano, é possível o aforamento do “writ”. Segue-se, então, a fase de acertamento da relação fático-jurídica, na qual o juiz faz incidir a norma objetiva sobre os fatos. Se, dessa incidência entender o juiz nascido o direito subjetivo, deferirá a segurança.**

II. O relator poderá indeferir a inicial, se os fatos que embasam o direito invocado são controvertidos; mas o acertamento da relação fático-jurídica é da Corte.

III – Agravo Regimental provido.”

(grifos apostos)

Do cotejo dos julgados acima, bem como do próprio texto da novel Súmula, parece-nos inequívoco que o Supremo Tribunal Federal encampou, de modo definitivo, a tese processualista consoante a qual o atributo constitucional da liquidez e certeza diz respeito, **apenas**, à existência de prova pré-constituída, sem qualquer incursão naquilo que o Ministro Carlos Velloso, prolator do voto vencedor do Acórdão citado acima, convencionou chamar de “acertamento da relação fático-jurídica”; em outras palavras: não envolve matéria de direito.

Assim, tem-se a consagração da doutrina vislumbrada pioneiramente por COSTA MANSO, em voto proferido ainda sob a vigência da Constituição de 1934, há quase setenta anos.

A tese materialista do direito incontestável, translúcido, evidente, fora de qualquer dúvida razoável etc. foi inequivocamente repelida. E, de fato, quando a súmula se utiliza da expressão “controvérsia de direito” para afirmar que esta

---

<sup>80</sup> STF. MS (AgRg) 21.188 – Rel.p/ Min. Marco Aurélio, red. P/acórdão CV, Plenário, 7.11.90, DJU de 19.4.91, RTJ 134/681;

não impede a concessão de segurança, parece ter querido reportar-se precisamente a essa linha de pensamento, refutando-a.

Parece-nos fora de dúvida, igualmente, que a Súmula em comento, bem como os ensinamentos contidos nos julgados que lhe deram ensejo, tiveram o condão de repelir **toda e qualquer incursão em matéria de direito**, inclusive aquelas que se dão a pretexto de verificar se o direito postulado possui “alto grau, em tese, de plausibilidade” (FERRAZ), ou um “um ‘quê’ de aparência” que indique uma certa “probabilidade de procedência da ação” (TEREZA ARRUDA ALVIM). Em suma: a doutrina que denominamos *sui generis* não encontra guarida em face da nova súmula do STF.

Com efeito, embora os julgados que renderam ensejo à súmula não tenham cogitado especificamente de tais formulações, seja para repudiá-las, seja para acatá-las, o que importa é que vedou a incursão no plano do “acertamento da relação fático-jurídica”, não sendo relevante a que título, ou sob a invocação de que técnica processual, ela se dê.

O que parece fundamental observar é que, quando a corrente *sui generis* coloca a plausibilidade ou a probabilidade de procedência como condições da ação ou de admissibilidade do *mandamus*, está, em verdade, sob tal rubrica, analisando matéria ou controvérsia de direito para verificar se presente o atributo da liquidez e certeza do direito. Deste modo, condiciona o exercício do direito de ação de segurança a um juízo sobre a matéria de direito, em perfeita semelhança com o que fizera o Ministro Marco Aurélio ao obstar a apreciação do *mandamus* que relatara pelo Plenário do STF.

Em suma: dizer se o direito tem ou não alto grau de plausibilidade ou perquirir sobre a probabilidade de sucesso da tese veiculada se trata de investigar controvérsia de direito. No mais, reportamo-nos aos argumentos contrários a essa concepção que foram expendidos no capítulo próprio.

## CONCLUSÕES

1. A noção de Estado de Direito assenta-se na idéia fundamental de que o Poder se deve manter sob controle.

2. As declarações solenes de direitos fundamentais, ao lado da separação dos poderes da República e da reserva ao Judiciário da atribuição de, soberana e definitivamente, dizer o direito no caso concreto, não são suficientes para a efetiva tutela dos direitos individuais; faz-se mister a previsão, em nível constitucional e com *status* de cláusulas pétreas, de mecanismos idôneos à tutela eficaz de tais direitos;

3. Nessa ordem de idéias é que sobressai o mandado de segurança como garantia constitucional. Ação de natureza e rito especialíssimos, é o mais aperfeiçoado instrumento que o nosso sistema disponibiliza para a proteção genérica dos direitos dos cidadãos, individuais e coletivos, contra os atos do Poder Público eivados de ilegalidade e abuso de poder, o que se constata não só da análise teórica do procedimento que sua lei preconiza, mas sobretudo dos resultados práticos que a medida possibilita e da vulgarização de seu uso;

4. Para o cabimento da medida, a par da concorrência de pressupostos processuais (de existência e de validade) e condições da ação de cunho genérico, a ação de segurança exige a configuração de certos requisitos específicos, encontrados no dispositivo constitucional que a disciplina, dentre os quais desponta, como de basilar importância na estrutura do *mandamus*, o **direito líquido e certo**, pressuposto inarredável para a concessão da medida;

5. O mandado de segurança, é uma criação genuinamente brasileira, produto de nossa história e fruto das necessidades e exigências de nosso povo. Sua origem está intimamente relacionada à teoria da posse dos direitos pessoais e à doutrina brasileira do *habeas corpus*, expedientes de que se valeram os advogados da Velha República, à falta de instrumento específico, para a defesa dos direitos dos cidadãos em face do Poder Público. Não obstante, a doutrina costuma vislumbrar alguns antecedentes remotos do mandado de segurança, nos quais parece-nos ser possível visualizar, de modo objetivo, apenas alguns traços em comum;

6. Os interditos romanos se aproximavam do nosso *mandamus* no tocante à possibilidade de obtenção um provimento, *initio litis*, com o condão de obrigar o Poder Público à prática ou à abstenção de uma determinada conduta. Haveria em comum, portanto, a par da celeridade do procedimento, o caráter específico da execução da medida;

7. Nas chamadas “seguranças reais” previstas nas Ordenações Filipinas e Manuelinas, havia em comum, além da semelhança na denominação, o caráter mandamental da medida; por outro lado, a expressão contida nas Ordenações “razão justa de se temer” parecia conter as noções de *fumus boni iuris e periculum in mora*, pressupostos da liminar em mandado de segurança.

8. A verdadeira origem histórica do mandado de segurança, no entanto, encontra-se no desenvolvimento da teoria brasileira do *habeas corpus*. A expressão “direito líquido e certo” - num primeiro momento, “certo e incontestável” - surge precisamente do esforço retórico empreendido pelo Ministro PEDRO LESSA para acentuar a excepcionalidade com que os direitos civis ge-

néricos – diversos do direito de locomoção física – poderiam ser tutelados pela via estreita do *habeas corpus*, a única garantia constitucional prevista na Constituição de 1891. Das palavras de PEDRO LESSA, já se podiam antever as discussões que se desenrolariam em torno do conceito de direito líquido e certo, pois de seu célebre voto não era possível inferir o alcance que pretendeu dar à expressão.

9. No mandado de segurança, devido ao que denominamos “inversão fundametal”, a comprovação dos fatos alegados na inicial é deslocada da seara do mérito para a das condições da ação, já que, no *writ of mandamus*, a não comprovação dos fatos conduz à extinção do feito sem julgamento de mérito, e não a uma sentença de improcedência por ausência de provas;

10. A revelia não produz seus efeitos em mandado de segurança, pois se é ônus do autor comprovar o que alega com a inicial, se não houver tais provas e a autoridade se mantiver silente, o Juiz não poderá reputar verdadeiros os fatos alegados; deverá, sim, extinguir o feito sem julgamento de mérito, já que o impetrante seria carecedor do direito de ação de segurança;

11. É possível concluir, relativamente à concepção materialista, que, de acordo com essa corrente doutrinária, a perquirição acerca da presença do requisito constitucional em questão, implicaria, sim, além da análise da comprovação dos fatos alegados, uma incursão no plano do direito material. E esta se daria para verificar se o direito postulado, além de existente, seria, ademais, translúcido, evidente, ou, como prefere BUZAID, se teria o atributo da incontestabilidade;

12. Quanto à subsunção da tese materialista às categorias da Teoria do Processo, pode-se concluir que o direito “translúcido” ou “evidente” se apresentaria, de acordo com tal concepção, a um só tempo, como uma condição especial da ação de segurança e como pressuposto de uma sentença de procedência do pedido, conforme esteja ou não configurado o mencionado requisito. Se presente, seria caso de sentença de mérito pela procedência; se ausente, haveria de se extinguir a ação, sem julgamento de mérito.

13. De acordo com os paradigmas da tese materialista, não seria possível uma sentença de mérito denegatória em mandado de segurança, pois não seria concebível que o direito fosse, para efeito de conhecimento da ação, tido por evidente e incontroverso e, no mérito, considerado inexistente. Por tal razão, sob a prevalência de tal concepção, a sentença denegatória de segurança não faria coisa julgada contra o impetrante.

14. De acordo com a tese processualista, a que nos filiamos, a cláusula “direito líquido e certo” estaria a se referir apenas à exigência de que os fatos em

que se pretende fundar o direito estejam comprovados de plano, com a inicial, sendo inteiramente irrelevante, nessa concepção, a complexidade das questões de direito relacionadas à pretensão que se veicula.

15. Entendemos, na esteira da concepção processualista, que a perquirição acerca do requisito do direito líquido e certo não comporta, portanto, a qualquer título, incursão na fase de “acertamento da relação fático-jurídica”, vale dizer, em matéria de direito. De acordo com tal doutrina, a noção de direito líquido e certo se subsume à categoria de condição da ação, específica do mandado de segurança, condição essa especialíssima e que diz respeito, **exclusivamente**, à exigência de prova pré-constituída dos fatos alegados.

16. Como, de acordo com a posição que adotamos, a liquidez e certeza se referem aos fatos, e o direito, por sua vez, desde que existente, será sempre certo, entendemos ser de boa técnica processual que o magistrado, ao proferir sentença de mérito em mandado de segurança, proclame, simplesmente, que há ou que não há direito. Se por outro lado entender que os fatos realmente não estão comprovados, deverá extinguir o feito, por carência de ação, aduzindo que os fatos (e não o direito) alegados carecem dos atributos de liquidez e certeza.

17. Entendemos que a adoção da concepção processualista conduz **necessariamente** à superação da interpretação que se conferia à sumula 304 do STF, consoante a qual se entendia que sentença denegatória em mandado de segurança nunca poderia fazer coisa julgada contra o impetrante. Sendo o mandado de segurança uma ação de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, poderá haver coisa julgada material contra o impetrante sempre que os fatos estiverem comprovados de plano e o juiz entender, no mérito, que o direito não existe.

18. As concepções *sui generis* parecem-nos ter como ponto fundamental em comum o fato de admitirem, na perquirição acerca da existência de direito líquido e certo, uma análise preliminar e, em certa medida superficial, da matéria de direito. Essa análise, em todas elas, far-se-ia a título de “juízo de admissibilidade da medida” e se assentaria na noção de “plausibilidade jurídica”. Essa invocação da plausibilidade jurídica parece-nos representar um renascimento, sob uma veste moderna e elegante, do velho preconceito do direito “translúcido”, “evidente” e “incontestável”. O “alto grau, em tese, de plausibilidade”, referido por SÉRGIO FERRAZ, sob qualquer sentido que se dê a tal expressão, não corresponde ao que se deve entender por direito líquido e certo.

19. Entendemos que, com a edição da Súmula 625 de nove de outubro de 2003, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento encampado

pioneiramente pelo Ministro Costa Manso da concepção processualista do direito líquido e certo, a que nos filiamos.

20. Parece-nos fora de dúvida que o novo enunciado sumular, além de repelir a concepção tradicional do direito incontestável, translúcido, evidente, fora de qualquer dúvida razoável etc., teve também o condão afastar toda e qualquer incursão em matéria de direito, inclusive aquelas que se dão a pretexto de verificar se o direito postulado possui “alto grau, em tese, de plausibilidade”, ou um “um ‘quê’ de aparência” que indique uma certa “probabilidade de procedência da ação”. Em suma, entendemos que as concepções *sui generis* não encontram guarida na Súmula 625, do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS:

- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais - Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ALVIM, Arruda. *Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento - v. II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Controle Jurisdicional dos atos do Estado*. V. 2 (Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial), 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. V. 1 (Do Mandado de Segurança Individual), São Paulo: Saraiva, 1989.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. v. 3. Rio de Janeiro: Konfino, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *“A reforma da reforma”*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (Individual e Coletivo) - Aspectos Polêmicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- FERREIRA, Pinto. *Manual de direito Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança – pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GUIMARÃES, Yves José de Miranda. *Comentários à Constituição* (direitos e garantias individuais e coletivos). 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das liberdades*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição (1946)*. 5. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- MEIRELLES, Ely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e hábeas data*. 14ª ed., atualizada por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais – teoria, prática e jurisprudência*. ed. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NUNES, Castro. “*Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra o Poder Público*”. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988
- SANTOS, Ernani Fidelis. *Manual de direito processual civil*. 3 ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1994.

SIDOU, Othon. *Do mandado de Segurança*, 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. V. 2. (Execução Obrigacional, Execução Real, Ações Mandamentais). 5 ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela Jurisdicional das liberdades públicas*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 1991.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

#### **ARTIGOS:**

BARBI, Celso Agrícola. *A Proteção do Cidadão contra Atos Ilegais da Administração Pública no Brasil*. In: *Revista de Processo*, a. 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1982. pp. 20-33.

BUENO, Cássio Scapinella. “Coisa Julgada e sentença denegatória em mandado de segurança.” In: *Revista de Processo*, a. 20, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1995. pp. 223-235.

CARDOSO FILHO, Celso. “Alguns aspectos processuais do mandado de segurança”. In: *Revista de Processo*. a. 6, n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1981. pp. 79/89.

FERREIRA, Megbel Abdala Tanus. “Revisitando os pressupostos constitucionais do mandado de segurança”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, n. 35, abr./jun. 2001. pp. 132-134.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. “Mandado de segurança em matéria tributária – Efeitos da sentença.” In: *Revista Ajufe*, n. 39, dez. 1993. Edição Nacional. Organização Oficial da Associação dos Juízes Federais do Brasil. pp. 21-27.

MACHADO, Hugo de Brito. “Coisa julgada em matéria tributária”. In: *Revista de Direito Tributário*, a. 14, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set, 1990. pp. 99-111.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança – Direito Líquido e Certo. In: *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1998. p. 14-32.

- NOGUEIRA, Luciano de Lara. “Mandado de segurança - breve estudo sobre a figura do mandado de segurança no Ordenamento Jurídico Nacional e Internacional -” *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 4, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 1996. pp. 161-173.
- VELLOSO, Carlos Mário. Direito Líquido e Certo. Decadência. *In: FERRAZ, Sérgio. Cinquenta Anos de Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986. pp. 51-60.

# A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS DO *AMICUS CURIAE*

**Roberto Carlos Martins Pires<sup>1</sup>**

*Advogado*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Surgimento; 3. Natureza Jurídica; 4. Legitimação; 5. Do Prazo; 6. Considerações Finais; 7. Referências Bibliográficas.*

## **1. INTRODUÇÃO**

Com a democratização do processo necessitou a sociedade de mecanismos que permitissem o acesso à justiça as pessoas e grupos ainda que não legitimadas ordinariamente mas que pudessem, mesmo indiretamente, serem influenciadas pela decisão. Nasceu assim o instituto do *amicus curiae*.

Pretende-se esclarecer os principais pontos a respeito desta matéria que vem sendo escassamente discutida na doutrina e na jurisprudência, firmando posição técnica acerca de suas características e controvérsias jurídicas.

Diante disso, serão analisadas a natureza jurídica do instituto, sua legitimação e prazos, focalizando especificamente as divergências doutrinárias existentes e sistematizando a matéria visando o entendimento do instituto.

## **2. SURGIMENTO**

O processo, desde sua criação, sempre foi um universo fechado, onde apenas as partes podiam interferir em seu curso. Com a evolução da democra-

---

<sup>1</sup> Advogado Pós Graduado em Processo Civil e Contador, com 20 anos de exercício profissional nas duas áreas.

cia no mundo, o advento da globalização exigindo uma revisão crítica em nosso sistema e a possibilidade de uma única decisão influenciar a vida de toda uma coletividade, fez surgir novas necessidades sociais que permitam o ingresso, neste hermético sistema, de pessoas que não são partes, mas que podem ser significativamente atingidas pela decisão a ser nele proferida.

Tal cenário fez nascer nos Estados Unidos da América o instituto do *amicus curiae*, que logo a seguir foi importado para o Brasil e adaptado para algumas situações específicas. É a aplicação, em sua maior essência, do princípio do amplo acesso à justiça, do interesse público e do contraditório, conforme muito bem apontou Milton Luiz Pereira<sup>2</sup>:

Essa participação ganhará mais relevo quando, nos litígios entre pessoas diversas (privadas ou públicas), o *thema decidendum* da ação, insistasse, tenha típicas razões de interesse público, ou seja, quando transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado. Destaca-se: é o direito subjetivo público, com efeitos próprios, exigindo solução cativa ao *interesse público* (definido ou heterogêneo)

Embora já existisse previsão no Brasil do instituto em legislações esparsas, nossa literatura sobre o assunto sempre foi escassa, mas o realce do tema vem aumentando, significativamente, após o advento da Lei 9.868/99, que permitiu sua utilização nos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

### **3. NATUREZA JURÍDICA**

Especial relevância ganhou a discussão que a doutrina vem travando acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*. Edgar Silveira Bueno Filho<sup>3</sup> entende que é uma forma qualificada de assistência:

<sup>2</sup> PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros*. Revista de Processo n° 109. São Paulo, 2002. p.41.

<sup>3</sup> BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/amicus.doc>>. Acesso em: 15 nov. 2004.

Embora a lei diga que não é possível a intervenção de terceiros nos processos de controle direto da constitucionalidade, e o regimento interno do STF haja proibido a assistência, o fato é que a intervenção do *amicus curiae* é uma forma qualificada de assistência.

Arnold Wald<sup>4</sup> entende, pelo menos no caso da Lei 9.469/97, ser um tipo de assistência especialíssima.

Alexandre de Moraes<sup>5</sup>, por sua vez, qualifica como intervenção de terceiros, mas não especifica a sua espécie nem aprofunda seu entendimento. Milton Luiz Pereira<sup>6</sup> defende que não se confunde com as hipóteses comuns de intervenção, sendo um “terceiro especial de natureza excepcional”:

...o *amicus curiae* é voluntário participe na construção de assentamentos judiciais para o ideal da pretendida ‘sociedade justa, sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção. [...] conclui-se que o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito.

Por sua vez, Carlos Fernando Mathias de Souza<sup>7</sup> tipifica como uma “intervenção especial de terceiros”: “O *amicus curiae*, instituto novo, sob a óptica do direito brasileiro, é uma intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas”.

A gama de diversificação de entendimentos doutrinários quanto a qualificação da natureza jurídica do *amicus curiae*, a nosso ver, se deve por ter sido tema pouco ou escassamente debatido sem o necessário aprofundamento técnico. Iniciaremos nossas análises pela definição da clássica obra de Athos Gus-

---

<sup>4</sup> WALD, Arnold. Da Competência das Agências Reguladoras para Intervir nas mudanças de controle das empresas concessionárias. *Jornal Jurissintese*, nº 66, agosto de 2002.

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pág.642-646.

<sup>6</sup> PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros*. *Revista de Processo* nº 109. São Paulo, 2002. p.44.

<sup>7</sup> SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *O Amicus Curiae no Ordenamento Positivo Brasileiro (II)*. *Correio Braziliense* de 01/04/2002. Universidade de Brasília. Disponível em: <[http://www.unb.br/fd/colunas\\_Prof/carlos\\_mathias/anterior\\_00.htm](http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_00.htm)>. Acesso em: 11 set. 2004.

mão Carneiro<sup>8</sup>, que estabelece como terceiros “todos os que não forem partes (nem coadjuvantes de parte) no processo pendente”. A figura do *amicus curiae* é, inegavelmente, terceiro, com isso a grande maioria dos autores concorda, o problema reside em saber que tipo de terceiro ele é.

Nossa lei processual civil previu expressamente seis tipos de intervenção de terceiros, sendo três voluntárias ou espontâneas e três forçadas ou coactas. Como formas de intervenção voluntária temos a assistência, a oposição e o recurso de terceiro prejudicado. Como formas de intervenção forçada temos a nomeação a autoria, a denúncia da lide e o chamamento ao processo.

Em relação a oposição, convém ressaltar que há grande divergência doutrinária em relação a constituir ou não intervenção de terceiros. Celso Agrícola Barbi<sup>9</sup>, defende que é ação autônoma, sendo acompanhado por Vicente Greco Filho<sup>10</sup>, Alexandre Freitas Câmara<sup>11</sup> e Ovídio A. Baptista da Silva<sup>12</sup>. Outra corrente, capitaneada por José Carlos Barbosa Moreira<sup>13</sup> e Cândido Rangel Dinamarco<sup>14</sup>, defende que se oferecida antes da audiência terá natureza de intervenção de terceiros, sendo oferecida após a audiência, terá natureza de ação autônoma.

O instituto do *amicus curiae* possui nítido cunho de intervenção de terceiros, que objetiva, precipuamente, a manutenção da ordem constitucional, da busca da verdade real e do conhecimento, do exercício do direito de petição, do aprofundamento da matéria pelo órgão julgador, que passa a ter, a seu dispor, pareceres de entidades especializadas – e diretamente interessadas no assunto que se discute – até porque, não podemos esquecer, a decisão a ser proferida poderá influenciar toda a sociedade.

<sup>8</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pág.63.

<sup>9</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil arts.1º a 153*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.I, p.230.

<sup>10</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.135.

<sup>11</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v.I, pág.191.

<sup>12</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.I., pág.291

<sup>13</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pág.185.

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.II, pág.38-41.

É inegável que o *amicus curiae* ao ingressar no mundo jurídico do processo, o faz para defender determinado ponto de vista, de interesse próprio ou daqueles que representa, apresentando ao juiz informações que lhe auxiliarão no entendimento da matéria discutida, mas, não podemos enquadrá-lo como assistente em decorrência disso, pois, sua função básica não é auxiliar a parte, mas sim auxiliar o juiz a entender o que se discute. Reforça essa posição, inclusive, sua intervenção no processo de controle concentrado de constitucionalidade, pois neste processo não há partes, logo seria ele assistente de quem?

Por esta razão não podemos enquadrar o *amicus curiae* como uma forma especial de assistência, pois, ainda que haja obrigatoriedade de demonstrar o interesse e a representatividade para poder intervir, na essência não auxilia a parte, mas sim o juiz.

Também não podemos enquadrá-lo em nenhuma das outras formas expressamente definidas na legislação processual civil para intervenção de terceiros, em razão do que, em nosso sentir, o *amicus curiae* é a própria forma em si, que apenas foi prevista em legislação esparsa. O *amicus curiae* é mais uma espécie do gênero intervenção de terceiros. Em outras palavras: o instituto do *amicus curiae* tem natureza jurídica de intervenção de terceiros, pois é espécie deste gênero.

Fixada a natureza jurídica do instituto, resta importante ressaltar a impropriedade técnica cometida pelo legislador no artigo 7º da Lei 9.868/99 ao expressamente, em seu *caput*, não permitir a intervenção de terceiros nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, mas, em seu parágrafo segundo, permitiu a intervenção do *amicus curiae*. Ora, se a intervenção do *amicus curiae* é intervenção de terceiros, como pode ter sido proibida no *caput*?

Por força da natureza jurídica que aqui se defende e da grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de sua correta definição e enquadramento enquanto instituto, em nosso entender, o legislador quis proibir as demais formas de intervenção de terceiros, mas não todas, caso contrário seria letra morta o citado parágrafo. Precisamos aplicar à norma o princípio da máxima efetividade ou eficiência, através do qual devemos lhe conferir um sentido que lhe dê a maior eficácia possível.

#### **4. LEGITIMAÇÃO**

Em relação a legitimação para figurar como *amicus curiae* convém ressaltar que não é qualquer pessoa que tem legitimidade para agir na qualidade de

*amicus curiae*. Cada norma que permitiu a utilização do instituto limitou o universo de pessoas que podem atuar nessa posição, até porque, a ampliação indiscriminada, poderia contribuir para criação de tumulto processual.

No direito norte-americano, é necessário que as partes consentam com a intervenção, como muito bem apontou Carlos Fernando Mathias de Souza: “...ao menos com relação à admissão do *amicus curiae* perante a Suprema Corte, é imprescindível o consentimento das partes.”.

No Brasil, optou-se por deixar, à cargo da lei ou do juízo de conveniência e oportunidade do julgador conforme a seguir apontaremos em cada uma das normas.

A Lei 6.385/76 conferiu apenas à Comissão de Valores Mobiliários a legitimidade (faculdade) para atuar como *amicus curiae* (art.31) e obrigou ao Juízo a sua intimação. Por sua vez, a Lei 8.197/91 e a Lei 9.469/97 atribuíram tal permissão apenas à União (art.2º e 5º, respectivamente). Nas duas normas não há o que se discutir: a lei foi taxativa ao prever seus legitimados.

No caso da Lei 9.868/99, seu parágrafo segundo do artigo 7º ampliou um pouco mais o universo e elencou dois requisitos para a admissão do *amicus curiae*: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Quanto ao requisito da relevância da matéria, Alexandre Freiras Câmara<sup>15</sup> apontou sua crítica:

a lei acaba por dar a impressão de ter estabelecido distinção entre duas categorias de questão constitucional: as questões constitucionais relevantes e as questões constitucionais irrelevantes. Ao que parece, o Poder Público brasileiro, finalmente expressou aquilo que todos já podiam perceber: para nossos governantes, há muitas normas constitucionais verdadeiramente irrelevantes, que podem ser modificadas ou mesmo desrespeitadas sem que ao fato se dê qualquer importância.

Em que pese a abalizada opinião do grande mestre, em nosso entendimento não foi essa a intenção do legislador ao incluir tal requisito. Mister ressaltar que inexistente processo de controle abstrato de constitucionalidade cuja matéria discutida seja irrelevante. Se o que se discute é a constitucionalidade ou não de determinada norma, para mantê-la ou excluí-la de nosso ordenamento, lógi-

---

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v.II, p.46.

ca a conclusão de que qualquer matéria discutida é relevante. Assim, o legislador ao apontar como requisito a existência de matéria relevante pretendeu informar que a matéria discutida seja relevante para aquele que intervêm no processo como *amicus curiae*, que tenha um mínimo de interesse jurídico na condução e resultados que poderão advir do processo, e não, como pode equivocadamente parecer, que a relevância se refira a matéria objeto do processo.

Em relação à representatividade é importante informar que a entidade postulante na qualidade de *amicus curiae* deverá ter sua atividade diretamente relacionada com o ato normativo questionado. Assim, se a norma atinge consumidores, terão representatividade as associações comerciais ou de consumidores. Se atingir financiamento habitacional, por exemplo, terão representatividade as Instituições Financeiras que operem os financiamentos suas entidades representativas e as associações de mutuários.

Não se exige extensão territorial para conferir representatividade à intervenção de *amicus curiae*, não havendo qualquer impedimento para que a associação seja, por exemplo, de nível municipal.

Interessante notar que algumas entidades possuem expressa representatividade, independentemente do tema em debate, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, Associações de Advogados, Magistrados, Ministério Público ou Defensoria Pública. Além do mais, os legitimados previstos no artigo 103 da Constituição Federal podem figurar como *amicus curiae*, no caso de não ter sido sua a iniciativa de discussão da constitucionalidade de norma, uma vez que a própria Constituição lhes conferiu legitimidade e representatividade.

É claro que os legitimados especiais ou exclusivos, que são submetidos ao requisito da pertinência temática, devem observar essa limitação quando da intervenção como *amicus curiae*, porque senão estaria, por vias transversas, desrespeitando o requisito constitucional que lhe foi impingido, mesmo agindo com a natureza jurídica de intervenção de terceiros.

Vale ressaltar que alguns doutrinadores estão ampliando o campo de atuação da norma, admitindo a intervenção de professores, cientistas, etc., conforme manifestam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>16</sup>:

O relator, por decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de pessoa física, jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e

---

<sup>16</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.1.487.

entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta.

Não concordamos com esse posicionamento no caso da Lei 9.868/99 pois a lei expressamente se refere a “órgãos ou entidades”, o que conduz a inexorável conclusão de tratar exclusivamente de pessoa jurídica. Há expressa limitação.

Por sua vez, a Lei 9.882/99, que regulou a ação de descumprimento de preceito fundamental previu a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* de “pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Aqui sim, por exemplo, um professor renomado ou um escritor especializado podem, desde que autorizados pelo relator, intervir como *amicus curiae*.

Por isso, especificamente no caso da Lei 9.882/99, entendemos estar em consonância com a norma o posicionamento anteriormente citado de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao permitirem uma maior amplitude quanto aos legitimados à intervir. Aqui a lei não limitou a intervenção à pessoa jurídica, pelo contrário, foi expressa ao prever “pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Porém, devemos ressaltar que não concordamos com esta amplitude e subjetividade. Primeiro que ampliando demasiadamente os legitimados ativos pode-se inviabilizar o instituto. Segundo que “pessoa com experiência” e “autoridade na matéria” são termos subjetivos sem expressa definição legal. Quantos anos de atuação na matéria que se discute podem rotular uma pessoa como “experiente”? A publicação de um livro seria suficiente para considerar uma pessoa autoridade na matéria ou bastaria um artigo? Deixar a interpretação da norma à subjetividade do julgador retira todo o sentido de equidade das normas jurídicas.

As pessoas jurídicas também estão autorizadas a atuar como *amicus curiae* por força do citado dispositivo. Primeiro porque a lei não restringiu seu campo de atuação à pessoas físicas, mas colocou de forma genérica a qualificação “pessoas”. Segundo porque diversas são as pessoas jurídicas que possuem experiência e autoridade em determinadas matérias e que muito poderão contribuir com informações, como é o caso, para citar alguns exemplos, da CVM no mercado de capitais, da SUSEP no mercado de seguros, das entidades de direitos humanos na defesa dos direitos individuais etc.

A Lei 10.259/2001 não limitou nem apresentou requisitos para a admissão do *amicus curiae*, motivo pelo qual pode conduzir a um grande risco de

tumulto processual em face da total abertura permitida pelo legislador ao não limitar os seus legitimados. Por isso, entendemos, por ausência de normatização, ser salutar a demonstração de um mínimo de interesse na matéria discutida, utilizando como diretrizes e princípios para a legitimação as regras insculpidas pela Lei 9.868/99.

## **5. DO PRAZO**

Em relação ao prazo para intervir e se manifestar, como o instituto não foi normatizado pela nossa legislação processual civil, mas sim por legislações esparsas, temos aqui uma regra específica para cada uma das leis que previu sua utilização. Passaremos a enfrentá-las.

O artigo 31 da Lei 6.385/76 estipulou o prazo de 15 dias, a contar do recebimento da intimação, para a intervenção do *amicus curiae*. Nesse ponto devemos aplicar a regra insculpida no artigo 241 do CPC, através da qual o prazo somente começará a contar após a juntada aos autos do aviso de recebimento da intimação ou do mandado cumprido.

A Lei 8.197/91 e a Lei 9.469/97 não estipularam prazo para a intervenção da União, logo, poderá ingressar em qualquer momento processual, mas, receberá o processo no estado e fase em que se encontrar.

O parágrafo segundo do art. 7º da Lei 9.868/99 dispôs que o *amicus curiae* poderá se manifestar no prazo informado no parágrafo primeiro do mesmo artigo. Ocorre que o parágrafo primeiro sofreu veto presidencial, sob a argumentação de poder causar prejuízo à celeridade processual. Convém inicialmente registrar que discordamos de tal argumentação porque o que ele permitia era o ingresso dos já legitimados constitucionalmente, um universo limitado de titulares, enquanto que o parágrafo segundo, que não foi objeto de veto, permite o ingresso a um universo muito mais amplo. Tanto é assim que a mesma razão de veto informa que aqueles legitimados constitucionalmente poderão intervir com base no parágrafo segundo do mesmo artigo, apenas limitada à avaliação, pelo relator, quanto a relevância da matéria e representatividade do interveniente.

Sopesadas as críticas, e, considerando que o parágrafo segundo se reportava ao primeiro, que por sua vez se subsidiava no prazo previsto no parágrafo único do artigo 6º, entendemos que o *amicus curiae* terá o mesmo prazo concedido aos órgãos ou entidades de onde emanou a lei ou o ato normativo impugnado para prestar informações, ou seja, 30 dias, contados do recebimen-

to do pedido de informações por aqueles órgãos. Este entendimento guarda consonância, inclusive, com o parágrafo segundo do art. 170 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que regulamentou sua aplicação.

A Lei 9.882/99, ao regular a ação de descumprimento de preceito fundamental deixou ao alvedrio do relator autorizar ou não a juntada de memoriais pelo *amicus curiae* (art.6º). Neste ponto ressaltamos nossa crítica à norma ao conferir ao relator o juízo de conveniência e oportunidade de admissão ou não do *amicus curiae* no processo. O fato é que em admitindo, não há prazo expresso na lei para a apresentação dos memoriais, mas entendemos, por força de regra de hermenêutica jurídica, que deverá ser respeitado o prazo previsto no caput do mesmo artigo, ou seja, 10 dias, ou ainda, no caso do exercício pelo relator da faculdade prevista no parágrafo primeiro do mesmo artigo, na data por ele fixada.

Quanto ao Juizado Especial Federal, a segunda parte do parágrafo sétimo do artigo 14 da Lei 10.259/2001 estipulou o prazo de 30 dias, mas não informa seu *dies a quo* nem a doutrina tem enfrentado tal desafio.

O regimento interno do STF, em seu artigo 321, parágrafo 5º, inciso III, ao regular a matéria, no caso do recurso extraordinário oriundo do juizado especial (art.15 da Lei 10.259/2001) dispôs:

III - eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º;

Assim, o prazo para intervir, como *amicus curiae*, perante o STF em recurso extraordinário é de 30 dias a contar da decisão concessiva da medida cautelar. Mas o Tribunal não enfrenta a outra questão: qual o prazo caso não haja pedido nem manifestação do relator acerca de decisão concessiva de medida cautelar?

Entendemos aqui que o prazo correrá a partir do primeiro despacho do relator pedindo informações, seja para o Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização (no caso do inciso I do parágrafo 5º do art.312 do RISTF) ou, no caso de não serem essas informações requisitadas por representarem faculdade do relator, o prazo correrá, necessariamente, a partir da abertura de vista ao Ministério Público (inciso IV do mesmo artigo).

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto do *amicus curiae* nasceu objetivando ampliar a busca da verdade real, fazer com que a matéria seja discutida ao exaurimento antes do julgamento, ouvindo opiniões e posições dos segmentos mais variados da sociedade e trazendo ao julgador todas as informações disponíveis visando o maior esclarecimento e entendimento possível.

No Brasil nasceu visando exclusivamente auxiliar o órgão julgador em matérias de alta complexidade técnica. Em seguida, objetivando a proteção do patrimônio público, se estendeu à União. Nos últimos anos chegou ao controle concentrado da constitucionalidade, nas ações de descumprimento de preceito fundamental e ao Juizado Especial Federal. Nestes, voltando às origens, embora ainda com algumas distorções, passou a focar a democratização da decisão e o oferecimento de subsídios técnicos aos julgadores.

Nossa crítica principal é deixar à subjetividade do julgador, em determinados casos, a admissão ou não do *amicus curiae*, quando a norma deveria determinar expressamente os casos específicos da utilização do instituto, livrando-o de entendimentos particulares de cada julgador. É o que ocorre, principalmente, no caso da lei 9.868/99.

Entendemos que sempre que houver uma decisão que possa influenciar, ainda que de forma indireta, uma coletividade, deve ser bem recebida a intervenção de terceiros, na sua espécie de *amicus curiae*. A forma da intervenção deve ficar expressa em lei, imperativamente, longe da subjetividade do julgador, permitindo ao *amicus curiae* ampla participação, inclusive oferecendo sustentação oral.

As ferramentas hoje disponíveis ao instituto já lhe permite algum acesso, mas o judiciário ainda tem se mostrado tímido em conferir amplitude à sua utilização, em geral, com justificativa de inviabilização do processo, o que tolhe por completo o seu desenvolvimento.

Esperamos que com a discussão da matéria consigamos despertar em nossos doutrinadores e juristas uma maior atenção para a intervenção de terceiros do *amicus curiae* e com isso permita o seu aprimoramento e amadurecimento, contribuindo para o desenvolvimento da ciência jurídica.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.I.

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil arts. 1º a 153*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.I.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae – A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.socejur.com.br/artigos/amicus.doc>>. Acesso em: 15 nov. 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v.I.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v.II.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.II.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pág.185.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros*. *Revista de Processo* n° 109. São Paulo, 2002. p.40 a 46.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *O Amicus Curiae no Ordenamento Positivo Brasileiro (II)*. *Correio Braziliense* de 01/04/2002. Universidade de Brasília. Disponível em: <[http://www.unb.br/fd/colunas\\_Prof/carlos\\_mathias/anterior\\_00.htm](http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_00.htm)>. Acesso em: 11 set. 2004.
- WALD, Arnold. *Da Competência das Agências Reguladoras para Intervir nas mudanças de controle das empresas concessionárias*. *Jornal Jurissintese*, n° 66, agosto de 2002.



**Gráfica Barreto**

Avenida Beberibe, 530 - Encruzilhada - CEP 52041-430 - Recife - PE  
Telefone: (81) 241.2866 - Fax: (81) 241.2609  
E-Mail: [graficabarreto@zaz.com.br](mailto:graficabarreto@zaz.com.br)

