

Revista  
**ESMAFE**

Escola de Magistratura  
Federal da 5a. Região

TRF 5a. Região  
Recife – Pernambuco  
Nº 6 – 2004

*EDITORIA*

**SECRETARIA EXECUTIVA DA ESMAFE – 5a.  
Humberto Vasconcelos – Secretário Executivo  
Nancy Freitas – Supervisora**

*IMPRESSÃO*

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

*TIRAGEM*

**1.000 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**

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

**DIRETORIA**

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Diretor  
Desembargador Federal**

**JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Vice-Diretora  
Juíza Federal**

**CONSELHO EDITORIAL**

**Des. Federal Ridalvo Costa  
Des. Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti  
Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria  
Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Júnior**

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

**DESEMBARGADORES FEDERAIS**

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI  
Presidente

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Vice-Presidente

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Corregedor Regional

RIDALVO COSTA

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI  
Diretor da Revista

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Diretor da ESMAFE

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

## Sumário

Editorial.....	7
TRF – 15 Anos .....	9
<i>Desembargador Federal <b>Ridalvo Costa</b></i>	
Poder, Política y Derechos Humanos .....	17
<i>Desembargadora Federal <b>Margarida de Oliveira Cantarelli</b></i>	
Teto de Remuneração do Servidor Público: Agora é Pra Valer .....	31
<i>Desembargador Federal <b>Luiz Alberto Gurgel de Faria</b></i>	
Juizados Especiais Federais – Problemas e Soluções .....	47
<i>Juiz Federal <b>Francisco Geraldo Apoliano Dias</b></i>	
O Brasil – Uma Breve Visão Histórica do Estado, das Constituições e dos Tributos .....	75
<i>Juiz Federal <b>Hélio Sílvio Ourem Campos</b></i>	
A Prova Técnica na Desapropriação Agrária .....	125
<i>Juiz Federal <b>Edilson Pereira Nobre Júnior</b></i>	
O Problema da Indenização das Áreas de Preservação Florestal (Análise Doutrinária e Jurisprudencial) .....	139
<i>Juiz Federal <b>Raimundo Alves de Campos Jr.</b></i>	
Constitucionalidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA).....	189
<i>Juiz Federal <b>Leonardo Resende Martins</b></i>	
Atividade Administrativa Discricionária e Determinação do Conceito de Interesse Público .....	199
<i>Juíza Federal <b>Danielle Souza de Andrade Silva</b></i>	
Breves Comentários Acerca da Memória de Cálculo, na Sistemática da Lei nº 10.444, de 2002 .....	215
<i>Juiz Federal <b>Francisco Antônio de Barros e Silva Neto</b></i>	
A Alienação Fiduciária de Imóveis e a Segurança Jurídica dos Contratos SFI .....	231
<i>Gerente Jurídico Regional da CEF <b>Ricardo Siqueira</b></i>	

Desapropriação para Fins de Reforma Urbana e o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) .....	235
<i>Bacharela em Direito <b>Maria Carolina Scheidgger Neves</b></i>	
Subsidiariedade e Parceria: O Terceiro Setor (As Organizações da Sociedade Civil) .....	269
<i>Professora Universitária <b>Luciana de Medeiros Fernandes</b></i>	

## **EDITORIAL**

Este número 06 da Revista da ESMAFE-5ª inaugura a nova fase deste periódico e da própria Escola de Magistratura Federal da 5ª Região.

A partir de agora, haverá um esforço no sentido de que se assegure periodicidade quadrimestral à publicação, pelo que, em 2004, três números deverão ser editados: o presente, de número 06, de abril, e os números 07 e 08, a saírem nos meses de agosto e novembro, respectivamente.

Também este número marca o início da atuação do Conselho Editorial, cujos membros tiveram acesso a todos os trabalhos remetidos à ESMAFE e recomendaram a publicação dos artigos que estão contemplados neste número, com laudos de apreciação de cada um deles. Trata-se de medida que tem o objetivo de valorizar ainda mais o esforço editorial da Escola. Neste sentido pede-se aos magistrados e demais colaboradores que se antecipem no envio de seus artigos destinados aos próximos números.

Outro assunto que merece destaque e integra o conjunto de novos empreendimentos da Escola é a instalação dos Núcleos Seccionais. O primeiro foi instalado em Sergipe, em 04 de dezembro de 2003. Seu diretor é o Juiz Edmilson da Silva Pimenta. O segundo, em Alagoas, no dia 23 de abril de 2004. É diretor do núcleo alagoano o Juiz Frederico Wildson da Silva Dantas. Nos próximos meses dar-se-á a instalação dos núcleos do Ceará, Rio Grande do Norte e Paraíba. Uma programação conjunta, reunindo atividades planejadas por todos os núcleos, será oportunamente divulgada.

Por fim, destaque-se o novo setor de cursos isolados da ESMAFE. O primeiro curso a ser oferecido é o de Direito Eleitoral, estruturado com o objetivo de preparar assistentes jurídicos para as eleições de outubro de 2004. Está programado para o período que vai de 10 a 31 de maio. Para o segundo semestre, estão previstos cursos de Direito Ambiental, Direito Tributário, Direito Previdenciário e Processo Civil. Os cursos têm carga horária variável, em torno de 24 horas/aula e serão oferecidos, nesta primeira etapa, sempre no horário no-

turno. Informações mais detalhadas serão encontradas oportunamente na página do Tribunal – [www.trf5.gov.br](http://www.trf5.gov.br) - , no espaço destinado à Escola.

Os que fazem a Escola de Magistratura registram seu regozijo pela passagem dos 15 anos de instalação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, publicando, como primeira contribuição deste número da Revista, o discurso com que o decano, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Ridalvo Costa, saudou a data, na sessão solene do dia 30 de março de 2004.

Recife, abril de 2004.

A Editoria.

## TRF – 15 ANOS

*Ridalvo Costa*<sup>1</sup>  
Des. Federal do TRF - 5ª Região

- Minhas saudações às autoridades presentes, na mesa e no plenário, advogados, servidores, familiares, senhoras e senhores.

“Se nós somos aquilo de que nos lembramos, não tenho do que reclamar da minha vida neste Tribunal. Quase só me lembro de coisas boas! Do ofício de julgar, mesmo quando as pressões psicológicas decorrentes da matéria submetida a julgamento excederam o normal, tive sempre o alívio de chegar a termo; da função presidencial, sem nenhuma saudade, guardo com muito carinho a láurea de haver sido o primeiro a exercer-la, na 5ª. Região”.

Sra. Presidente:

Não sei bem o que me levou a aceitar o convite para falar hoje. Sentimentos difusos assaltaram-me. A vontade de divulgar que não foi fácil organizar e pôr em funcionamento um Tribunal. A vaidade de repetir José Américo para dizer que a esta Casa de Justiça, como Presidente, dei-lhe as raízes e que os outros colegas lhe deram asas. O desejo incontido de declarar de público o meu amor à instituição a que sirvo e a preocupação com o seu porvir. Por isso e pelo mais que não saberia dizer, agradeço a minha estimada Des. Federal Margarida Cantarelli a indicação e aos queridos colegas o aceite sem ressalvas.

Trago-lhes apenas um depoimento despojado de qualquer artifício de forma ou de conteúdo sobre o começo e como me parece ser o Tribunal hoje, isto é, como o vejo.

---

<sup>1</sup> O Desembargador Federal Ridalvo Costa é o decano do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Faz quinze anos. No final da manhã respingada de chuva do dia 30 de março de 1989, após hasteamento das bandeiras do Brasil e de Pernambuco (as dos demais Estados foram incorporadas depois), no Palácio Frei Caneca, na Av. Cruz Cabugá, cedido pelo Estado de Pernambuco, realizou-se a instalação solene deste Tribunal, o qual fora criado, com mais outros quatro, pelo art. 27, § 6º. do ADCT, de 1988, com sedes e jurisdições fixadas pelo eg. Tribunal Federal de Recursos, através da Resolução nº 01, de 6 de outubro de 1988. No caso específico da nossa região, pesou, além da situação geográfica central do Recife, a sua importância jurídica, sede da Faculdade de Direito do Recife, mãe de todas as outras faculdade de direito do Nordeste. A solenidade fora marcada por um confuso cerimonial. A imprensa percebera as falhas da liturgia e aproveitara para noticiar, no dia seguinte, que o Governador empossara os juízes do TRF. O equívoco da notícia causou certa perplexidade por tratar-se da posse de Juízes Federais, sem demérito para o Dr. Arraes, cujo nome, juntamente com de Carlos Wilson, Vice-Governador e inquilino do “Frei Caneca”, no tempo, estão registrados na história desta Casa, com gratidão. Os termos de posse dos dez juízes foram, entretanto, corretamente assinados pelo Min. Gueiros Leite, Presidente do STJ e do CJF. Passamos, então a integrar este Tribunal, pela ordem de antiguidade na Justiça Federal de Primeira Instância, eu como decano e único representante da Justiça Federal da Paraíba, Araken Mariz, da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, Hugo de Brito Machado, um dos representantes da Seção Judiciária do Ceará, José Augusto Delgado, cuja nobreza intelectual o recomendara a falar em nome dos empossandos, também viera da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, José de Castro Meira, vindo da Justiça Federal em Sergipe, Petrucio Ferreira, representante da Justiça Federal de Pernambuco, Orlando Rebouças, também representando a Justiça Federal no Ceará, Lázaro Guimarães, originário da Justiça Federal da Bahia, mas que optara por servir na Quinta Região, Nereu Santos, como representante do Ministério Público Federal, originário da Procuradoria da República na Paraíba e Francisco Falcão, representante da classe dos advogados, originário de Pernambuco.

A saudação do Ministério Público fora feita pela conceituada Procuradora da República, Dra. Eliane Recena.

Nada, fisicamente, havia ficado pronto no Tribunal, salvo o Salão do Pleno, onde ocorreu a iniciação. Até as togas usadas na solenidade foram emprestadas pelos nossos colegas do Tribunal Regional do Trabalho.

Em sessão administrativa realizada na tarde do mesmo dia 30 de março, assumi, em caráter interino, a Presidência do Tribunal, em cumprimento ao dis-

posto no art. 4º da Lei 7.727/89, situação que perdurou até a aprovação do Regimento Interno, no dia 26 de abril, quando fui eleito Presidente e o Juiz Araken Mariz, Vice-Presidente e Corregedor, ocasião em que foram também constituídas as duas turmas julgadoras iniciais.

Os fundadores do Tribunal enfrentaram uma tarefa árdua, sem precedentes em suas vidas funcionais. A implantação dos serviços administrativos teve início com apenas quatro servidores da Seção Judiciária da Paraíba: Afonso Braga, José Maria da Lima, Hélio Lins de Medeiros Silva e Carlos Alberto Alves Barreto, motorista e secretário, três ou quatro funcionários da Representação do ex-TFR, lotados em Recife, e o apoio da Seção Judiciária de Pernambuco, dirigida, à época, pelo Dr. Francisco Bezerra Cavalcanti. Já havia sido criado, por lei, o quadro de servidores do Tribunal, com 466 cargos efetivos e 79 cargos em comissão.

Os trabalhos de reforma do prédio da Av. Cruz Cabugá, tiveram continuidade com a substituição do piso, revestimento das paredes, colocação de divisórias dos Gabinetes, inclusive o da Presidência. Ao mesmo tempo foram adquiridos móveis, máquinas de datilografia, aparelhos de ar condicionado, todo o material de expediente necessário, o sistema de distribuição informatizada de processos e os primeiros computadores, sendo dois destinados para uso dos únicos juizes que já dominavam a informática: Lázaro e Hugo Machado.

Não haveria como funcionar o Tribunal sem pessoal de apoio. Deliberou-se, então, fazer-se a nomeação de aprovados em concursos realizados pelo eg. CJF para as seções judiciárias. Por decisão unânime do Tribunal, fundiram-se as relações de aprovados para cada cargo na Região, a fim de que as nomeações obedecessem rigorosamente à ordem de classificação.

Com grande satisfação foram feitas as nomeações de 269 funcionários efetivos, de 74 em comissão e designados mais de cinquenta requisitados de outros órgãos para o exercício de funções gratificadas, sem os quais o Tribunal teria demorado a assumir as suas atribuições, como tribunal de apelação da Justiça Federal, um dos sucessores do Tribunal Federal de Recurso, como são os T. Regionais, órgãos de 2º grau da Justiça Federal.

A criação do Tribunal gerou mais de 500 novos empregos em uma Região tão carente como a nossa. A necessidade de pessoal auxiliar era urgente. A lavratura dos termos de posse manuscritos em livros como era o sistema usual, demoraria meses. Optou-se então por formulários impressos e posterior encadernação.

Ainda no primeiro ano aprovou-se o organograma do Tribunal, implantou-se, mesmo de forma incipiente, o sistema de taquigrafia e foram tomadas as

providências iniciais para a realização dos primeiros concursos regionais para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto e de outros efetivos remanescentes.

Esses objetivos foram conseguidos com a participação de todos os juízes fundadores, a colaboração dos servidores, coordenados pelo Dr. Luciano Maia, primeiro Diretor Geral do Tribunal e hoje brilhante Procurador Regional da República, e a assessoria permanente do Conselho da Justiça Federal, que exercera um papel de tutor dos TRFs, imprescindível e de suma importância naquela fase. Predominava na direção do CJF, o objetivo de transformação, com o aproveitamento do seu valioso quadro funcional, em uma escola de formação e aperfeiçoamento de Juízes e de servidores da Justiça Federal. Era o pensamento várias vezes externado pelo Min. Washington Bolívar, Presidente do STJ e do CJF, e a quem a segunda instância da justiça federal muito deve.

A idéia foi lamentavelmente abandonada.

Assistimos com preocupação institucional minguar a cada dia a parcela de autonomia administrativa dos Tribunais Regionais Federais. Esperamos, no entanto, mesmo submissos à supervisão administrativa e orçamentária do CJF e aos demais controles externos presentes e futuros, nos limites impostos pela Constituição Federal, que a este Tribunal seja assegurada a administração integral da Justiça Federal de primeira e segunda instâncias. Não pode ficar ele limitado a cumprir ordens de todos os escalões do Conselho da Justiça Federal. Terá de cuidar a partir da formação e aperfeiçoamento dos Juízes na sua Escola da Magistratura ou através da indicação dela, com aprovação do Tribunal, para participação em cursos fora, com prévio exame do interesse da Justiça, de acordo com as peculiaridades regionais, e com igual oportunidade para todos os juízes, em sistema de rodízio, a fim de que os afastamentos causem o mínimo de prejuízo à prestação do serviço forense a que estamos obrigados.

A especialização de varas, a coordenação de julgamentos judiciais da Justiça Federal de alçada e até a escolha da cor da capa dos processos feitas por um órgão administrativo de controle externo, como vem ocorrendo, são exemplos eloqüentes do que estou afirmando quanto à invasão descabida, com todo respeito, da parcela administrativa que a Constituição confere aos Tribunais.

Que estas palavras sejam interpretadas não como rebeldia, mas como um pedido de socorro em defesa da independência deste Tribunal, por um antigo e disciplinado juiz, com vaidades pessoais muito limitadas e sem participar da direção da corte.

Volto à história que estava contando.

Todas as administrações, a partir da 2ª Presidência, dedicaram-se ao aperfeiçoamento das atividades-meio, à construção da sede do Tribunal e das Seções Judiciárias da Região, que funcionavam quase todas em antigas casas residenciais adaptadas, algumas delas sem as mínimas condições. Atualmente, não há na 5ª Região nenhuma Seção Judiciária que não tenha uma sede condigna, graças à administração regionalizada da Justiça Federal, a partir da Constituição de 1988. Com louvores faz-se consignar o dinamismo e a capacidade administrativa da Presidência Francisco Falcão.

Teria dito muito pouco se não me referisse à atividade-fim, que é a de julgar. O Tribunal, nesse aspecto, iniciou-se com postura altiva, imbuído da idéia de que recebera parcela considerável da competência do Tribunal Federal de Recursos, guiado pelo desejo de afirmar-se como Tribunal na fase inicial da redemocratização do País, ávido em fazer aplicar com largueza a novel Constituição em prol do cidadão e com flagrante propensão em limitar, quanto possível, o direito de tributar. Adiantou-se no tempo em proclamar, em primeiro lugar, a inconstitucionalidade do “Plano Collor”, na arguição de inconstitucionalidade na AMS 2,379-PE, por unanimidade de votos, em sessão do tribunal pleno, em 20.3.91, Rel. Lázaro Guimarães. Fora sempre um Tribunal digno do papel que a Constituição lhe reservou com a participação corajosa de todos os seus integrantes para que as decisões se tornassem conhecidas e, em grande parte, admiradas. Peço permissão aos fundadores, porque sei que é também o desejo deles, para destacar, sem nenhum sentimento menos nobre, os nomes dos Ministros José Delgado e Castro Meira, escritos em nossa memória como admiráveis juízes deste Tribunal.

Os erros involuntários de alguns julgamentos também compõem a nossa página histórica, dos quais não nos orgulhamos, mas os mantemos lembrados na tentativa de que não venhamos a repeti-los.

A renovação do quadro de magistrados deste TRF iniciou-se com a promoção do Juiz Federal José Maria Lucena, vindo da Seção Judiciária do Ceará, em 29.04.92, para ocupar a vaga decorrente da aposentadoria do Juiz Orlando Rebouças; com a promoção do Juiz Federal Geraldo Apoliano, da Seção Judiciária do Ceará, em 13.03.96, para ocupar a vaga decorrente da ascensão do Ministro José Delgado ao STJ; com a promoção do Juiz Federal Ubaldo Cavalcante, originário da Seção Judiciária de Pernambuco, em 03.12.97, para ocupar a vaga decorrente da aposentadoria do Juiz Hugo Machado; com a nomeação da advogada Margarida Cantarelli, em 03.12.99, na vaga decorrente da ascensão do Min. Francisco Falcão ao STJ; e em 3.7.2000, com as promoções dos Juízes Federais para provimento dos cargos criados pela Lei

9.967/2000, Francisco Cavalcanti, José Baptista de Almeida Filho, ambos da Seção Judiciária de Pernambuco, Luiz Alberto Gurgel de Faria, vindo da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e Napoleão Nunes Maia Filho, da Seção Judiciária do Ceará; a promoção do Juiz Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, da Seção Judiciária de Alagoas, em 17.05.2001, para prover a vaga decorrente da aposentadoria do Des. Federal Araken Mariz de Faria; com a nomeação do advogado Paulo de Tasso Benevides Gadelha, em cargo criado pela Lei 9.967; com a promoção do Juiz Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, em 15.08.2003, em provimento à vaga pela ascensão do Ministro Castro Meira ao STJ, e, finalmente, em 03.12.2003, com a posse Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, originário da Procuradora da República no Rio Grande do Norte, em vaga decorrente da aposentação do Dr. Nereu Santos.

Como se vê, em quinze anos, a composição do Tribunal foi mudada em sua quase totalidade. Com Petrucio e Lázaro, estimados companheiros desde o início, testemunhamos a transição, a renovação que foi empreendida, a contribuição intelectual trazida pelos novos julgadores, o despertar mais visível da admiração da primeira pela segunda instância, tudo faz com que permaneça em nós o sentimento de orgulho da convivência. Parece-me que o Tribunal, em sua composição atual, é mais rígido na interpretação da lei e nos julgamentos criminais, mais fiel à jurisprudência dos Tribunais Superiores, mas essa postura é consciente e respeitável. Não é fácil julgar quando não se sabe o modelo judicial que a sociedade quer ou diante da insegurança dela com referência ao poder que os juízes deviam ter. No regime de exceção a sociedade defendia mais poderes para os juízes, enquanto agora na plenitude democrática defende toda sorte de controle do judiciário com o único propósito de enfraquecê-lo. Que se faça logo o que tiver de ser feito. A angústia da espera deixa o judiciário com medo. Pior do que um Judiciário sem poder é um judiciário amedrontado. Não é medo de perder privilégios nem posição social. Somos os servidores com menos vantagens funcionais (não me refiro a padrão de vencimentos) e, salvo algumas exceções, descendemos de pequenos proprietários rurais e profissionais liberais da classe média, promovidos socialmente pelo estudo, mas acostumados a viver na planície. Temos confiança na classe política e nas lideranças do Poder Judiciário para que se encontre o melhor caminho. Hoje predomina a consciência de que há, cada vez menos, lugar para formação de jurisprudência própria nos Tribunais inferiores, pejorativamente denominados de tribunais de passagem de processo.

De qualquer modo, na beleza dos quinze anos, este jovem Tribunal tem procurado desempenhar bem a sua competência judicial, de maneira afável, de

bom humor, formal apenas o necessário, e com inexcedível dedicação ao trabalho, revelada no julgamento de 460.000 processos nesse tempo, dos quais, desculpem-me a falta de modéstia, fui relator de mais de 50.000 processos.

Seja este Tribunal guiado pelo amor, segundo a lição de Kelsen no paralelo traçado entre o ideário de Platão e os ensinamentos de Cristo, cujo maior fundamento era a verdadeira justiça do amor: retribuir o mal não com o mal, mas com o bem, justiça que não se confunde com o sentimento humano, uma vez que é completamente contrário a natureza humana amar seu inimigo, mas para melhoria das nossas condições de julgar sem preconceitos e com o que exista de melhor em cada julgador, e se alcance a justiça relativa, com um significado próprio para cada um de nós, resultando uma justiça de liberdade, de paz, da democracia e da tolerância.

Cumpre-me neste momento de felicidade, encerrar saudando os que serviram e servem aqui: Juízes, Membros do Ministério Público, Procuradores, advogados e funcionários.

E que nesta Casa seja presente a oração de Rui aos magistrados:

“Às majestades da força nunca me incline. Mas sirva às do direito. Sirva ao merecimento. Sirva à razão. Sirva à lei. Sirva à Pátria”.

Muito obrigado.



## PODER, POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS

**Margarida Cantarelli\***  
*Desembargadora Federal*

Señoras y Señores:

Que mis primeras palabras sean de felicitaciones a los organizadores de este Congreso y de agradecimiento a la Universidad de Salamanca, lo que ahora manifiesto muy sensibilizaba y mismo con emoción. De modo muy especial al Director del Congreso, Profesor Ángel Espina Barrio, por la honrosa invitación que me envió para participar de este *IX Congreso Internacional de Antropología Iberoamericana*, sobre el relevante y siempre actual tema: **Poder, Política y Cultura**.

Y mayor se hace mi honor al facultarme disertar en este mismo suelo desde donde, siglos atrás, aleccionó el dominicano **Francisco de Vitoria**, uno de los fundadores del Derecho Internacional, materia a la cual he estado dedicando toda mi vida académica. En esta Universidad de tan profundas contribuciones a la cultura y, particularmente al Derecho, en un *campus* que lleva el nombre de **Unamuno**, no sé si el silencio respetuoso sonaría más alto que cualquier palabra que les pudiese traer sobre temas que superan y sobrepasan los tiempos, los momentos políticos y la conciencia de cada pueblo.

Pido permiso para iniciar prestando un homenaje a **Francisco de Vitoria**, que, de 1526 hasta su muerte en 1546, ejerció la Cátedra de *Prima Theologia*, en esta Universidad de Salamanca. Considerado el mayor renovador de la teología de España en el siglo XVI, aportó importantísimas contribuciones

---

\* Conferência de Encerramento do IX Congresso Internacional de Antropologia Iberoamericana, Universidad de Salamanca, 29 de abril de 2004.

también en el campo del Derecho. A él, al igual que a Francisco Suárez, Alberico Gentili, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf y algunos otros, es otorgado el título de fundador y de decenviro del Derecho Internacional, en la expresión utilizada por el internacionalista brasileño Raul Pederneiras.

Las posiciones defendidas por Vitoria, hace casi cinco siglos, podrían figurar en modernos compendios, no sólo de Derecho Internacional, sino también específicamente de Derechos Humanos y de Derecho Ambiental. Las mismas, si no exhibimos la fecha de su concepción, no desentonarían de las tesis que son debatidas hoy día, pero no plenamente concretizadas – la defensa de los pueblos indígenas y de su patrimonio natural. Ciertamente a partir de ellas podremos encontrar las primeras piedras para fundamentar nuestro pensamiento relativo a los Derechos Humanos, cuyo abordaje se dará a conocer en esta oportunidad.

Vitoria pone los fundamentos de su doctrina jurídica en la naturaleza humana y en los fines del hombre, que es la felicidad. Puso de relieve que la comunidad internacional estaba fundada en el Derecho Natural, del mismo modo que lo estaba la comunidad política que el Estado (*res publica*) representaba. La legitimidad del poder (*dominium*), que incluye tanto el poder civil como la propiedad privada, era independiente de un título religioso.

El Derecho Natural, en la concepción de Vitoria, reconocía que la comunidad internacional resultaría de la sociabilidad inherente a la naturaleza humana, que se extendería a todo el género humano al que llamó de *orbis* – conjunto de Estados, pueblos y naciones. Su vínculo era el *jus gentium*. El Derecho de las Gentes estaría concebido por Vitoria en un doble sentido: como Derecho universal del género humano, por un lado, en la tradición romana; por otro, como derecho de los pueblos, de las naciones, en sus relaciones recíprocas (*jus inter gentes*). Claro está que, para él, a pesar de que el Derecho de las Gentes formase parte del Derecho Natural, la voluntad humana, expresada o tácita, daría origen, por otro lado, a un Derecho de las Gentes Positivo, dado que el *orbis* tendría el poder de decretar “*leyes justas y a todos convenientes*”.<sup>1</sup>

Sobre el gran Maestro, bien acentúa Barcia Trelles,

*todo en Vitoria es fuerza espiritual [...]; no resta del mismo una efigie; pasó entre nosotros como un espíritu; como si presintiese que la*

---

<sup>1</sup> CANTARELLI, Margarida. A doutrina colonial para o novo mundo: Francisco de Vitoria – um Decênviro do Direito Internacional. Revista Acadêmica, v. 2 anos 2001/2002 – Recife: Universidade Federal de Pernambuco/ Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, coordenador Aurélio A. Boaviagem: Editora Universitária da UFPE, v. anual LXXVIII p. 49 e seguintes.

*estela luminosa que trazó su vida, llena de generosidad, bastase a inmortalizar su recuerdo; fue un alma grande, una conciencia impecable; más que entre las pequeñeces de los hombres, vivió en el mundo diáfano de las ideas [...] pasó silenciosamente por la vida, prolongando ésta más allá de la muerte, alargamiento específico de los espíritus predestinados a la eternidad.*<sup>2</sup>

## **PODER, POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS**

El gran jurista Karl Loewenstein, en su obra traducida al español, *Teoría de la Constitución*,<sup>3</sup> inicia el primer capítulo “sobre la anatomía del proceso del Poder Político” poniendo como subtítulo *La enigmática tríada*, dice:

Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas son: el amor, la fe y el poder; de una manera misteriosa, están unidos y entrelazados. Sabemos que el poder de la fe mueve montañas, y que el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder. La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder a su miseria.<sup>4</sup>

A bien de la verdad, no siempre el amor o la fe llevan a la felicidad humana o el poder necesariamente a su miseria. El uso o abuso de cada uno de esos sentimientos o fuerzas dará el grado positivo o negativo de sus efectos.

Lo que sí podemos constatar a lo largo de toda la historia de la humanidad es la mística del **Poder**. Por un poco de poder, se mata, se destruye, se desconocen hermanos, se brutalizan las personas, las tornan irreconocibles. La mística del **Poder** – especialmente del **amor al poder**, consustanciado en dos vectores: la **ambición por el poder** y el **apego al poder** – ha estado llevando a sus detenedores (gobernantes o quien los ejerza) a extrapolar sus límites legales y legítimos, conduciendo a verdaderos desastres, en los cuales las grandes vícti-

---

<sup>2</sup> CAMILO, Barcia Trelles. *Francisco de Vitoria*, Fundador del Derecho Internacional Moderno. Madrid, 1950. p. 34.

<sup>3</sup> La traducción al español fue hecha por el Profesor Alfredo Gallego Anabitarte, de la Universidad de Madrid.

<sup>4</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979. p. 23.

mas son siempre los indefensos, los impotentes o los oprimidos. Sea esto en el plano interno de los Estados, como en un ámbito más amplio de la sociedad internacional.

Pero, ¿qué es el **Poder**? Loewenstein dice que “*cualquier definición ontológica está abocada al fracaso, ya que la capacidad de percepción humana está confinada al resultado externo*” Se trata de uno de los fenómenos más difundidos en la vida social, se puede decir que prácticamente no existe una relación social en la cual no esté presente, de alguna forma, la influencia de un individuo o de un grupo sobre otro individuo u otro grupo.

Así, a partir de las más repetidas, conocidas y obvias nociones de **Poder**, lo tenemos como “*la capacidad de imponer la voluntad propia en una relación social*”.<sup>5</sup> O, de manera similar, como expresó Norberto Bobbio, entendiendo “*Poder como la capacidad de un sujeto influir, condicionar y determinar el comportamiento de otro individuo*”.<sup>6</sup>

La tipología clásica, transmitida a lo largo de los siglos, es la misma que se encuentra en *La Política*, de Aristóteles, que distingue tres formas típicas de poder, basándose en el grupo al cual se aplican: el poder del padre sobre los hijos, del amo sobre los esclavos y del gobernante sobre los gobernados. “*Son varios los criterios adoptados para distinguirse esas tres formas de poder; el propio Aristóteles asume el criterio de las personas para las cuales se ejerce el poder: el paternal en provecho de los hijos, el patronal para ventaja del amo, el político en atención de ambas partes, que es el llamado ‘bien común’*”.<sup>7</sup>

En realidad, a pesar de todas las manifestaciones de poder ser importantes para las partes involucradas – tales como padres e hijos, patrones y empleados -, el campo en el que el Poder juega su papel crucial es el de la política, porque no se refiere a un grupo, sino a todos.

“*Se utiliza el término ‘política’, normalmente, para designar la esfera de las acciones que tienen relación directa o indirecta con la conquista y el ejercicio del poder último (supremo o soberano) sobre una comunidad de individuos en un territorio*”.<sup>8</sup> Así, el vínculo entre gobernantes y goberna-

---

<sup>5</sup> PINTO Ferreira, Luis. *Teoría General del Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. I. p. 266.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*. Antologia, A Política. Rio de Janeiro: Contraponto, abril de 2003. P.137.

<sup>7</sup> Ibid. , p. 137/8

<sup>8</sup> Ibid. , p. 137

dos en el cual se disuelve la relación política principal es una relación típica de poder. Tan vivo es este tema desde la Antigüedad, presentándose bajo diversas formas, que del griego *crátos* (fuerza, potencia) y *arquía* (autoridad) nacen, con las debidas combinaciones, los nombres de las **formas de gobierno** hasta hoy usadas: democracia, aristocracia, oligarquía, y las palabras que fueron usadas para designar **formas de poder político**: fisiocracia, burocracia, poliarquía, etc.

El poder político ha estado siendo investigado, analizado a lo largo de la Historia, por diversos autores. Con todo, en este momento, no podría dejar de referirme al análisis, hoy clásico, del **Poder** que hizo Max Weber. Para él, las relaciones de mando y de obediencia que se encuentran en la política, tienden a basarse no apenas en fundamentos materiales, o mero hábito de obediencia de los súbditos, pero también en el fundamento de legitimidad. Del Poder legítimo, se extrae el concepto de autoridad. Weber especificó tres tipos de poder: **el legal, el tradicional y el carismático**. **El Poder Legal** es característico de la sociedad moderna, se funda sobre la creencia en la legitimidad del ordenamiento jurídico que define la función y los límites del detenedor del poder. La fuente del poder es la ley, a la cual están sujetos no apenas aquellos que le deben obediencia, sino también aquel que manda. “*El aparato administrativo del poder es la burocracia, con su estructura jerárquica de superiores y subordinados, en la cual las órdenes son dadas por funcionarios dotados de capacidad específica*”.<sup>9</sup> Weber se refiere, además, al **Poder Tradicional**, que se basa en creencias de carácter sacro, del “desde siempre”, y la fuente es, por lo tanto, la tradición que impone vínculos a los propios contenidos de las órdenes que el señor transfiere a los súbditos. Por fin, el **Poder Carismático**, que está fundado en la dedicación afectiva a la persona del jefe, a la fuerza heroica, al valor ejemplar o al poder del espíritu y de la palabra. La fuente del poder se vincula a lo que es nuevo, que no existía, y quien comanda es verdaderamente un líder (el profeta, el héroe guerrero o un gran demagogo). El aparato administrativo es elegido con base en el carisma, en la dedicación personal, no se puede hablar en una burocracia estructurada previamente ni en un cuerpo con funciones específicas.

El poder, por lo tanto, es uno de los elementos esenciales en todos los sectores del estudio de la política, desde el análisis de las burocracias o, más genéricamente, de las organizaciones, dado que es la fluencia entre sus diversos

---

<sup>9</sup> WEBER, Max. *Economía e Sociedade*. Brasília: UnB, 1999. 2 volumes. / BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 2. ed. Brasília: UnB, 1999. verbete Poder, Mario Stopino, p. 940.

sectores lo que da vida a los mismos. En las relaciones internacionales, es un instrumento privilegiado de interpretación, sin cuyo análisis se hace imposible comprender el funcionamiento, el equilibrio o el desequilibrio del sistema internacional. Es también imprescindible en la apreciación de las relaciones políticas nacionales y locales, consustanciándose en un verdadero y gran mosaico, plural y multiforme, de la sociedad en todos los tiempos.

*Fue Joseph Schumpeter quien dijo, cierta vez, que gran parte de las fantasías del espíritu y de las creaciones del intelecto desaparecen en el espacio que varía de un postre a una generación. [Pero, algunas de esas fantasías están destinadas a la permanencia.] Continúan siendo grandes los esfuerzos en el sentido de reaproximar la Ciencia Política de la Teoría Jurídica, por intermedio de enfoques más amplios, dotados de metodología propia, en condiciones de proporcionar a lo teórico los instrumentos de un análisis más rico del mismo fenómeno jurídico – político.<sup>10</sup>*

Por esa vía se tendrá, tal vez, un abordaje que permita la síntesis de lo que aquí se está buscando.

Siendo el tema central de este Congreso **Poder, Política y Cultura**, entiendo que su conclusión debe conducir a la búsqueda de la **efectividad**. O sea, llegar a “**cómo**” el poder Político se autodotaría de mecanismos de absorción de la cultura, en sus varios aspectos o manifestaciones, como forma de su propia legitimación. Lo ideal sería que estuviese inserido en la propia composición del Poder Político, a través de las respectivas **Constituciones** nacionales, pero no hay homogeneidad en la sociedad de Estados en que vivimos. Existen grandes diferencias en las variables que forman la composición del poder político y un evidente y largo camino por recorrer, tanto en el ámbito interno de cada Estado nacional como en la propia sociedad internacional, que se agravan por las incógnitas del porvenir.

El mundo vive un momento de transformaciones marcantes. El desarrollo tecnológico acortó el tiempo y el espacio, llegando muchas veces a eliminar este último, como en el mundo virtual. Nuevos medios de comunicación e información nos llevan a desafíos inimaginables. Por eso, aunque no sólo por eso, tales

---

<sup>10</sup> FARIA, José Eduardo. *Legalidade e Legitimidade*. Brasília: UnB, 1979. p. 13.

transformaciones avanzan en la estructura de sociedad de Estados, alcanzan su institucionalización o caminan para su desinstitucionalización.

La vida o la muerte del Estado nacional, el surgimiento de un súper-Estado o cualquier otra posible nueva formación político-jurídica de la sociedad internacional no elimina algunos de los elementos esenciales del tradicional Estado nacional, pues son inherentes a la propia sociedad y sus relaciones básicas. Si el territorio puede ser transformado (por incorporación, fusión, etc.), la **Población** – esto es, las personas con toda su carga histórica y cultural – y el **Poder** (desde el nivel más local hasta la **soberanía**), como la relación gobernante *versus* gobernados, permanecerán siempre. Entonces, las cuestiones que se colocan son: ¿de qué forma? ¿Cómo compatibilizar el Poder Político instituido o a instituirse con salvaguarda para el pueblo de sus marcos culturales? ¿Dónde quedan las fronteras de la cultura? *Macdonaldizar* el mundo sería un **genocidio cultural** de gravedad equivalente a los demás crímenes practicados contra la humanidad.

La solución buscada para esos desafíos, sea en la realidad vigente, sea para un futuro todavía no claramente delineado, sólo la veo a través del Derecho. Reconocemos que la composición del Poder Político en el sentido de la legitimidad está siendo gradual – con avances y retrocesos en este o aquel lado del mundo – a lo largo de los últimos siglos. Pero sólo estará suficientemente fundamentado si consolidado por el Derecho. Por eso comencé evocando a Francisco de Vitoria y su obra, reconociéndolo como un precursor. Será la norma jurídica, el camino de la efectividad cultural en la esencia del poder, sea al enunciar sus principios, sea al garantizarlos e inclusive al punir las violaciones sufridas. Las **Cartas Constitucionales** son el camino más seguro en el ámbito interno del Estado nacional, y veo en el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, por su dinámica, por la llama siempre encendida que trae consigo y por su fuerza de permanente construcción, indudablemente, el mejor vehículo conductor para esa transfusión en nivel internacional.

Cuando hablamos de Derechos Humanos podemos tomar varios puntos de partida. En el campo doctrinario, hice una justa referencia a la precursora y osada obra de Francisco de Vitoria. Pero cuando buscamos en lo normativo, casi siempre, nos fijamos en las Declaraciones de Derechos del final del siglo XVIII, tanto en la *Declaración de Derechos de Virginia*, de 1776, como en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, aunque reconozca otros antecedentes sobresalientes.

Tales declaraciones tienen gran mérito si analizadas con los ojos de su tiempo, a pesar de tratarse de normas nacionales, exponen al mundo un sentido

innovador y profundamente revolucionario de la condición humana y de la naturaleza del Poder Político. Con relación a este último, en mi opinión, se trata de la primera gran conquista de las Declaraciones ochocentistas, cuando reconocen al pueblo como detenedor original del **Poder Político**. Dice la *Declaración de Virginia*:

Sección 2 Que todo poder está investido en el pueblo y consecuentemente deriva de él: que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo momento responsables ante él.

*Sección 3 Que el gobierno se instituye, o debería serlo, para el provecho, protección y seguridad comunes del pueblo, nación, o comunidad; que de todos los varios modos o formas de gobierno, es el mejor aquel que es capaz de producir el mayor grado de felicidad y de seguridad y está más eficazmente asegurado contra el peligro de mala administración: y que, cuando un gobierno resulta inadecuado o contrario a estos principios una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, modificarlo o abolirlo, en la forma que se juzgue más conveniente al bienestar público.<sup>11</sup>*

La *Declaración (francesa) de Derechos del Hombre y del Ciudadano* es directa cuando proclama en el artículo 3:

El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer una autoridad que no emane de ella expresamente.

Y sobre la condición humana reconoce:

Artículo 2 La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

---

<sup>11</sup> *Declaración de Derechos de Virginia*, publicación de la Secretaría de “Gobernación de México”, 1989, p. 9, conmemorativa del bicentenario de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Pero la Declaración francesa no se limitó apenas a decir que el **Poder Político** máximo – **la soberanía** – era reconocido como residiendo en el pueblo y no más de origen divino (o aceptada como el **Poder Tradicional**, de Weber), le agregó el derecho de exigir las cuentas por la administración que en su nombre ejercía. A pesar de gobernantes, mandatarios del pueblo, éste el verdadero detenedor del poder político.

Artículo 15 La sociedad tiene el deber de pedir cuentas de su administración a todo funcionario público.

Y fue más allá, cuando, en el artículo 16, estableció los parámetros mayores para el Estado, el Poder Político y la Constitución:

Artículo 16 Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución.

Las Declaraciones de derechos contenían en su espíritu la tutela de los bienes considerados primordiales, eliminando las ambigüedades de la tradición *jus naturalista* anterior según el concepto amplio de *naturaleza humana*. Al mismo tiempo, admitieron las alteraciones en la ley, resultantes de las transformaciones y conquistas obtenidas en ese campo a lo largo de la Historia.

Acostumbran, los doctrinadores, llamar los Derechos Humanos consagrados en las Declaraciones ochocentistas de “primera generación”. Expresión que viene sufriendo críticas desabridas de muchos autores y, por eso, presentadas otras, sustitutivas, como “primera dimensión”. En realidad, para mí, en nada altera el contenido el rótulo que se le dé – continuará siendo un conjunto de derechos individuales universalizados por la doctrina liberal que marca la emancipación del poder político, la superación del Estado absoluto y religioso. Contienen las **libertades** — políticas y civiles (de religión, de comunicación del pensamiento y de opiniones, de hablar, de escribir, de asociación, entre otras) — que se caracterizan exactamente por el deber del Estado de apenas garantizarlas, absteniéndose de interferir en su ejercicio y siendo responsabilizado por los excesos que pueda cometer. Nacieron con ellas principios que fueron consagrados en textos positivos posteriores, como el de la igualdad entre los seres humanos, el de la legalidad, el de la presunción de inocencia, el de la capacidad contributiva, entre otros con bastante actualidad.

A lo largo del siglo XIX, se ve el surgimiento de una clase operaria y de legiones de desheredados surgidos en la estela del modelo capitalista de desarrollo económico que buscará la generalización de expectativas por igualdad social desencadenadas por un nuevo proceso de repercusiones histórico-universales. De ese escenario nacerá una segunda generación de los Derechos Humanos también conocidos como los derechos sociales o igualitarios, como créditos del individuo con relación al Estado y a la colectividad, tales como: derecho al trabajo, a la educación, a la salud, entre otros. “Tales derechos, económico-sociales y culturales, extendían la perspectiva de universalización al usufructo de riquezas y al bienestar producidos colectivamente”.<sup>12</sup> Esos derechos exigían una nueva postura del Estado, ya no ausentista, sino agente, promotor.

Celso Lafer muestra una cierta contradicción entre las dos categorías o generaciones de derechos, mientras está claro que en la primera se buscaba una limitación a los poderes del Estado, los de la segunda generación traen como presupuesto una ampliación de esos mismos poderes.<sup>13</sup>

Norberto Bobbio recuerda que

*A las primeras, corresponden los derechos de libertad, o una no-intromisión del Estado; a los segundos, los derechos sociales, o una acción positiva del Estado. Aunque las exigencias de derechos puedan estar dispuestas cronológicamente en diferentes fases o generaciones, sus especies son siempre – con relación a los poderes constituidos – apenas dos, o impedir los maleficios de tales poderes u obtener sus beneficios.*<sup>14</sup>

Mientras los derechos incluidos en las primeras Declaraciones comenzaron a ser incorporados a los textos constitucionales durante todo el siglo XIX (Derechos Políticos y Civiles), los de la segunda generación sólo consiguieron inserirse en el siglo XX, a partir de la Revolución Rusa, de 1917 (con la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado); de la Constitución Mexicana; de la Constitución de Weimar, de 1919. En el caso de Brasil, tales derechos sólo pasan a ser formalmente reconocidos con la constitución de 1934.

<sup>12</sup> ROLIM, Marcos. Op. cit. p. 150

<sup>13</sup> LAFER, Celso. *La reconstrucción de los derechos humanos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

Debemos reconocer la evolución del constitucionalismo moderno ampliando los capítulos relativos a los Derechos Humanos (de individuales a colectivos y difusos; de civiles y políticos a sociales y culturales) a cada nueva Constitución, especialmente en aquellas que son fruto de un proceso de redemocratización, sin olvidar las garantías necesarias a su salvaguarda, como ocurrió en Brasil con la Constitución de 1988, que fue cognominada *Constitución Ciudadana*.

Están, también, los Derechos Humanos de tercera generación, los llamados *derechos difusos*, de *solidaridad*. Son derechos que tienen como titular, no el individuo, sino grupos humanos, como el pueblo, la nación, la colectividad regional o étnica y la propia humanidad. Estarían entre ellos, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, al desarrollo, al medio ambiente saludable y el derecho a la paz.

Pero el desarrollo de la biociencia, aliada a la tecnología, ha hecho pensar en derechos de cuarta generación, como los derechos y las obligaciones resultantes de la manipulación genética o el control de datos informatizados. Éste es un campo en el que hay mucho por recorrer.

En el Plano Internacional, el marco fue la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que trae un contenido amplio de Derechos Humanos de las dos primeras generaciones, dentro de lo posible y aceptable en aquel año 48, tan próximo del final de la Segunda Guerra Mundial, con toda la carga de tragedias humanas y la modificación en la división de áreas de influencia y de poder político europeo e internacional.

Siendo una Declaración, tuvo su carácter cogente cuestionado o mismo negado por diversos Estados, que la consideraron apenas una exposición de anhelos indicativos, no obligatorios. Por eso las Naciones Unidas se lanzaron a la negociación de los Pactos Internacionales, uno de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, con 53 artículos, donde están consagrados los derechos a las libertades (locomoción, conciencia, religión, expresión de opiniones, seguridad, reunión pacífica, asociación), el derecho a la igualdad, a la vida privada, a la familia, al domicilio, a la correspondencia. Establece también los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal, de presunción de inocencia, de prohibición de tortura, de penas deshumanas, de prisión arbitraria. Reconoce el derecho de igualdad de las partes en el proceso, a ser oídas públicamente, y juzgadas dentro de un plazo razonable en procesos conducidos por un juez dotado de imparcialidad e independencia. Estableció la prohibición de la esclavitud, sumisión o trabajos forzados.

En su artículo 27 deja expresado:

En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En la misma fecha del pacto referido anteriormente (16 de diciembre de 1966), fue votado, por la Asamblea General de la Naciones Unidas, el *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Pero, en cuanto a la parte cultural se mostró modesto, con referencias genéricas, considerando cultura casi exclusivamente como forma de manifestación literaria o artística. Salvo en el art. 13, 1, relativo al Derecho a la Educación, donde va más allá, cuando dice:

Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

A lo largo de esos años que nos separan de los textos a los que nos referimos hubo, a bien de la verdad, conquistas reconocidas sea de forma directa, cuando aseguraban determinados derechos; o indirecta, cuando prohibían discriminaciones y recomendaban tolerancia entre los diferentes.

La *Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea* utiliza las dos formas de reconocimiento. Establece directamente en el art. 22:

Art. 22. Diversidad cultural, religiosa y lingüística  
La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

En el Art. 21, sobre la “no-discriminación” es más descriptivo:

Art. 21.1. Se prohíbe toda discriminación. Y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier

otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Aun así, son todavía insuficientes tales conquistas, tanto en el campo interno de la mayoría de los Estados nacionales, como en la propia sociedad internacional, para que la cultura sea definitiva e indiscutiblemente inserida en la composición del Poder Político. A pesar de extenso, éste es el camino que debemos recorrer.

Señoras y Señores,

Fue difícil hablar sobre estos temas en un momento en que el mundo, entre perplejo y aturdido, parece no creer en principios y valores que venía cultivando con respeto y esperanza, en la búsqueda de la paz social y de la paz entre las naciones. Felizmente creo que éste permanece como el mayor anhelo de la mayoría de los pueblos de la tierra. La sabiduría milenaria extraída de la mitología nos alienta cuando presenta a Eirene (Irene), la diosa de la Paz, como hija de Themis, la diosa de la Justicia. La paz, por lo tanto, es hija de la Justicia.

Norberto Bobbio preconizaba que

*Derechos del hombre, democracia y paz, son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos del hombre reconocidos y protegidos, no hay democracia; sin democracia, no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. En otras palabras, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se hacen ciudadanos cuando se les reconocen algunos derechos fundamentales; habrá paz estable, una paz que no tenga la guerra como alternativa, solamente cuando existan ciudadanos no apenas de éste o aquel Estado, pero del mundo.*<sup>15</sup>

Se necesita continuar creyendo, si comencé evocando a Francisco de Vitoria, me despidió con Unamuno y como él también les digo:

***¡Id con Dios!***

*Aquí os entrego, a contratiempo acaso,*

---

<sup>15</sup> BOBBIO. Op. cit. p. 1.

*Flores de otoño [primavera], cantos de secreto.*

.....  
*¡Cuántos sobre mi frente y so las nubes,  
brillando un punto al sol, entre mis sueños,  
desfilaron como aves peregrinas,  
de su canto al compás llevando el vuelo,  
y al querer enjaularlas yo en palabras  
del olvido a los montes se me fueran!*

.....  
*Id con Dios, cantos míos, y Dios quiera  
Que el calor que sacasteis de mi pecho,  
Si el frío de la noche os lo robara,  
Lo recobréis en corazón abierto,  
Donde podáis posar al dulce abrigo  
Para otra vez alzar, de día, el vuelo.  
Idos con Dios, heraldos de esperanzas  
Vestidas del verdor de mis recuerdos;  
Idos con Dios, y que su soplo os lleve  
A tomar en lo eterno, por fin, [un] puerto.<sup>16</sup>*

<sup>16</sup> UNAMUNO, Miguel de. *Obras Selectas*. 7. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1986. Poesías (selección) !Id con Dios!, p. 1.031.

## TETO DE REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO: AGORA É PRA VALER?

**Luiz Alberto Gurgel de Faria**

*Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professor da UFRN e dos cursos de especialização em Direito Administrativo e Direito Tributário da UFPE.*

**SUMÁRIO:** 1. *Introdução;* 2. *Remuneração – Conceito;* 3. *O Teto de Remuneração na sua Redação Original na Carta de 1988;* 4. *A Mudança Introduzida na Reforma Administrativa;* 5. *As Novas Regras Inseridas na Recente Reforma Previdenciária;* 6. *Conclusão;* 7. *Bibliografia.*

### 1. INTRODUÇÃO

No decorrer de mais de quinze anos de vigência da Lei Maior, um dos capítulos mais alterados foi exatamente o da Administração Pública, especialmente nas regras que cuidam dos servidores públicos<sup>1</sup>.

Cargos, empregos e funções, antes exclusivos de brasileiros, passaram a ser acessíveis também aos estrangeiros, nos termos da lei. O direito de greve, que deveria ser disciplinado por lei complementar, pode agora ser regulado por lei ordinária (embora esta, até hoje, ainda não tenha vindo ao mundo jurídico). As regras de aposentadoria foram, por demais, modificadas. Deixou-se de empregar a expressão “servidores públicos” para os militares. A isonomia de vencimentos foi banida da Carta, dentre outras diversas mudanças.

<sup>1</sup> O termo será utilizado neste trabalho em sentido amplo, abrangendo todas as pessoas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício e mediante a percepção de valores pecuniários, inclusive os agentes políticos.

Nesse contexto, o dispositivo que trata do teto de remuneração dos servidores já se encontra em sua terceira versão e a grande indagação a ser feita é se realmente ele veio para impor limites efetivos às retribuições recebidas.

O presente trabalho tem por desiderato a análise do tema. O estudo começa expondo o conceito de remuneração, objetivando apreender o que se está realmente a limitar. Em seguida, deve-se examinar o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, em sua redação original, buscando extrair quais os parâmetros inicialmente estabelecidos. Após, há uma incursão pela reforma administrativa trazida com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, e as suas mudanças e conseqüências acerca do assunto, alcançando-se, então, o texto atual, inserido na reforma previdenciária, contida na Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, propondo-se a interpretação que a ele deve ser atribuída.

## **2. REMUNERAÇÃO – CONCEITO**

As definições de vencimento, vencimentos e remuneração sempre foram alvo de controvérsias, seja no âmbito doutrinário, seja na esfera jurisprudencial, e, ainda hoje, equívocos são observados. Na verdade, após tantos anos de estudo do tema, a confusão não mais deveria ocorrer.

O primeiro termo corresponde à retribuição pecuniária básica que é paga ao servidor público pelo exercício do cargo, emprego ou função, sem qualquer acréscimo, observados o padrão, classe, nível ou grau ocupados (estas nomenclaturas são distintas nas mais diversas legislações que cuidam do tema). Já os vencimentos se referem à soma do vencimento mais as parcelas fixas atribuídas por lei para aquela determinada categoria de agente público. Por fim, a remuneração diz respeito ao valor total recebido, incluindo-se aí as vantagens variáveis. Vamos imaginar uma situação para aclarar melhor a questão<sup>2</sup>: Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pelo fato de se encontrar na classe “A”, padrão 1, recebe dois mil reais. A lei prevê que a gratificação de atividade judiciária (GAJ) compõe os estipêndios dos servidores do Poder Judiciário da União, paga no montante de duzentos e quarenta reais. Além disso, o mencionado agente se encontra exercendo a Supervisão do Setor de Publicação de Acórdãos junto a uma das Turmas daquele Sodalício, fazendo jus à percepção de

<sup>2</sup> É importante destacar que as parcelas e os valores mencionados são aleatórios, apenas a título exemplificativo, sem maior apego ao texto legal que trata das carreiras e fixa os valores a serem pagos aos servidores do Judiciário da União.

uma função comissionada (FC 05), no montante de mil reais. *In casu*, o vencimento do cargo é de dois mil reais. Os vencimentos, dois mil, duzentos e quarenta reais. Já a remuneração, três mil, duzentos e quarenta reais.

**Analista Judiciário (Classe “A”, Padrão 1)**

Vencimento	R\$ 2.000,00
GAJ	R\$ 240,00
FC – 05	R\$ 1.000,00
TOTAL	R\$ 3.240,00

Não é demais destacar que a Constituição Federal garante, em seu art. 37, XV, a irredutibilidade tão-só dos vencimentos (e, agora, também dos subsídios, termo cuja explicação será feita adiante), o que não poderia ser diferente, pois a remuneração abrange, como já mencionado, parcelas variáveis, insuscetíveis, pois, de proteção sob o manto de tal preceito. No exemplo citado, caso o servidor deixe de exercer a função comissionada referida, passará a receber dois mil, duzentos e quarenta reais, tendo uma redução em sua remuneração, perfeitamente admissível, mas não em seus vencimentos, pois a Carta Magna assim proíbe.

Sobre o conceito das vantagens em destaque, é válido transcrever o esólio de José Afonso da Silva<sup>3</sup>:

“Os termos *vencimento* (no singular), *vencimentos* (no plural) e *remuneração* dos servidores públicos não são sinônimos. *Vencimento*, no singular, é a retribuição devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, emprego ou função, correspondente ao símbolo ou ao nível e grau de progressão funcional ou ao padrão, fixado em lei. Nesse sentido, a palavra não é empregada uma só vez na Constituição. *Vencimentos*, no plural, consiste no *vencimento* (retribuição correspondente ao símbolo ou ao nível ou ao padrão fixado em lei) acrescido de *vantagens pecuniárias* fixas. Nesse sentido, o termo é empregado em vários dispositivos constitucionais. *Remuneração* sempre significou, no serviço público, uma retribuição composta de uma parte fixa (geralmente no valor de dois terços do padrão do cargo, emprego ou função) e outra variável, em função da

---

<sup>3</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 664.

produtividade (quotas-partes de multas) ou outra circunstância. É o tipo de retribuição aplicada a certos servidores do Fisco (*os fiscais*) que, além de vencimentos (padrão mais adicionais etc), tinham ou têm também o direito de receber quotas-partes de multas por eles aplicadas. Hoje se emprega o termo *remuneração* quando se quer abranger todos os valores, em pecúnia ou não, que o servidor percebe mensalmente em retribuição de seu trabalho. Envolve, portanto, *vencimentos*, no plural, e mais quotas ou outras vantagens variáveis em função da produtividade ou outro critério. Assim, a palavra *remuneração* é empregada em sentido genérico para abranger todo tipo de retribuição do servidor público, com o que também envolve o seu sentido mais específico lembrado acima.”

Não é outra a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha<sup>4</sup>:

“Remuneração é o total dos valores percebidos, a qualquer título, pelos agentes públicos. É o valor integral do quanto percebido pelo agente público, abarcando todas as parcelas que compõem a contraprestação que lhe é devida pelo exercício do cargo e/ou funções. (...)

Vencimento é a contraprestação pecuniária devida ao ocupante de cargo, função ou emprego público pelo seu exercício, sendo definido legalmente em estrita correspondência com o símbolo, o nível e o grau estabelecido para ele. O vencimento é o padrão de pagamento devido legalmente, sendo estabelecido e identificado pela definição legal do próprio cargo, função ou emprego a que corresponde. A mesma palavra utilizada no plural tem outra conotação jurídica. *Vencimentos* compreende a soma dos valores correspondentes ao padrão definido legalmente para o cargo, função ou emprego acrescido das parcelas outorgadas como vantagens que são garantidas, em caráter permanente e fixo, para o agente.”

Não devem, pois, subsistir dúvidas acerca dos significados das espécies remuneratórias em destaque.

### **3. O TETO DE REMUNERAÇÃO E SUA REDAÇÃO ORIGINAL.**

O art. 37, inciso XI, assim dispunha acerca dos limites de remuneração do servidor público:

<sup>4</sup> Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 305/306.

“Art. 37. (...)

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;”

Como se pode constatar, o constituinte fixou o limite de **remuneração** dos servidores públicos, abrangendo, assim, todas as parcelas por eles recebidas, de modo que o montante superior ao teto ali fixado deveria ser cortado, não só em aplicação ao preceito acima transcrito, como também ao art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>5</sup>.

Para cada esfera de Poder foi estabelecido um parâmetro: no Legislativo, a remuneração dos membros do Congresso Nacional; no Executivo, dos Ministros de Estado; no Judiciário, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se nos Estados e no Distrito Federal os seus correspondentes (Deputados Estaduais e Distritais, Secretários de Estado e Desembargadores, respectivamente), observando-se, ainda, nos Municípios, como teto, a remuneração de Prefeito.

Veja-se que o dispositivo fixa o teto com base na “remuneração, em espécie, a qualquer título”, dos agentes acima mencionados, expressão essa, no meu sentir, redundante, pois a remuneração, pelo seu próprio conceito, já abrange todas as parcelas recebidas.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal, analisando o inciso XII do citado artigo 37 (em sua redação original – “os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;”), assim decidiu:

**“EMENTA- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEI-**

---

<sup>5</sup> “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

ROS. O PARAGRAFO 2. DO ARTIGO 2. DA LEI FEDERAL N. 7.721, DE 6 DE JANEIRO DE 1989, QUANDO LIMITA OS VENCIMENTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ‘COMPUTADOS OS ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO’ - À REMUNERAÇÃO MÁXIMA VIGENTE NO PODER EXECUTIVO, VULNERA O ART. 39, PAR. 1., ‘IN FINE’, DA CONSTITUIÇÃO, QUE SUJEITA A TAL LIMITE APENAS OS ‘VENCIMENTOS’, EXCLUÍDAS AS VANTAGENS ‘PESSOAIS’. COMPATIBILIDADE DO CONCEITO DE ‘VENCIMENTOS’ ESTABELECIDO NA LEI COMPLEMENTAR N. 35/79 E EM OUTROS ARTIGOS DA LEI MAIOR COM A EXEGESE DO ALUDIDO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS AS EXPRESSÕES ‘... E VANTAGENS PESSOAIS (ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO)...’, CONSTANTE DO PAR. 2., ART. 2. DA LEI 7.721/89.” (STF, Tribunal Pleno, ADI 14/DF, Rel. Min. Célio Borja, DJU 01.12.1989, p. 17759).

O Pretório Excelso interpretou o preceito indicado em consonância com o seu art. 39, § 1º (sempre de acordo com a redação original), de maneira a excluir as vantagens de caráter individual.

Com todo o respeito à decisão proferida, a mesma não emprestou a melhor exegese ao assunto, pois, como alhures já dissertado, os vencimentos englobam as parcelas fixas atribuídas por lei ao agente público. Ora, se os adicionais por tempo de serviço constituem vantagem fixa a ser paga aos integrantes da carreira da magistratura (Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979, art. 65, VIII), dúvidas não poderiam subsistir acerca de seu cômputo no limite previsto no inciso XII, art. 37, da Carta Magna.

Apesar do comentário feito, não se pode olvidar que compete ao Supremo a missão de guardião da Constituição, cabendo-lhe proferir a última palavra em temas dessa alçada, e assim ocorreu.

Dessa forma, o *leading case* supratranscrito, interpretando outro dispositivo constitucional que dispunha acerca de matéria distinta, embora correlata, passou a ser também invocado quando de julgamentos acerca do teto de remuneração, conforme revela o acórdão cuja ementa se destaca:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCURADORES DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. LEI Nº 10.430, DE MARÇO DE 1988, ART.

42. **TETO REMUNERATÓRIO. GRATIFICAÇÃO DE GABINETE, ADICIONAL DE FUNÇÃO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Legitimidade do teto remuneratório, na forma fixada pelo dispositivo legal sob enfoque. Preceito que não foi recebido pela CF/88, no ponto em que fixou teto para a remuneração bruta, a qualquer título, dos servidores municipais. **Orientação assentada pelo STF, na ADI 14, Rel. Min. Célio Borja, no sentido de que deverão ser excluídas do cálculo do teto previsto no art. 37, XI, da CF/88, as vantagens pessoais, como tais, entretanto, consideradas apenas as decorrentes de situação funcional própria do servidor e as que representem uma situação individual ligada à natureza ou às condições de seu trabalho.** Hipótese a que não se subsume a última das vantagens em destaque. Ausência, nos autos, de elementos que permitam a identificação da natureza jurídica da segunda delas. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (STF, Tribunal Pleno, RE 220397/SP, Relator Min. Ilmar Galvão, DJU 18.06.99, p. 00025). (Grifei).

Mais uma vez há de se suplicar todas as vênias à Corte Maior, pois o equívoco se renovou, tendo em vista que a remuneração corresponde ao valor total recebido pelo agente público, incluindo-se aí até parcelas variáveis, de modo que as vantagens pessoais não poderiam ser excluídas do teto de remuneração do servidor público. Porém, como compete àquela Casa a interpretação final acerca da questão, o seu veredicto foi devidamente acatado, estimulando até ao próprio legislador dispor acerca das verbas que deveriam ser extirpadas do teto, como na redação original do parágrafo único, art. 42, da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, na Lei nº 8.448, de 21.07.1992, e na Lei nº 8.852, de 04.02.1994. Além das previsões legais, no âmbito judicial tantas foram as “vantagens pessoais” excluídas do limite de remuneração que este praticamente deixou de existir.

#### **4. A MUDANÇA INTRODUZIDA NA REFORMA ADMINISTRATIVA**

Nos idos de 1998, ultimada quase uma década da Constituição Cidadã, não havia margem a incertezas: o teto não havia “colado”. Se existia a determinação efetiva de se estabelecer um limite de remuneração ao servidor público, uma mudança deveria ser feita, o que terminou ocorrendo com a promulgação da Reforma Administrativa, através da Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, que deu nova redação ao art. 37, inciso XI:

“Art. 37. (...)

XI - A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

O texto não deixava oportunidade para qualquer trabalho hercúleo por parte dos intérpretes. Ao revés, a tarefa era por demais suave. O novo teto estabelecido – o subsídio<sup>6</sup> de Ministro do Supremo Tribunal – incluía as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. O limite, agora, tinha tudo para vingar.

Nada obstante, esta não foi a realidade. Reunido em sessão administrativa, poucos dias após a aprovação da EC 19/1998, mais precisamente em 24.06.1998, o Plenário do Pretório Excelso, assim deliberou:

“O Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, presentes os Senhores Ministros Celso de Mello (Presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, resolveu: 1º deliberar, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que não são auto-aplicáveis as normas do art. 37, XI, e 39, §4º, da Constituição, na redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, porque a fixação do subsídio mensal, em espécie, de Ministro do Supremo Tribunal Federal - que servirá de teto -, nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional nº 19, depende de lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Em decor-

---

<sup>6</sup> O termo subsídio constitui novidade introduzida com a EC nº 19/1998, correspondendo à retribuição pecuniária paga em parcela única aos membros de Poder, detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais (art. 39, § 4º, CF), podendo tal forma de remuneração ser estendida aos servidores públicos organizados em carreira (§ 8º)

rência disso, o Tribunal não teve por auto-aplicável o art. 29 da Emenda Constitucional nº 19/98, por depender, a aplicabilidade dessa norma, da prévia fixação, por lei, nos termos acima indicados, do subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal. Por qualificar-se, a definição do subsídio mensal, como matéria expressamente sujeita à reserva constitucional de lei em sentido formal, não assiste competência ao Supremo Tribunal Federal, para, mediante ato declaratório próprio, dispor sobre essa específica matéria. Deliberou-se, também, que, até que se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago a Ministro do Supremo Tribunal Federal, prevalecerão os tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação anterior à que lhe foi dada pela EC 19/98, vale dizer: no Poder Executivo da União, o teto corresponderá à remuneração paga a Ministro de Estado; no Poder Legislativo da União, o teto corresponderá à remuneração paga aos Membros do Congresso Nacional; e no Poder Judiciário, o teto corresponderá à remuneração paga, atualmente, a Ministro do Supremo Tribunal Federal; (...)" (Transcrição de trecho da ata - grifos originais).

Voltava tudo à estaca zero. Deveras, enquanto não promulgada a lei fixadora do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, continuava a prevalecer o teto previsto na redação original da Carta, com todas as brechas para a exclusão das vantagens pessoais, o que, na prática, renove-se, obstaculizava qualquer limitação. Para piorar, tal lei precisava ser objeto de projeto de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 48, XV, CF, com a redação que lhe foi conferida pela EC 19/1998. Era autoridade demais para planejar uma lei só. Resultado: a mesma nunca veio ao mundo e o teto... Bem, na verdade, com todo o respeito, a “casa” continuava sem “telhado”.

## **5. AS NOVAS REGRAS INSERIDAS NA RECENTE REFORMA PREVIDENCIÁRIA**

Passados mais de cinco anos da vigência da EC 19/1998, o problema do teto de remuneração persistia, pois as quatro autoridades encarregadas do planejamento da lei para fixação do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal não cuidaram de seu mister nem demonstravam vontade política para tanto. Aliado a isso, começava a surgir outro problema, pois se discutia a constitucionalidade do preceito que conferia a missão para os mencionados agentes

públicos, sob o argumento, dentre outros, de que violava a autonomia dos poderes, especificamente do Judiciário, pois o projeto de atribuição de valores remuneratórios aos seus membros ficava também na dependência de integrantes do Legislativo e do Executivo.

Essa questão inicial foi resolvida com a aprovação da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, pois a fixação do subsídio de membro do Pretório Excelso voltou a ser de iniciativa exclusiva daquela Casa (art. 96, II, “b”, CF).

Ademais, a referida emenda estabeleceu novas regras para o teto de remuneração, nos seguintes termos:

“Art. 37 (...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

Como se pode constatar, o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal foi conservado como teto de remuneração para os agentes públicos em geral. Manteve-se, igualmente, a extensão de tal limite aos aposentados e pensionistas, bem como aos casos de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. A novidade ficou por conta do estabelecimento de subtetos para os Municípios – subsídios dos Prefeitos – e Estados e Distrito Federal: no Executivo, o subsídio do Governador; no Legislativo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais; no Judiciário, o parâmetro a ser observado é o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado este a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos

por cento do subsídio de Ministro da Suprema Corte, estendendo-se tal regra para os membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos.

Objetivando exterminar qualquer dúvida acerca da aplicabilidade do preceito em destaque ou das regras a serem observadas enquanto não editada a lei fixando o subsídio de membro da Corte Maior, o detentor do Poder de Reforma inseriu na emenda o art. 8º, *in verbis*:

**“Art. 8º. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.”** (Grifei)

Assim, enquanto não aprovado o subsídio referido, fica valendo, como limite máximo, o valor da maior remuneração atribuída por lei a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço.

No meu sentir, a EC 41/2003 traz regras claras a serem aplicadas de imediato, extirpando as controvérsias acerca da inclusão das vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza no teto de remuneração. Não há, além do mais, que se falar em direito adquirido à exclusão de tais verbas, pois, conforme consignado, desde a época da redação original da Lei Maior, esse foi o desejo do constituinte e assim constava em seu texto, inclusive de forma explícita (art. 17, ADCT)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> O tema, contudo, não é tão simples, pois não se pode olvidar que a interpretação conferida pelo Pretório Excelso foi em linha contrária, admitindo a exclusão das vantagens pessoais do teto de remuneração, de modo que muitas demandas deverão ser propostas sob o fundamento do direito adquirido.

É importante consignar que não se está a defender a possibilidade de emenda constitucional violar direito adquirido, tema que já tive oportunidade de estudar e concluir em sentido diametralmente oposto<sup>8</sup>, mas sim a manter a coerência com o posicionamento exposto desde o início deste trabalho, no sentido de que o teto de remuneração, desde a origem, abrange as vantagens pessoais.

Há, porém, um vício a ser corrigido na emenda 41/2003, cuja gênese advém desde a EC 19/1998: a previsão de que o teto se aplica às situações de cargos, empregos e funções percebidos cumulativamente.

Ora, se o constituinte permitiu a mencionada acumulação, em caráter excepcional, especificando, de forma taxativa, as poucas hipóteses em que a mesma pode ocorrer, não se pode admitir que o reformador venha a tolher tal direito, fazendo, do texto da Lei Maior, letra morta. Com efeito, tomando como exemplo Ministro do Supremo Tribunal Federal, tal autoridade jamais poderia se valer do permissivo contido no art. 95, parágrafo único, inciso I, CF, e exercer o cargo de magistério, sob pena de trabalhar de forma gratuita, o que, em regra, é vedado por lei.

Na verdade, a melhor interpretação é que o teto de remuneração se aplica às hipóteses de acumulação em caráter isolado, ou seja, cada cargo, emprego ou função, desde que legalmente exercidos, nos termos autorizados pela Constituição, não pode ultrapassar o limite ali fixado.

Essa parece ser também a posição adotada pelo Ministro Marco Aurélio, conforme restou consignado na Ata da Primeira sessão administrativa do ano de 2004, realizada em 05 de fevereiro de 2004, do Pretório Excelso, cujo trecho se transcreve:

“Às dezessete horas, reuniu-se o Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, presentes os Ministros Maurício Corrêa (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa, para a apreciação da seguinte pauta: 1) Processo 319.269 – Após analisar as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, o Tribunal decidiu, por maioria, nos termos do voto do Ministro Maurício Corrêa Presidente, que o valor do limite fixado pelo

---

<sup>8</sup> Conferir, a propósito, artigo de minha autoria – O Direito Adquirido e as Emendas Constitucionais – publicado, dentre outras, na Revista Trimestral de Direito Público, vol. 22, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 46/54, e Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 170, São Paulo: Editora Vellenich, 1999, p. 57/68.

artigo 8º da referida Emenda corresponde a R\$ 19.115,19 (dezenove mil, cento e quinze reais e dezenove centavos), maior remuneração atribuída por lei, na data de sua publicação, a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, representação mensal e parcela recebida em razão de tempo de serviço e cuja composição é a seguinte: R\$ 3.989,81 (três mil, novecentos e oitenta e nove reais e oitenta centavos) a título de vencimento, na forma das Leis 10474/02 e 10697/03; R\$ 10.628,86 (dez mil, seiscentos e vinte e oito reais e oitenta e seis centavos) a título de representação mensal, conforme determinam os Decretos-Lei 2371/87, 1525/77 e 1604/78; e R\$ 4.496,52 (quatro mil, quatrocentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos) a título de adicional em razão do tempo de serviço, nos termos do artigo 65, inciso VIII, da Lei Complementar 35/79. **Vencido, nesse ponto, “o Ministro Marco Aurélio por entender que o valor corresponde a R\$ 17.343,70 (dezesete mil, trezentos e quarenta e três reais e setenta centavos), excluindo-se para tanto o adicional de 20% (vinte por cento) da representação mensal devida ao Presidente nos termos do Decreto-Lei 1525/77. Sua Excelência consignou , também, que considera inconstitucional a expressão ‘percebidos cumulativamente ou não’ contida no art. 1º da Emenda Constitucional 41/03, no que deu nova redação ao inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, assim como o referido artigo 9º da referida Emenda.** O Tribunal fixou, ainda, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Maurício Corrêa, o entendimento de que, no caso específico da acumulação dos cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, determinada pelo artigo 119, inciso I, letra “a” da Constituição, não se aplica a acumulação das remunerações para fins de incidência do limite estabelecido pelo inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal. Foram consignados e juntados ao processo os votos escritos dos Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio...” (Grifei).

A propósito, fazendo uma análise sistemática das diretrizes fixadas pela Suprema Corte, a partir do momento em que se admite a percepção conjunta das espécies remuneratórias pertinentes aos cargos de Ministros daquele Sodalício e do Tribunal Superior Eleitoral, cuja acumulação é prevista na Constituição, pode-se chegar à idêntica ilação já externada neste trabalho – o teto de remuneração se aplica às hipóteses de acumulação em caráter isolado, sendo certo, porém, que, não houve expressa manifestação nesse sentido.

Ademais, com a devida vênia da maioria dos integrantes daquele Sodalício, o teto fixado efetivamente deveria ser R\$ 17.343,70 (dezessete mil, trezentos e quarenta e três reais e setenta centavos), pois o art. 8º da EC 41/2003 expressamente prevê as parcelas de remuneração do Ministro do Supremo Tribunal Federal que deveriam ser computadas para tal efeito: vencimento, representação mensal e a parcela recebida em razão de tempo de serviço, não incluindo a vantagem de representação de seu Presidente.

## **6. CONCLUSÃO**

Conforme se pôde constatar, desde quando estabelecido, o teto de remuneração do servidor público vem sendo alvo de constantes “bombardeios”, seja através de iniciativa dos interessados na Justiça, seja por intermédio do próprio legislador, elegendo parcelas que a ele não se sujeitam.

A Emenda Constitucional 19/1998 tentou pôr fim às discussões, ao fixar que as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza estavam incluídas na nova limitação ali conferida – subsídio de Ministro da Suprema Corte. Nada obstante, a consulta respondida em 24.06.1998, em sessão administrativa daquele Sodalício, determinou a manutenção do teto anterior, de modo que, na prática, as brechas para se ultrapassar o teto foram conservadas.

Com a reforma previdenciária, através da Emenda Constitucional 41/2003, novas regras foram estabelecidas, mantendo-se, porém a essência – o teto tinha como parâmetro o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, nele estando incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Inseriu-se um dispositivo de modo a proporcionar a aplicabilidade imediata do novo parâmetro.

Nada obstante, há um vício a ser corrigido, na medida em que o teto de remuneração deve ser aplicado às hipóteses de acumulação em caráter isolado, ou seja, cada cargo, emprego ou função, desde que legalmente exercidos, nos termos autorizados pela Constituição, não pode ultrapassar o limite ali fixado.

As regras a serem aplicadas são claras, extirpando as antigas controvérsias. Demandas não de ser propostas sustentando o direito à percepção de valores superiores ao teto, em face da existência de vantagens pessoais. Conforme já exposto alhures, com a devida vênia aos que entendem de modo contrário, tais benefícios devem ser abarcados pelo teto.

Resta, pois, a esperança de que a limitação, agora, seja pra valer.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- BARROSO**, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRITO**, Carlos Ayres e **PONTES FILHO**, Valmir. Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 202, p. 81/87.
- CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- DANTAS**, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.
- FARIA**, Luiz Alberto Gurgel de. O Direito Adquirido e as Emendas Constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, vol.22, 1998, p. 46/54.
- 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.
- LOEWENSTEIN**, Karl. *Teoria de La Constitucion*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.
- MIRANDA**, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.
- NOVELLI**, Fábio Bauer. *Norma Constitucional Inconstitucional?* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 199, p. 21/57.
- 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.



## JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – PROBLEMAS E SOLUÇÕES

**Francisco Geraldo Apoliano Dias**

*Juiz do TRF - 5ª Região*

### CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A experiência bem-sucedida dos Juizados Especiais Federais vem, desde o início do funcionamento desta forma nova de se fazer a Justiça Federal no País, sendo destacada em todos os auditórios forenses nos quais, conferencistas, debatedores e demais participantes, se tenham debruçado em derredor desse assunto, e dos que são com ele correlatos, nos múltiplos eventos já levados a cabo, Brasília afora.

Não há, cansaço, ainda, em se sublinhar, aqui, o incremento dos coeficientes de acesso a uma Justiça que se sabe barata e ágil; ali, a aptidão dos serviços do Juizado para tornarem concretos, tal com vem ocorrendo, os ideais de celeridade e de efetividade na entrega da prestação jurisdicional, o que, em verdade, deveria ser a tônica e o lugar comum em quaisquer das atividades judicantes que estejam a se realizar no exercício das competências alinhadas na Carta Política em vigor; mais além, os resultados, altamente positivos, do trabalho fecundo das turmas de recursais e da Instância uniformizadora, cujos enunciados têm resolvido, em poucas assentadas, centenas e, mesmo, milhares de recursos pendentes; alhures, o devotamento dos **bandeirantes de hoje**, vale dizer, os juízes que, ora em embarcações, ora em veículos tracionados e, mesmo, em caminhões e carretas, vão ao encontro dos jurisdicionados nos rincões mais distantes do País, quase sempre, os mais necessitados de Justiça.

Estas façanhas e êxitos só autorizam uma conclusão: satisfeita, a sociedade quer que tudo continue a ser assim; ou melhor, deseja que se amplie a esfera de atuação dos Juizados Especiais Federais de tal sorte a que, tal como já ocor-

re em duas das cinco Regiões onde atuam os Tribunais Regionais Federais, toda controvérsia (respeitados os lindes legais que balizam a atuação dos Juizados), cuja expressão econômica não exceda a 60 (sessenta) Salários Mínimos – hoje equivalente à R\$ 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais) – possa ser submetida a esses ditos Juizados, o que ampliaria ainda mais, o acesso do povo, notadamente o acesso do povo mais necessitado, à Justiça.

Tal pretensão é **viável**, ou meramente **ideal**, ou seja, é desejável mas, na prática, muito difícil ou quiçá impossível de ser alcançada?

Quais as chances concretas de que se possa **manter**, e **por quanto tempo**, a **performance atual dos Juizados**, tal como se encontram em funcionamento?

Existe algum **risco**, e ser for o caso, qual **a expressão dele**, de que a atuação dos Juizados possa vir a se distanciar do pódio dos acertos e das vitórias e, de conseqüência, de vir a perder a credibilidade conquistada, com incansável labor, junto aos jurisdicionados?

Dentre tantas outras possíveis de serem listadas, **serão essas as preocupações cuja análise pretendo empreender, com o fim de saber se são elas reais ou infundadas**; se assim me for permitido, a isso devotarei o tempo que me foi reservado para esta exposição: 60 (sessenta) minutos.

## **A INSTALAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS NA QUINTA REGIÃO**

A idéia de uma “Justiça Especial” surgiu entre um grupo de juízes da cidade gaúcha de Rio Grande que, na década de 80, partindo da percepção de que grande parte dos cidadãos brasileiros ainda desconhecia a direção da porta de acesso ao Judiciário, conceberam os primeiros “juizados das pequenas causas”. O modelo ganhou adeptos por todo o estado do Rio Grande do Sul e logo atravessou as fronteiras do estado, sendo adotado no Paraná e na Bahia, para poucos anos depois conquistar todo o país.

Em meados de 1987, quando era desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o recém aposentado ministro Ruy Rosado recebeu a designação para presidir o Conselho Estadual dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas.

A idéia da “Justiça Especial” veio para o colendo Superior Tribunal de Justiça e, em 1994, havia já uma Comissão que, ao longo de vários anos, e após o acolhimento de inúmeras sugestões, inclusive as que foram encaminhadas pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região, pela Associação Nacional dos Ju-

ízes Federais (AJUFE) e pelo Conselho da Justiça Federal, elaborou e fez aprovar no plenário do Superior Tribunal de Justiça, o esboço do anteprojeto daquilo que, mais tarde, viria a ser a Lei dos Juizados Especiais Federais (nº 10.259/01).

Na condição de integrante dessa Comissão o ministro Ruy Rosado destacou, ao instante em que entregou o cargo de coordenador-geral da Justiça Federal e presidente da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que no acertamento do texto final da Lei nº 10.259/2001, houve a “efetiva colaboração dos órgãos do Executivo, sem a qual não teria sido possível a tramitação e a aprovação tão rápida do projeto no Congresso Nacional. O empenho do então Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes (hoje ministro do STF) e do presidente do STJ e CJF à época, ministro Costa Leite, também foram decisivos para a aprovação da Lei.” (veja-se, a propósito, a coluna “Notícias”, divulgada no dia 7/08/2003, na página eletrônica do Conselho da Justiça Federal em [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br).)

Sancionada a lei e consumada a “*vacatio legis*”, cumpria efetuar a instalação dos Juizados, providência carregada aos Tribunais Regionais Federais do País.

Especificamente no Tribunal Regional Federal da Quinta Região, na última sessão ordinária de julgamentos do Tribunal Pleno, do exercício de 2001, realizada em 19 de dezembro daquele ano, sob os argumentos de que o Tribunal, à míngua de tempo, não regulamentara o funcionamento dos Juizados Especiais e nem dispunha de condições materiais (falo de locais para funcionamento, de servidores, de material de uso permanente e de consumo) para, ao menos em algumas localidades jurisdicionadas à Quinta Região, fazê-los funcionar satisfatoriamente, ficou decidido que a instalação dos Juizados não ocorreria findo o período de “*vacatio legis*” da Lei 10.259, de 2001 – no caso 13 de janeiro de 2002 – e sim após a adoção de providências que permitissem a superação dos senões adrede referidos, tanto que terminassem as férias coletivas de janeiro de 2002.

Foi com indisfarçável desconforto que, ao manter contacto telefônico com o então Coordenador da Justiça Federal, ministro César Rocha, pus-lhe a par de que a instalação somente ocorreria após o término do recesso forense, isto é, a partir do mês de fevereiro de 2002, em face da já referida decisão do Pleno.

Concitou-me Sua Excelência tentar reverter a situação: que se regulamentasse “ad referendum” do Plenário, o funcionamento dos Juizados; que se diligenciasse com vistas à satisfação das necessidades de pessoal, de material

de uso permanente e de consumo, e de instalações físicas, enfim, que se fizesse o que fosse possível; mas a Quinta Região, sublinhou o Ministro, é que não poderia ficar na contra-mão da nova história da Justiça Federal do País.

Não foi difícil editar normas que regulamentassem o funcionamento dos Juizados, remanejar pessoal das Varas ‘tradicionais’ para a nova atividade judicante, recrutar conciliadores (ou quem desejasse atuar como tal), acertar com os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil a disponibilização de advogados dispostos a patrocinar as causas daqueles que não pudessem contratar advogados, eis que a Defensoria Pública na Quinta Região, contava e ainda hoje conta com menos de uma dúzia de defensores públicos federais; firmar convênios com as Universidades e com a própria Previdência Social para que não faltassem peritos; dotar os Juizados de material de uso permanente e de consumo e, ainda em relação à Previdência, tentar conseguir que alguns funcionários, em cada um dos Estados, pudessem efetuar um exame prévio da documentação do segurado (em face da eventual postulação a ser deduzida), à conta de que, tal como é consabido, algumas questões já vinham sendo solucionadas administrativamente, o que dispensaria, portanto, a atuação do Poder Judiciário.

A dificuldade maior correlacionava-se à obtenção de espaço físico para o funcionamento dos serviços e, aqui, falo mais especificamente em relação ao Estado de Sergipe, onde a Seção Judiciária está sediada em local bastante distante do centro da cidade além de não ser servido por transporte coletivo.

Uma parceria com o Banco do Brasil resolveu o problema: foi-nos cedido todo o primeiro andar de uma agência localizada em uma das praças da cidade de Aracaju, local de acesso fácil e sem dificuldades para o estacionamento de veículos, afora ser bem servida por transportes coletivos.

Assim, a partir de uma situação fática de impossibilidade de instalação dos Juizados, conseguiu-se reunir, na data aprazada – 14/01/2002 -, as condições mínimas para a instalação e funcionamento dos Juizados.

No Estado de Sergipe, por sinal, a solenidade de instalação ocorreu na parte da manhã do dia 12 de janeiro de 2002 (um sábado) de tal sorte que, no dia 15 de janeiro, todos os Juizados, em número de 8 (oito), sendo 2 (dois) Juizados em Pernambuco e no Ceará, e 1 (um) Juizado nos Estados de Sergipe, Alagoas, Paraíba e Rio Grande do Norte, encontravam-se atuando regularmente.

Os primeiros resultados foram auspiciosos e, só para ilustrar, se durante o exercício de 2002, na Quinta Região, foram pagos cerca de R\$50.000.000,00

(cinquenta milhões de reais) em Precatórios Requisitórios de Pagamentos, R\$ 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais) foram pagos através de Requisições de Pequeno Valor – RPVs.

E em 2003, já foram pagos mais de R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) em Requisições de Pequeno Valor, sendo que, especificamente em relação aos segurados residentes em Campina Grande, a partir de agora, os pagamentos passarão a ser efetuados na Caixa Econômica Federal – Posto de Serviço da própria Subseção Judiciária Federal de Campina Grande, evitando-se, com assim, o deslocamento desses segurados (a maior parte deles, gente de idade avançada) até João Pessoa, para o recebimento do que lhes fosse devido.

Mas, consoante destaquei nas considerações preliminares, após quase dois anos de efetivo funcionamento dos Juizados Especiais Federais na Quinta Região, qual o diagnóstico que se pode traçar no tocante aos serviços que estão a ser prestados?

Quais as dificuldades que, se não forem superadas, poderão inviabilizar por completo o funcionamento dessas Unidades?

Deveras são várias; algumas podem merecer soluções domésticas, vale dizer, não dependem de iniciativas que não sejam do próprio Poder Judiciário; outras, contudo, seguramente as mais importantes, reclamam a atuação de outros Poderes da República, notadamente, as que são próprias do Congresso Nacional.

Enumero, por primeiro, alguns dos óbices que exigem a adoção de providências por outros Poderes da República, notadamente, do Poder Legislativo da União.

#### **PROBLEMAS ATUAIS – SOLUÇÕES EXÓGENAS**

Enumero, preliminarmente, sete questões básicas, que reclamam a atuação de outros Poderes da República, no mais curto espaço de tempo possível.

A primeira delas correlaciona-se à **inexistência de Varas específicas dos Juizados Especiais Federais.**

Sabem todos da existência de um anteprojeto de lei encaminhado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ - ainda no início de 2001, objetivando a criação de 183 (cento e oitenta e três) novas Varas Federais em todo o País, Varas essas que seriam, prioritariamente, instaladas em localidade do interior, nos diversos Estados da Federação.

Para a matéria, uma vez apreciada nas Comissões do Parlamento, foi designado relator o eminente deputado Coriolano Sales (Partido da Frente Liberal – Bahia) que, por conta e risco e, tudo faz crer, sem dispor de elementos técnicos que lhe forrassem adequadamente as convicções, distribuiu as Varas cuja instalação, no anteprojeto encaminhado ao Congresso pelo colendo STJ, não estava prevista para esta ou para aquela cidade do interior, dos vários Estados-Membros da Federação Brasileira.

Desfigurada a concepção original do projeto, do que poderia resultar sérios prejuízos para a Justiça Federal, que seria obrigada a instalar e a manter Unidades em locais que, muita vez, figuram na Lei de Organização Judiciária do Estado-Membro respectivo, como Comarca de pouco movimento forense, portanto, sem aptidão para justificar a instalação de uma Vara Federal (nem se está a cuidar aqui, propositadamente, da questão de saber se nesses locais existiriam Unidades da Polícia Federal, do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública Federal, Subseccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, para mencionar só alguns exemplos).

A tramitação do projeto, apesar dos ingentes esforços da presidência do colendo Superior Tribunal de Justiça, esteve em compasso de espera, por longo tempo, apesar de haverem compromissos formais das lideranças dos diversos partidos políticos que dispõem de representação no Congresso Nacional, de votarem o projeto tal como originariamente foi concebido no STJ.

Felizmente, o projeto foi votado e a sanção presidencial ocorreu no início do último decêndio de novembro deste ano, o que não deixa de ser significativo eis que, no atual momento político, acha-se em evidência tudo o que disser respeito às reformas estruturais, notadamente às reformas Previdenciária, Tributária e Política (foram deixadas sem destaque as dificuldades decorrentes das eventuais **obstruções da pauta**, sempre freqüentes no dia-a-dia do funcionamento parlamentar.)

A instalação das novas Unidades será escalonada – umas poucas serão instaladas ainda este ano e, as demais, obedecerão a um cronograma cujo termo final será o ano de 2005.

A segunda das dificuldades, corolário da primeira, diz com o **escasso número de Juizes Federais e de Juizes Federais Substitutos em atividade**.

Na instalação dos Juizados da Quinta Região, tal como ocorreu em alguns outros Tribunais Regionais Federais do País, optou-se pelo modelo dos “Juizados Adjuntos”.

Que isso dizer que, alguns Juízes Federais Substitutos e mesmo Juízes Federais Titulares de Varas, acham-se presidindo os Juizados Especiais Federais, aqui e ali, **sem prejuízo da função de auxílio ou da própria titularidade das Varas nas quais se achem lotados.**

É assim nos seis Estados que integram a Quinta Região (de Sergipe ao Ceará) sendo de consignar-se que, no caso do Sergipe, o Juizado até o primeiro semestre deste ano, era presidido pelo Juiz Federal titular da Primeira Vara daquele Estado, que é o Diretor do Foro e é, também, o juiz suplente do Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado, tendo, portanto de substituir o Juiz titular, nas eventuais ausências e impedimentos...

A sobrecarga, portanto, é insuportável, e tudo isso decorre, exatamente, da escassez de Juízes Federais e de Juízes Federais Substitutos, tal como afirmei no início deste subtópico.

A referência a um fato ilustrará adequadamente as afirmações feitas até aqui: refiro-me à circunstância de que, somente a partir do mês de março deste ano, é que a Quinta Região conseguiu preencher os 21 (vinte e um) cargos, até então vagos, de Juízes Federais Substitutos.

A terceira dificuldade correlaciona-se ao fato de que, na Quinta Região, **praticamente não há interiorização da Justiça Federal** de vez que, somente em 2 (dois) dos 6 (seis) Estados-Membros, é que existem Varas Federais em localidades do interior.

Situam-se elas nos municípios de Petrolina (PE.) e de Campina Grande (PB.), sendo de sublinhar-se que, se for considerado o número de processos em andamento, Pernambuco e Paraíba são, pela ordem, a segunda e a terceira maiores Seções Judiciárias da Quinta Região.

É inconcebível que, contando com duas Varas Federais onde tramitam cerca de 40.000 (quarenta mil) processos, boa parte deles, de natureza previdenciária, a Subseção Judiciária de Campina Grande não tenha podido oferecer, até o momento, os serviços próprios dos Juizados Especiais Federais, o que, para ficar só aí, é no mínimo lamentável.

E tem sido assim até agora, por decorrência de uma realidade que ainda não foi possível de ser modificada: a de que há falta de Varas e de Juízes, razão maior do acanhado índice de interiorização da Justiça Federal na Quinta Região e que, por igual, tem obstado a que os Juizados Especiais Federais ainda não estejam a funcionar nas localidades do interior dos seis Estados aqui já aludidos.

A quarta dificuldade, não é de menor importância. **Refiro-me ao fato de que a Lei nº 10.259, de 2001, não criou cargos de auxiliares do Juízo**

**(servidores do Poder Judiciário, em sentido amplo) e nem funções gratificadas.**

Não há Diretores de Secretaria, Analistas e Técnicos Judiciários, Contadores e Oficiais de Justiça nem, tampouco, funções gratificadas, cujos valores hoje, sabem todos, representa parcela significativa da remuneração dos servidores do Poder Judiciário e do Poder Público em geral.

O problema, embora à primeira vista possa parecer simples de ser equacionado (costuma-se dizer que bastaria **remanejar servidores e tudo o mais estaria resolvido**), não é, de veras, tão simples.

Em verdade o que ocorre é que, sempre que se reclama o remanejamento de servidores de uma para outra Unidade, as Unidades cedentes cuidam de enviar os servidores menos qualificados e/ou os menos “vocacionados” para o serviço forense; além do mais, vêem diminuído o efetivo dos seus próprios servidores, de ordinário, já insuficiente para a elaboração do serviço forense confiado às Varas e aos serviços administrativos e de apoio dos Foros Federais.

No caso específico dos Juizados, além de terem recebido servidores nem sempre “entusiasmados” com os novos afazeres, já sabiam eles, de antemão, que não contariam com qualquer possibilidade de perceberem as cifras referentes a alguma função gratificada.

E isso justamente porque as “funções gratificadas”, no caso, não foram criadas – quiçá com a criação das novas Varas, venham elas de existir e, com assim, pelo menos este senão merecerá solução adequada.

A propósito de “funções gratificadas”, *penduricalhos em pecúnia* que foram criados com o intuito de minimizar o problema do padrão vencimental do servidor público, faço uma pequena pausa para referir uma situação esdrúxula.

Falo do fato de que, no Tribunal ao qual pertenço, há um determinado setor em que cada serventuário recebe uma “função gratificada”, vale dizer, **é chefe de si próprio**.

No afã de por cobro a esta e a outras “idiossincrasias” acaso existentes, pedi à Fundação Getúlio Vargas, ao tempo em que estava na presidência da Corte, a elaboração de uma proposta de reformulação administrativa que contemplasse o Tribunal com uma estrutura adequada e racional.

Lamentavelmente não consegui disponibilidade orçamentária e financeira para custear o projeto de reformulação estrutural e, portanto, só me sobeja estimar que a atual administração leve avante a iniciativa.

A quinta dificuldade, diz com o **acanhado número de Defensores Públicos Federais**. Na Quinta Região, tal como destaquei em outro tópico, não

chega a doze o número desses servidores, o que, não de convir todos, é número insuficiente para atender às necessidades dos demandantes, quase todos “pobres na forma da lei” e, portanto, sem condições de contratar os préstimos profissionais de um advogado.

A situação se torna mais inquietante quando se sabe, por exemplo, que alguns profissionais da advocacia (muito poucos, felizmente) atentos ao fato de que, nas decisões condenatórias proferidas nos Juizados Especiais Federais, não há a fixação de honorários de sucumbência, enxergaram na possibilidade de dar à causa um valor “inflacionado”, a forma ideal para, sem deixarem de patrocinar a pretensão dos hipossuficientes, receberem a contrapartida remuneratória (os honorários sucumbenciais em caso de vitória), mesmo que isso venha de importar em que a ação tenha de observar o procedimento comum ordinário ou o comum sumaríssimo, um e outro regulados na legislação processual civil codificada.

Tal sorte de expediente, por sinal, tem concorrido para que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, se veja obrigado a impugnar o valor da causa (incidente quase sempre acolhido) com a conseqüente remessa do processado para os Juizados Especiais Federais (enquanto isso, frações preciosas de tempo foram desperdiçadas para a solução da pendência e a remessa do feito para o segmento judicial onde o mesmo deva ter curso).

Mas uma dificuldade; esta se correlaciona à ausência, em alguns dos Juizados, de servidores da Previdência Social.

Ao tempo da instalação dos Juizados Especiais Federais na Quinta Região, era Procurador-Geral do INSS o Advogado Marcos Maia, hoje já aposentado.

A idéia do então Procurador-Geral era a de que, em cada Juizado Especial Federal, funcionasse uma “ilha da Previdência”, isto é, um ou mais previdenciários, teriam acesso, via Internet, aos bancos de dados da Previdência, de tal sorte que, sempre que um segurado procurasse os Juizados para resolver as suas pendências, a documentação por ele trazida seria previamente examinada e, se o caso fosse, a petição inicial já seria instruída com os assentamentos administrativos oriundos da própria Previdência, referentes àquele benefício ou, até mesmo, quando fosse o caso, o segurado seria orientado a procurar o posto mais próximo do INSS, se condições houvessem de que a pendência fosse resolvida independentemente de provocação judicial.

Essa “triagem inicial”, feita em relação a qualquer demanda, bem poderia evitar o ajuizamento de muitos feitos, máxime aqueles que cuidassem de assun-

tos já pacificados na jurisprudência dos Tribunais Superiores, seja em súmulas seja em decisões indiscrepantes e reiteradas dos órgãos de julgamento dos Tribunais do País.

Sabendo-se que, hoje, há ainda, um elevado coeficiente de litigiosidade reprimida, essa providência da instalação das “ilhas”, muito mais dependente das iniciativas do INSS do que de qualquer ação que possa ser carregada à Justiça Federal de Primeiro Grau e/ou aos Tribunais Regionais Federais, concorreria de forma positiva para uma maior racionalização no ajuizamento das demandas, na medida em que a “triagem” já mencionada, evitaria o aforamento de questões já solucionadas administrativamente, ou pacificadas em Juízo, mercê do pronunciamento reiterado dos Tribunais sobre determinadas questões.

A presença de servidores da Previdência nos Juizados facilitaria, outrossim, o acesso aos bancos de dados da própria Previdência; ora, para proferir uma sentença líquida, o juiz prolator da decisão necessita de dados que, a mais das vezes, somente estão disponibilizados na própria Previdência, posto que, nem sempre, figuram nos documentos que são acostados à petição inicial das ações ajuizadas sob o amparo da Lei nº 10.259, de 2001.

Apesar de tudo, cumpre que se registre uma boa notícia: graças ao empenho da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul) foi conseguido que a Previdência Social disponibilizasse na página eletrônica daquele Tribunal, os elementos informativos necessários ao recálculo dos benefícios previdenciários, fato que em muito vai auxiliar na elaboração dos cálculos indispensáveis à prolação de uma sentença líquida, especialmente no que diz respeito com as decisões em que a Previdência é condenada a pagar quantia certa.

As dificuldades até aqui identificadas, com maior ou menor intensidade, permeiam a atividade de todos os Juizados Especiais Federais em funcionamento no País.

Reporto-me, agora, a uma que é específica do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sediado em Brasília, e que aglutina 14 (quatorze) Estados-Membros da Federação, dentre eles, o Piauí.

Falo da necessidade de embarcações, sem as quais, as populações ribeirinhas do Alto (de Belém “para cima”) e do Baixo Amazonas (de Belém “para baixo”), que não dispõem de qualquer condição para, pelas hidrovias da bacia amazônica, se deslocarem das localidades onde habitam, muitas delas as mais remotas do País, até os locais onde funcionam Varas Federais e, ali, ajuizarem os feitos judiciais que tiverem contra a Previdência ou contra a Fazenda Pública (sentido amplo da expressão).

Só para se ter uma idéia mais próxima da dimensão do problema, a navegação nas já mencionadas hidrovias, exigem dois tipos distintos de embarcações: uma para a navegação nos rios de águas mais profundas (os do Alto Amazonas) e outra para a navegação dos rios de águas mais superficiais (os do Baixo Amazonas)...

Listadas algumas das questões que reclamariam soluções “vinda de fora” dos Foros, haveria, mesmo assim, algo que se pudesse fazer para minorar esses pontos de estrangulamento, enquanto a providência definitiva não fosse deflagrada?

Com a devida vênia aos entendimentos dissonantes acaso existentes, penso que algo pode ser feito para, pelo menos, atenuar as conseqüências geradas pelas dificuldades até aqui referidas.

Vejamos, pois, quais seriam,

#### **MEDIDAS QUE PODEM SER ADOTADAS INDEPENDENTEMENTE DA ATUAÇÃO DAS OUTRAS FUNÇÕES ESTATAIS**

Conquanto eu não disponha aqui de dados estatísticos precisos, a iniciativa da Coordenação da Justiça Federal, de realizar um mutirão nacional com a finalidade de, se possível, deixar em dia, em todo o País, tudo o que dissesse respeito aos Juizados Especiais Federais, revelou-se mesmo uma alternativa dentre as que podem ser utilizadas para a “remoção dos gargalos”, já bem evidentes nos serviços dos Juizados, máxime no tocante à realização das audiências de conciliação, instrução e julgamento – há notícia de que em alguns pontos do País, esse ato, por vezes, já está a demorar por volta de cento e vinte dias para ser realizado.

O primeiro mutirão nacional, denominado “Por uma Justiça para Todos”, foi realizado em um sábado, no dia 26 de abril deste ano, das 9 (nove) às 17 (dezessete) horas.

Teve o apoio da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), e, mesmo sendo serviço voluntário e sem qualquer remuneração, contou com a participação de cerca de oitocentos juizes e de mais de mil e duzentos servidores.

O projeto foi idealizado pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Cesar Ásfor Rocha, à época coordenador-geral da Justiça Federal e presidente da Turma de Uniformização dos JEFs. O Ministério da Previdência também garantiu a participação de procuradores e de servidores do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Os resultados obtidos foram auspiciosos e muito do já havia em atraso, pode ser solucionado com sucesso.

Em verdade, algumas soluções, bastante assemelhadas aos mutirões, já vinham sendo tentadas; falo, por exemplo, da iniciativa dos Juízes Federais da Seção Judiciária de Alagoas que, em um dos dias da semana, sem prejuízo dos afazeres próprios da Vara por eles titularizada trabalham, todos eles, com os processos dos Juizados, oferecendo, portanto, apoio valioso para esse serviço específico.

Os mutirões, entretanto, qualquer que sejam a feição que adotem, são medidas emergenciais e paliativas. A solução estável do problema residirá, tal como foi dito d'antanho, na instalação das Varas e dos cargos de Juízes Federais Substitutos.

Uma outra medida que pode ser implementada, correlaciona-se à questão da carência de servidores e inspira-se na mesma situação fáctica que deu origem ao surgimento da chamada “Central de Mandados”.

Quando ainda trabalhava como Diretor de Secretaria da Segunda Vara da Seção Judiciária do Ceará, nos idos, já recuados, de 1979 a 1983, já eram poucos os então assim chamados “Oficiais de Justiça-Avaliadores” (hoje, Executantes de Mandados).

Tal situação de fato levou a que, em um outro momento, fossem criadas as “Centrais de Mandados”.

A idéia era a de que, já não haveria os (hoje) “Executantes de Mandados”, vinculados a esta ou àquela Vara.

Todos os Executantes de Mandados estariam vinculados a uma “Central”, para onde seriam carreados todos os mandados citatórios ou de intimação e, ali, distribuídos entre todos eles.

Assim, os poucos Executantes de Mandados existentes, trabalhariam para um número sempre crescente de Juízes Federais, alterando-se o paradigma até então vigente: cada Vara com o(s) seu(s) Executante(s) de Mandados.

Assim também já se vem fazendo com êxito no Foro Social da Justiça Federal em São Paulo: os funcionários disponíveis trabalham com os processos presididos por todos os Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos que presidam feitos dos Juizados Especiais – a experiência, registre-se, foi importada dos Foros dos Estados Unidos da América, onde de há muito já se trabalha dessa forma.

Não se vinculam eles (os servidores) a uma determinada Vara. Com isso, distribui-se melhor o serviço e racionaliza-se a execução das tarefas; a produ-  
ti-

vidade é melhormente aferida e os resultados se traduzem em favor dos jurisdicionados.

E se falei dessa experiência em curso no Foro Social de São Paulo, permito-me tecer breves considerações sobre o **processo virtual**, experiência exitosa que, assim espero, em breve será “lugar comum” nos Juizados Especiais Federais do restante do País.

Em brevíssimas linhas, funciona assim: a petição inicial e os documentos a ela em apenso são digitalizados – este serviço é terceirizado – e, daí por diante, todos os atos são praticados e armazenados **virtualmente**.

O sistema é seguro e proporciona uma tramitação processual muito mais ágil do que a tradicional – falo da tramitação que decorre dos procedimentos processuais que reclamam a redução a termo, de todos os atos do processo ou, pelo menos, dos atos essenciais dele.

No processo virtual os atos podem, a final, ser gravados em mídia apropriada (CD-Roms) o que garante, em termos práticos, a perpetuidade deles (guardados adequadamente, os CD-Roms têm durabilidade excepcional).

Além do Tribunal Federal de São Paulo (Terceira Região), o Tribunal do Distrito Federal (Primeira Região) e o do Rio Grande do Sul (Quarta Região) também já utilizam o processo virtual.

Na Quinta Região, é propósito da atual presidente, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, iniciar essa mesma experiência, começando pelas Seções Judiciárias de Pernambuco e de Sergipe, locais onde já existem condições técnicas para o uso dessa novidade tecnológica.

O sistema utilizado pelo Rio Grande do Sul é um pouco diferente do posto em prática em São Paulo.

Lá, o que se pretende é que a petição inicial e os documentos sejam encaminhados virtualmente aos Juizados, pelo próprio advogado, de tal sorte que a etapa da digitalização, indubitavelmente onerosa, seja posta de lado – somente seria utilizada em relação, por exemplo, aos jurisdicionados que comparecem aos Juizados e postulam sem procurador constituído (nas causas de até vinte salários mínimos, é bom recordar).

Legal e tecnicamente, isso é possível? A resposta há de ser afirmativa: basta que assim o advogado como a Justiça, empreguem a **criptografia** e a **certificação** e a **assinatura digital**.

Esses meios técnicos, cujas utilizações já se encontram regulamentadas, permitirão: a) que a petição inicial e os documentos (já digitalizados no próprio escritório de advocacia) sejam **enviados criptografados e por e-mail para a**

**Justiça** (o tráfego desses dados eletrônicos será seguro, isto é, estará resguardado de alterações por terceiros, alheios à relação processual que vier de ser instaurada); b) que o Judiciário saiba que aqueles documentos provêm deste ou daquele escritório de advocacia, ou melhor, deste ou daquele computador que se acha instalado neste ou naquele escritório profissional, que é para isto que se apresta a **certificação digital**; c) que a inicial foi eletronicamente subscrita por este ou por aquele advogado (é precisamente esta a utilidade da **assinatura digital** – que não se pense que a assinatura digital é a escanerização da assinatura do advogado que subscreve a petição inicial).

Recebida essa documentação, a Distribuição, por e-mail, enviará para o Patrono da causa, o protocolo eletrônico relativo àquela recepção e o advogado ao abrir o e-mail saberá que a máquina na qual foi gerado aquele documento eletrônico, está instalada na Justiça, que o servidor que subscreveu o protocolo eletrônico é do Poder Judiciário e que o protocolo eletrônico trafegou em segurança pela rede, pois se encontra devidamente criptografado.

É este, salvo melhor entendimento, o viés técnico mais adequado e menos oneroso – a digitalização de cada papel envolve um custo e, como há sempre muita coisa a ser digitalizada, esses custos poderão inviabilizar o processo virtual; afinal, as verbas para pagamento de serviço de terceiros (relembre-se que, no Foro Social de São Paulo, esta tarefa é confiada a terceiros) não são exatamente uma expressão apropriada do que se possa entender por abundância...

É claro que, em relação ao jurisdicionado que comparece a Juízo para postular cifras que não ultrapassem os 20 (vinte) salários mínimos, tal como estabelecido na Lei reguladora da atuação dos Juizados Especiais Federais, os documentos que forem por ele oferecidos, terão de ser digitalizados nos Juizados, por terceiros ou por servidores da Justiça (o segurado, de **per se**, nem sempre tem acesso aos recursos tecnológicos aqui descritos).

Mas, há de se convir, a quantidade de questões envolvendo tais valores, talvez não ultrapasse o número de feitos cuja expressão econômica seja mais vantajada. E não se deve esquecer que, mesmo nas questões equivalentes a até 20 (vinte) salários, o segurado não está impedido de contratar advogado...

Talvez venha à balha a objeção de que, a utilização de **criptografia**, de **certificação digital** e de **assinatura digital**, exigem o emprego de elevadas somas, certamente ausentes da realidade orçamentária do exercício em curso.

A crítica é procedente. Criptografar, certificar e assinar digitalmente, empregando-se nessas operações as chamadas *soluções proprietárias* (estou a falar de *software*) envolve, com efeito, cifras vantajadas.

Todavia, tudo isso pode ser realizado com o emprego de *softwares de código aberto*, ou seja, aqueles que não se submetem às leis que protegem os direitos do autor, os *copyrights*, mas sim, às Licenças Públicas Gerais (as *GPLs*), hoje, uma realidade fáctica que rendeu ensejo, inclusive, a que se possa falar (jocosamente) em *copylefts*, o que estabelece um linde definitivo entre o que é programado sob o sistema de **código-fonte fechado** e o que é programado sob o sistema de **código-fonte aberto**.

Ponho de lado estas idéias porque mais despertariam a atenção de uma platéia composta por profissionais da informática, o que não é o nosso caso.

Mas permaneço à disposição dos que, por acaso, desejem saber algo mais acerca das possibilidades técnicas desse tipo de *software*, presentemente utilizados, sem reservas, por empreendimentos como o Yahoo, IBM, American Airlines, Sun, Oracle, dentre outros, e sem perder de vista a máxima, segundo a qual, tudo o que possa por em xeque padrões culturais (e as suas eventuais expressões pecuniárias) arraigados, é sempre visto com enorme desconfiança...

Fecho o parêntese para consignar que, antes de deixar a presidência do colendo Tribunal Regional Federal da Quinta Região, pedi à Divisão de Informática que elaborasse um projeto contemplando a utilização, nos processos em andamento na Quinta Região, dessas possibilidade técnicas.

Os valores necessários às aquisições de equipamentos e programas (à parte os serviços que seriam executados mediante terceirização) para os seis Estados que fazem a área territorial da Quinta Região, não ultrapassariam os R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cifra que, em princípio, e mesmo em se levando em conta os eventuais “contingenciamentos”, não pode ser considerada exorbitante ou impossível de ser obtida.

E em arremate convém consignar que, dentre as vantagens do processo eletrônico, destacam-se a substancial economia de tempo de sua tramitação; a economia anual de papel e impressão no valor de aproximadamente R\$ 54 mil por vara; e a economia de espaço físico nos fóruns, dispensando a necessidade de grandes áreas para a guarda e arquivo de processos.

#### **PROVIDÊNCIAS CUJA IMPLANTAÇÃO DEPENDE DO PODER JUDICIÁRIO**

As providências das quais estava a cuidar, não dispensam a iniciativa de outras funções estatais – falo da necessidade de edição legislativa e/ou de suplementação orçamentária, quando for o caso, para a adoção de algumas das medidas até aqui esboçadas.

Outras há, entretanto, que estão na alçada exclusiva do próprio Poder Judiciário e, portanto, podem ser implementadas de forma mais célere.

A primeira delas relaciona-se à necessidade de os Tribunais não descurem no exame de matérias que, tendo por base fatos relacionados à atividade judicante dos Juizados Especiais Federais, são impugnados nos Tribunais Regionais Federais pela via do Mandado de Segurança ou do Agravo de Instrumento.

É o que se tem chamado conrriqueiramente de, **tentativa de ordinarização do procedimento dos Juizados Especiais Federais**, pondo-se de lado, progressivamente, a disciplina processual da Lei 10.259, de 2001, passando-se a utilizar, cada vez mais, as normas de procedimento consubstanciadas no Código de Processo Civil, tal como se encontra em vigor.

A esse respeito, trago à colação, três questões apreciadas, não faz muito tempo pelo Tribunal Federal da Quinta Região.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ajuizou Mandado de Segurança contra ato praticado pelo MM. Juiz Federal de Alagoas que, em atenção às disposições da Lei 10.159, de 1991, determinou à Previdência que efetuasse o depósito, à ordem do Juízo e para pagamento ao segurado, de valores referentes ao benefício “pensão por morte”.

Entendeu o INSS que, não sendo atacável o ato contra o qual se insurgia, por recurso próprio, competiria ao Tribunal apreciar a ação de segurança em face de afronta a direito líquido e certo, qual seja, o do INSS não efetuar diretamente o pagamento de requisição de pequeno valor, nos termos dos artigos 7º, XI e 23, § 8º, da Lei 10.266, de 2001, que dispõem sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2002.

A medida liminar foi indeferida pelo relator e, contra essa decisão, o INSS desafiou Agravo Inominado.

A matéria veio ao exame do eg. Plenário e, por unanimidade, negou-se provimento ao recurso; confira-se o teor da ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO INOMINADO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO.

A Lei nº 10.266/01 (art. 23, § 8º) preconiza que as requisições de pequeno valor, nos termos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, serão feitas pelo juiz da execução diretamente ao Tribunal competente, a quem competirá organizar as requisições em ordem cronológica.

Entretanto, a Lei nº 10.159/01, que dispõe especificamente sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabelece (art. 17) que a obrigação de pagar quantia certa será cumprida em sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa.

Ausente a plausibilidade do direito material, mantém-se o indeferimento da liminar. Agravo inominado do INSS improvido.

Em 16 de outubro de 2002 (data do julgamento), Rel. Desemb. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.”

De outra feita, o INSS desafiou Agravo Regimental contra ato do relator que, liminarmente, e por entender ser inadequada a via eleita, indeferiu a petição inicial de uma Ação de Segurança.

O INSS havia aforado o *writ* contra ato judicial monocrático que determinara o imediato cumprimento de sentença proferida no Juizado Especial Federal do Ceará, sob o argumento de que a Lei 10.259, de 2001, somente contemplava a possibilidade de irresignação contra medidas cautelares, despacho denegatório de seguimento a recurso e contra sentença definitiva.

Quanto ao mérito, argüiu a necessidade da expedição de Requisição de Pequeno Valor endereçada ao Tribunal respectivo, na forma da Lei 10.266, de 2001, e da Resolução 258, de 2002, do eg. Conselho da Justiça Federal.

O Plenário, sem discrepância, negou provimento ao Agravo Regimental e na ementa se lê:

**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECISÃO MANTIDA.**

1. Não tendo o INSS trazido argumentos robustos a ensejar a reforma de decisão que indeferiu liminarmente ação mandamental, por inadequação da via eleita, é de se negar provimento ao regimental ofertado, mantendo a decisão impugnada.

2. Agravo Regimental improvido. Recife, 26 de fevereiro de 2003 (data do julgamento). Relator: Desemb. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria.”

Questões relacionadas à competência dos Juizados Especiais Federais também já foram suscitadas junto ao Tribunal; atente-se para a solução estampada na ementa a seguir reproduzida:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL. COMPETÊNCIA. RESOLUÇÃO Nº 02, DE 20.02.2002 – TRF 5ª REGIÃO.

- A competência dos Juizados Especiais Federais no âmbito do TRF da 5ª Região se restringe, no tocante às ações previdenciárias, às questões relativas ao regime geral de Previdência Social.
- Hipótese em que o direito discutido é de servidor vinculado ao plano de seguridade social, albergado no art. 40 da LEX LEGUM – 1988 – e na Lei Federal nº 8.112/90.
- *Competência do Juízo suscitado (Conflito de Competência 755-PB., Pleno, em 06/11/2002, un., in DJU. 25/02//2002, p. 731, Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro.*”

O que se quer destacar com a transcrição desses três acórdãos é que, volta e meia, ações de segurança ou Agravos de Instrumento estão a ser ajuizadas com o fim, senão direto, pelo menos obliquo, de trazer as questões intrinsecamente imbricadas com a sistemática processual própria da Lei 10.259/91, para os procedimentos da legislação genérica, seja a codificada ou a extravagante.

Ora bem, se assim passar a ser, o procedimento enxuto e simplificado dos Juizados será, progressiva e inexoravelmente, substituído pelo procedimento padrão (o comum ordinário) tratado na legislação processual civil codificada e nas leis extravagantes em vigor.

Tanto que isso ocorra, a celeridade, que tem sido até aqui a tônica na atuação dos Juizados Especiais Federais, será substituída pela morosidade; cumpra que assim não aconteça.

Uma outra providência que se impõe, malgrado as objeções que o tema sempre suscita, é a manutenção da sistemática na Resolução 258, de 2002, do colendo Conselho da Justiça Federal.

Apenas para recordar, nesse ato estabeleceu-se sistemática distinta da referida na Lei 10.259, de 2001, no que tange à requisição dos créditos necessários ao pagamento das condenações judiciais impostas à União, às entidades autárquicas e fundacionais, e entidades outras de direito público.

Na prática, a Fazenda Pública passou a enviar para o Conselho da Justiça Federal os valores devidos e o Conselho por sua vez, tanto que provocado pelos presidentes dos Tribunais, a enviar para cada Tribunal os valores das condenações passadas em julgado.

A vantagem dessa sistemática é a de que, na prática, segundo se tem constatado, diminuiu o lapso de tempo entre o trânsito em julgado e o pagamento efetivo do valor devido.

Em média, os pagamentos têm sido efetuados em prazo que oscila entre 54 (cinquenta e quatro) e 56 (cinquenta e seis) dias, portanto, inferior aos 60 (sessenta) dias referidos na Lei dos Juizados Especiais Federais.

Já ouvi em várias oportunidades críticas ácidas ao sistema posto em prática.

A extração da Requisição de Pequeno Valor (é uma das objeções) é demorada e burocrática, notadamente em se levando em conta o número, quase sempre acanhado, de servidores responsáveis pelo cumprimento das determinações dos Juízes Federais que trabalham com os feitos dos Juizados.

Só isso já seria suficiente, diz-se com ênfase, para que se retornasse à sistemática da lei, bem mais simples e, por igual, eficiente.

Sei que há argumentos de irrefutável densidade em favor do retorno ao sistema original; não vou decliná-los aqui.

Mas há, por outro lado, um fato que não pode ser posto de lado.

É fácil ao gestor do Órgão sucumbente, “criar preferências” para o pagamento desta ou daquela requisição o que, convenhamos, desatende aos ditames constitucionais e legais.

Quem quer que tenha presidido um Tribunal Federal sabe que, na prática, notadamente a Previdência, **cria uma ordem cronológica própria, remetendo para o Tribunal os valores correspondentes aos precatórios eleitos para pagamento segundo os critérios que a própria Previdência eleger.**

É como se fosse jurídica e faticamente possível olvidar que a ordem cronológica, em tema de pagamento de condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, é formada a partir da data do ingresso do precatório (ou da Requisição de Pequeno Valor) no protocolo do Tribunal.

É fato consabido que as representações dos diversos órgãos públicos nos Estados, recebem pressões de toda ordem para “darem preferência” a este ou àquele pagamento.

Tanto isso é verdadeiro, e tanto a sistemática de repassar os valores devidos ao Conselho da Justiça Federal (no caso dos Juizados) revelou-se forma de coibir quaisquer possibilidades de “preferências” que, na edição do dia 20 de abril deste ano, o Diário de São Paulo estampou na página “B1” do caderno “Economia”, a seguinte notícia:

“O Governo decidiu mudar a forma de pagamento dos precatórios (...) de 2003. A alteração ocorre com as ações de revisão de benefícios pagos pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs) e as de natureza alimentar (...)”.

Até agora, os recursos para o pagamento dos precatórios eram distribuídos às gerências regionais do INSS, que se encarregavam de fazer os depósitos dos créditos nas contas dos tribunais (TRF e TRT) para então chegar às mãos dos segurados, por meio dos seus advogados. A partir deste ano, o Tesouro Nacional efetuará os depósitos diretamente nas contas dos Tribunais. Com a medida espera-se realizar de forma mais rápida o pagamento destas dívidas judiciais.

Data vênua, para mim a inovação é o reconhecimento formal de que, o depósito direto na conta do Tribunal (ou do Conselho) elimina as possibilidades de interferências que as práticas até então em vigor favoreciam, sendo que, se quebra houver na ordem cronológica, sujeitará o gestor do Tribunal (o presidente, no caso) às sanções cíveis e penais a que alude a Lei de Responsabilidades.

Só isso já bastaria, segundo penso, para não se alterar a sistemática atualmente posta em prática, por conta da Resolução multireferida do Conselho da Justiça Federal.

Quanto ao trabalho para a emissão da “RPV”, é só seguir o disposto na Resolução 258 e deixar o editor de textos fazer o resto (textos mesclados, inclusive); afinal, quanto mais repetitiva a tarefa, mais rapidamente a executará a máquina...

E já que mencionei de novo a Resolução 258, convém estar atento para o fato de encerrar tal ato normativo, um evidente esforço no sentido da padronização de procedimentos, providência sadia que só contribui para a agilização dos feitos que estejam em andamento.

A padronização, por sinal, pode e deve ser incentivada no tocante ao maior número de atos processuais (sentido amplo) possíveis.

Vale, por exemplo, no tocante ao próprio funcionamento das Turmas Recursais (falo dos atos processuais próprios do julgamento e, mesmo, da própria forma de realizar as sessões de julgamento, até mesmo as da Turma Nacional de Uniformização).

A vídeo-conferência é recurso técnico que pode ser utilizado com êxito para a realização das sessões de julgamentos desses órgãos.

Só se precisaria interligar as diversas Unidades da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus do País e, com certeza, a vídeo-conferência tornaria mais rápido a tomada de decisões.

A solenidade de posse da nova mesa diretora do Tribunal Federal da Quinta Região, ocorrida no dia 31 de março deste ano, foi transmitida por

vídeo-conferência para duas das seis Seções Judiciárias da Quinta Região (Pernambuco e Rio Grande do Norte).

E só não foi para todos as Seções e SubSeções da Quinta Região porque, lamentavelmente, não havia disponibilidade orçamentária e financeira para equipar as Seções dos Estados não listados no item antecedente (Sergipe, Alagoas, Paraíba e Ceará).

Cabe registrar que, no dia 5 de agosto de 2003, há pouco tempo, portanto, o sistema de vídeo-conferência possibilitou a realização da primeira sessão de julgamento da Turma Nacional de Uniformização.

A iniciativa espancou as dúvidas dos que imaginavam não ser possível a um órgão julgador colegiado julgar os feitos de sua competência sem que os juízes estivessem fisicamente reunidos em um dado local, tal como sói ocorrer com as sessões de julgamento das Turmas, Câmaras, Plenos e Cortes Especiais dos Tribunais de todo o País.

É certo que houve um contratempo: a transmissão do som e da imagem se faz via Internet. E se esses dados (som e imagem) trafegarem em baixa velocidade – digamos 56 Kbps – (cinquenta e seis quilobaites por segundo) a reunião não se torna possível porque a lentidão no tráfego compromete a realização dos trabalhos.

Foi isso o que ocorreu na sessão de julgamento do dia 5 de agosto: poucos feitos foram julgados por conta da não utilização da “banca larga dedicada” na vídeo-conferência.

A uniformização na coleta e no armazenamento dos julgados dos Juizados Especiais Federais de todo o País, em bancos de dados, que poderia ser acessados de qualquer ponto do País, mercê da utilização de *softwares* igualmente padronizados, em muito auxiliará os juízes na solução das demandas que lhes forem submetidas.

E a uniformização de fórmulas e de formulários (falo de atos processuais de rotina, enfim, de tudo o que fosse possível, preservando-se, é intuitivo, a liberdade do magistrado de decidir a questão consoante o seu livre (e motivado) convencimento, facilitaria sobremodo o trabalho do próprio juiz e dos servidores, cabe repetir, sempre em número insuficiente.

Uma outra providência correlaciona-se à questão das pautas de audiências: faltam juízes leigos (poderiam pactuar os acordos e oferecer as bases para que o juiz elaborasse a sentença); a possibilidade das audiências coletivas que, ao menos na Quinta Região, ainda não foi bem explorada.

E porque não dispensar a audiência sempre que a matéria fosse “só de direito”, ou melhormente dizendo, quando as questões fáticas fossem incontroversas?!

A montagem de um grande banco nacional de dados, sediado em Brasília, por exemplo, onde tudo o que se correlacionasse aos Juizados (todos os julgados das Turmas Recursais e da Turma de Uniformização estariam disponíveis para todo o País) se faz imprescindível.

No tocante a material de uso permanente (computadores, escâneres, impressoras, leitora ópticas de código de barras, gravadores, filmadoras etc.), convém lembrar que a Receita Federal, sempre que provocada, tem colaborado doando parcelas significativas de bens apreendidos...

Ainda em relação a material de uso permanente, os Juizados teriam preferência para receber máquinas novas (adquiridas ou provenientes de doação) e mesmo as mais antigas de outros setores.

A questão da elaboração dos cálculos, ponto de estrangulamento na liquidação das sentenças – é pequeno o número de contadores dos quadros – poderia contar com o apoio de contadores terceirizados (os do Juízo supervisionariam os cálculos feitos pelos terceirizados).

Por outro lado, não se pode conceber que a conta de liquidação de uma sentença proferida nos Juizados Especiais Federais da Quinta Região, apresente resultados distintos dos cálculos de uma outra, em tudo idêntica à primeira, que tenha sido ajuizada no Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

Quer isso dizer que é preciso uniformizar os programas (*softwares*) utilizados para a elaboração dos cálculos em todas as Regiões do País.

Para tanto já estão em curso estudos conjuntos do pessoal das áreas de informática e das contadorias dos Foros de todas os Tribunais do País que, juntos, estão trabalhando para que a situação referida no parágrafo antecedente – situação fática igual e cálculos com valores distintos em face de haverem sido realizadas nesta ou naquela Região -, não mais possa ocorrer.

O estabelecimento de critérios distintos para a aferição da atividade desenvolvidas por juízes e servidores é necessária (as corregedorias e o próprio Conselho da Justiça Federal poderiam incumbir-se dessa empreitada).

Uma providência de largo alcance foi recentíssimamente levado a efeito: falo da visita feita pelo então ministro Coordenador da Justiça Federal, Ruy Rosado, ao Ministério da Marinha, com vistas à construção de embarcações para os Juizados Especiais Federais da Primeira Região.

Acompanhado do presidente do Tribunal e da Coordenadora dos Juizados Especiais Federais, o ministro e as demais autoridades que com ele compareceram ao Ministério da Marinha, ouviram a boa notícia de que há a possibilidade orçamentária e financeira de se dar início à construção dos dois tipos de

embarcação mencionadas em outro tópico desta exposição, sendo que os custos deverão situar-se por volta de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada unidade.

Enquanto isso, assegurou-se que os Juizes e os servidores da Primeira Região poderiam utilizar-se das embarcações que a Marinha já mantém no Alto e no Baixo Amazonas, oferecendo às populações ribeirinhas, serviços de assistência médica, oftalmológica e odontológica, dentre outros.

A embarcação “Tribuna”, levou os serviços da Justiça às populações ribeirinhas da Amazônia e, no último dia 20 de novembro, uma nova viagem foi encetada nas hidrovias daquela região do País.

Pode-se, portanto, ter como certo o fato de que, ao longo do próximo ano, os Juizados Especiais Federais itinerantes continuarão atuando, efetivamente, na Região Norte do País.

Os feitos submetidos ao exame da Turma Nacional de Uniformização não pagarão custas.

É medida concreta que constará da Resolução a ser expedida pelo Conselho da Justiça Federal, regulamentando o funcionamento desse órgão de cúpula dos Juizados Especiais Federais.

Não se precisa só de Justiça rápida; há, por igual, a necessidade de que seja ela efetivamente acessível a todos os hipossuficientes.

A Coordenação Geral da Justiça Federal cuidará de informar ao egrégio Supremo Tribunal Federal e ao colendo Superior Tribunal de Justiça, quais os feitos já apreciados pela Turma Nacional de Uniformização, cujos enunciados tenham sido objeto de recurso perante esses dois Tribunais aqui mencionados.

A finalidade da medida será permitir às Secretarias do Supremo e do Superior Tribunal, incluírem em pauta e assegurarem preferência para o julgamento, as matérias que já tenham sido objeto de expedição de enunciados pela Turma Nacional de Uniformização.

Assim, virá mais rápida a solução da pendência e, de uma única assentada de julgamento (seja do Supremo seja do STJ) milhares de feitos serão definitivamente julgados, o que só virá de encontro ao anseio mais legítimo de cada jurisdicionado.

## **OUTRAS MEDIDAS**

A criação das novas Varas, por mim mencionada no início deste exposição, fez surgir o propósito de que todas elas – as 183 -, venham a ser Varas dos

Juizados Especiais Federais e que funcionem nas cidades do interior dos Estados nas quais não haja Vara Federal.

E terá de ser mesmo porque, a partir de junho 2004, **toda a matéria de competência da Justiça Federal de Primeiro Grau, cujo valor da causa não ultrapasse os 60 (sessenta) salários mínimos, poderá ser ajuizadas nos Juizados Especiais Federais.**

Portanto, somente se todas as novas varas, ou pelo menos se uma expressiva maioria delas não for instalada como Vara de Juizado Especial Federal, **é muito provável que não haverá como se possa dar atendimento célere a todas as novas ações – e serão muitíssimas -, que passarão a ser de competência dos Juizados Especiais Federais.**

Só para se ter uma idéia do que a atuação dos Juizados Especiais Federais já está a representar basta que se sublinhe que, no Estado do Piauí, no período de oito de abril de 2002 (data da instalação dos Juizados Especiais Federais) a 21 de novembro de 2003, enquanto nas quatro Varas comum Federais estão em tramitação 18.716 processos, na Vara do Juizado Especial Federal já tramitam 10.844 processos; e a tendência que se percebe é a do aumento gradativo dos processos que estão a ser distribuídos para os Juizados Especiais Federais...

Estas perspectivas preocupam e parece vir de encontro a essa preocupação, o Movimento pela Eficiência do Poder Judiciário Brasileiro, iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros que tem por objetivo “... *reunir e catalisar esforços na formulação de propostas para a agilização da prestação de serviços à população...*”, “... *trabalhando para encaminhar as propostas administrativas a todos os tribunais de justiça do país e, aos que implicam em alterações legais, ao Congresso Nacional na forma de Projetos de Lei.*” (ver <http://www.amb.com.br> )

O movimento será permanente ao longo de 2004, e realizará seminários para “... *debater as propostas elaboradas, e no seu encaminhamento aos tribunais e ao Poder Legislativo para as devidas alterações na legislação infraconstitucional.*” (ver <http://www.amb.com.br> ).

Quem sabe se não seria o caso de se propor a modificação legislativa, mediante supressão da parte final, do disposto no art. 20 da Lei 10.259, de 1991?<sup>2</sup>

Afinal, se os Juízes dos Estados-Membros decidem matéria previdenciária, tal como estatuído no § 3º do art. 109 da Constituição Federal em vigor, porque não se poderia admitir a aplicação dos ditames da Lei 10.259, de 2001, no juízo estadual?!

Trago o problema à balha porque, se em alguns Estados do Sul, juízes estaduais têm admitido e processado ações previdenciárias cujo valor da causa não ultrapasse o equivalente a 60 (sessenta) salários mínimos, **valendo-se do procedimento consagrado na Lei 10.259, de 2001** (apesar da dicção da parte final do art. 20), no Primeiro Congresso Nacional dos Juizados Especiais Federais, realizado em Brasília (DF.) prevaleceu o entendimento segundo o qual, se o segurado desejar ajuizar a sua postulação contra a Previdência, perante o Juízo de Direito da Comarca onde reside, o processo seria regido pelas disposições constantes do Código de Processo Civil - CPC, notadamente as que cuidam **do procedimento**.

Sendo assim, o jurisdicionado que não disponha de recursos pecuniários para se deslocar até a cidade onde os serviços dos Juizados Especiais Federais estejam disponíveis, será penalizado com a espera de uma decisão judicial definitiva que, em face das normas procedimentais do CPC, não estará disponível senão após o decurso de cinco ou mais anos.

O acesso à Justiça, e o direito de obter uma decisão judicial célere e efetiva em lapso de tempo de razoável, não serão uma realidade para esse jurisdicionado que, justamente por conta da própria hipossuficiência, suportará com mais esse gravame.

**Mas não seria assim se os juízes estaduais passassem a julgar essas questões – falo das previdenciárias que não ultrapassassem o valor de alçada referido na Lei 10.259/2001 (e é óbvio que o procedimento a ser utilizado seria o dessa mesma lei e não os da legislação processual codificada).**

Das decisões que fossem proferidas, caberia recurso para a turma recursal federal do Estado-Membro no qual se situasse o Município onde o segurado da Previdência residisse, observando-se, a partir daí, a sistemática recursal própria dos Juizados Especiais Federais: procedimento de uniformização perante as Turmas Recursais Regionais e incidente de uniformização perante a Turma Nacional de Uniformização, caso assim se fizesse necessário.

A Requisição de Pequeno Valor (RPV) extraída no Juízo Estadual, seria encaminhada ao presidente do Tribunal Regional Federal e o pagamento seria feito com as mesmas cautelas e formalidades observadas quando da paga de condenações derivadas de sentenças proferidas nos Juizados Especiais Federais.

Quiçá se diga que a Previdência Social arcaria com enormes dificuldades para esboçar a própria defesa, toda vez que a ação tramitasse em Comarcas remotas.

Embora não se possa desconsiderar a alegação, penso que seria possível assegurar-se à Previdência a possibilidade de credenciar, tal já o faz o Banco do Brasil (ao menos para algumas ações), por exemplo, advogados da própria Comarca onde residisse o segurado.

A linha de defesa a ser adotada, poderia ser a que a Previdência, por seus procuradores, reputasse pertinente, e o advogado credenciado a sustentaria em Juízo.

Para os segurados das comunidades mais remotas de todo o País, o exercício desses aspectos da cidadania seria algo concreto.

O movimento das Comarcas seria incrementado, inclusive no que diz com a própria economia do Município – há registros de Municípios do Sul do País nos quais as lojas de eletrodomésticos, por exemplo, reforçaram a aquisição desses bens, em face das compras feitas pelos que receberam os valores que lhes era devido pela Previdência.

A própria Previdência contabiliza resultados positivos (apesar das condenações), por conta da economia decorrente dos acordos – ainda em percentuais tímidos – que são convolados, ponde-se termo às demandas.

E o Poder Judiciário da Nação poderia servir ainda mais e melhor à coletividade, sempre sequiosa de Justiça; enfim, todos ganhariam.

## CONCLUSÕES

Imagino que outras tantas providências poderiam ser sugeridas aqui, sempre com o fim de que a performance dos Juizados continuasse a ser tal como é ou, se possível, melhorasse ainda mais.

Essas que arrolei ao longo desta exposição, segundo penso, são as mais importantes; as que ainda não estejam a ser implementadas, que o sejam sem tardança.

A Ordem dos Advogados do Brasil sempre se mostrou atenta e participou ativamente de todos os esforços no sentido do aperfeiçoamento do regime democrático entre nós.

Com certeza não se furtará de emprestar aos Juizados Especiais Federais o apoio que for possível e necessário para a contínua melhoria dos serviços deste novel segmento do Poder Judiciário do País.

Velar para que a atuação dos Juizados Especiais Federais possa vir a ser continuamente aperfeiçoada, é trabalhar pela conquista diária da democracia que desejamos e merecemos.

Se assim continuar a ser, e é isso o que desejo e aquilo no que acredito, dentro em breve, novas necessidades serão detectadas e novas soluções serão propostas.

Afinal, se não é possível fazer tudo o que é preciso ser feito, que se faça, sem delongas, o que é possível fazer: a gratidão dos jurisdicionados (leia-se, de toda a sociedade brasileira) será permanente.

Muito obrigado.

Teresina(PI.), dezembro de 2003.



## O BRASIL UMA BREVE VISÃO HISTÓRICA DO ESTADO, DAS CONSTITUIÇÕES E DOS TRIBUTOS

**Hélio Sílvio Ourem Campos**  
*Juiz Federal*

Para falar sobre o Brasil e o seu direito, considero que imprescindível se faz apresentar alguns breves comentários e informações preliminares sobre ambos.

Afinal, quer me parecer que, embora os primeiros traços formadores da personalidade jurídica do Brasil, enquanto Estado soberano, hajam decorrido da instalação da Família Real portuguesa em território brasileiro, com a conseguinte abertura dos portos às Nações amigas, ficando o Brasil elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves, é de boa recomendação sublinhar a realidade sócio-jurídica de um País cujo ordenamento positivo serve-me como tela de confronto.

É bem verdade que o interesse pelo Brasil é manifesto em várias obras lusitanas, como, por exemplo, em “*O Brasil nas Côrtes Constituintes portuguesas de 1821-1822*”, de PAULO MANUEL OTERO<sup>1</sup>; ou no amplo repertório de JORGE MANUEL DE MIRANDA<sup>2</sup>.

Por isto, pretendo, preliminarmente, fornecer uma idéia sobre a importância do Brasil, e, conseqüentemente, do seu direito.

---

<sup>1</sup> Ver “O Brasil nas Côrtes Constituintes portuguesas de 1821-1822”, “apud” “O Direito”, Relatório de Mestrado em Direito Constitucional. FDL, em 1986-1987. Liberalismo – Côrtes 1821-1822. A.120 e A03-962.

<sup>2</sup> Ver “A transição constitucional brasileira e o anteprojecto da Comissão Afonso Arinos.” “apud” Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Nova Série, n.ºs 9-10 (jan. – jun. 1987), ps. 117-134.

Trata-se de um País que, segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>3</sup>, seguindo os critérios da Comissão de Estatística das Nações Unidas para a apuração dos Indicadores Sociais Mínimos (ISM)<sup>4</sup>, dispõe, tal qual as mais atuais pesquisas sobre censo demográfico e contagem da população, e, segundo a pesquisa nacional por amostra de domicílios (PNAD), dos seguintes números:

Total da população do Brasil (contagem nacional de população em 1996): 157.079.573 hab. (cento e cinquenta e sete milhões, setenta e nove mil e quinhentos e setenta e três habitantes). Em 01.08.2000, o Total da população residente no Brasil (Resultados preliminares do Censo Demográfico 2000): 169.544.443 hab. (cento e sessenta e nove milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil e quatrocentos e quarenta e três habitantes)<sup>5</sup>. Área Absoluta em quilômetros quadrados (1996): 8.547.403,5 (oito milhões, quinhentos e quarenta e sete mil e quatrocentos e três ponto cinco quilômetros quadrados).

Número de Municípios (em 1997): 5.507 (cinco mil, quinhentos e sete). *PIB (Produto Interno Bruto): o valor do PIB de 1999 foi de R\$ 960.858.000.000,00 (novecentos e sessenta bilhões, oitocentos e cinquenta e oito milhões de reais), apresentando-se uma renda per capita de R\$ 5.860,75 (cinco mil, oitocentos e sessenta reais e setenta e cinco centavos)*<sup>6</sup>. *Lamentavelmente, como já foi dito, a heterogeneidade do País termina por reduzir a representatividade das médias nacionais*<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Em termos de censo demográfico, o IBGE iniciou os seus trabalhos em 1940. Em 1990, o censo não foi realizado. Só em 1991 o mesmo ocorreu. A periodicidade das pesquisas é decenal.

<sup>4</sup> O tamanho e a heterogeneidade do Brasil reduz a representatividade das médias nacionais.

<sup>5</sup> Estimativa da População Brasileira no dia 16.04.2002: 174.074.019 habitantes. (Fonte: <http://www.ibge.net/home/disseminacao/online/-popclock/popclock.php>)

<sup>6</sup> Dados da Coordenação Geral de Comunicação Social do IBGE, de 26.01.01.

<sup>7</sup> De acordo com o IBGE – dados de 1991/censo demográfico, considerando as classes de rendimento nominal médio mensal *domiciliar (domicílios particulares permanentes)*: até 1/4 do salário mínimo, estavam 210.047; entre 1/4 e 1/2 do salário mínimo, estavam 1.746.952; entre 1/2 a 1 salário mínimo, estavam 4.517.002; entre 1 e 2 salários mínimos, estavam 6.944.407; entre 2 e 3 salários mínimos, estavam 4.606.305; entre 3 e 5 salários mínimos, estavam 5.488.783; entre 5 e 10 salários mínimos, estavam 5.521.276; entre 10 e 15 salários mínimos, estavam 1.910.696; entre 15 e 20 salários mínimos, estavam 912.302; entre 20 e 30 salários mínimos, estavam 789.544; com mais de 30 salários mínimos, estavam 724.370. A mesma pesquisa apontou, na categoria dos “sem rendimentos”, 478.347 domicílios particulares; e, na categoria dos “sem declaração”, 893.410. 1. O salário mínimo utilizado à época da pesquisa era de Cr\$ 36.161,60 (trinta e seis mil, cento e sessenta e um cruzeiros e sessenta centavos). Atualmente, a moeda do Brasil é o real. 2. Nestes números, não estão incluídos os rendimentos das pessoas cuja condição, no domicílio, era a de pensionista, empregado doméstico ou parente do empregado.

O Setor industrial foi o principal responsável pelo desempenho da economia em 1997, com 5,52 % (cinco vírgula cinquenta e dois por cento) de crescimento, vindo, a seguir, a agricultura, com 2,69 % (dois vírgula sessenta e nove por cento), e os serviços, com 1,24% (um vírgula vinte e quatro por cento). Dentro da indústria de transformação, o melhor desempenho coube à fabricação de automóveis, caminhões e ônibus, com 14,31 % (quatorze vírgula trinta e um por cento). A indústria de construção civil cresceu, em 1997, 8,45 % (oito vírgula quarenta e cinco por cento).

*A carga tributária das Administrações Públicas como um todo (União, Estados e Municípios) variou bastante de 1990 a 1997. Estimativas preliminares para os dois últimos anos mostram uma estabilidade da carga tributária em torno de 28,02 % (vinte e oito vírgula zero dois por cento). A redução da carga tributária federal, estadual e municipal pode ser explicada, basicamente, de acordo com os dados do IBGE, pelo comportamento dos principais tributos nacionais – imposto sobre a renda, contribuição para o financiamento da Seguridade Social, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, e algumas taxas municipais, que, relativamente a 1996, reduziram a sua participação no PIB em 1997.*

No final de 1998, e após as eleições de outubro, o Governo Federal apresentou um Programa de Estabilização Fiscal, anunciando que o mesmo encontrava-se fundado na premissa básica de que o Estado não pode viver além dos seus limites, gastando mais do que arrecada. Com este programa, diz-se buscar o equilíbrio das contas públicas, o que representaria um passo decisivo na redefinição do modelo econômico brasileiro. Este programa, que trouxe mudanças no regime fiscal do País, seria um desdobramento necessário do Plano Real<sup>8</sup>, que buscou: a estabilização da moeda, o crescimento sustentado com

---

<sup>8</sup> O Plano Real é assim resumido pelo Jornal “O Estado de São Paulo”, 29.10.98: “Modelo econômico adotado pelo governo, de manter o real valorizado em relação ao dólar, levou o País a apresentar freqüentes déficits cambiais (saída de recursos externos superior à entrada), com as importações correndo acima das exportações. Uma política que o tornou altamente dependente do capital financeiro para financiar seu déficit na conta corrente da balança de pagamentos (o buraco nas contas externas).” Diante deste quadro, está-se afirmando, no Brasil, que são necessárias reformas. Sobre isto, analisa o mesmo Jornal: “Mas, para a obtenção do equilíbrio definitivo das contas públicas, não bastam as medidas de ajuste, é preciso a aprovação e adoção das reformas administrativa, previdenciária e tributária. A administrativa já foi aprovada, mas ainda necessita de regulamentação. A previdenciária, por sua vez, está em fase final de tramitação no Congresso, mas os especialistas entendem que novas medidas terão de ser adotadas para eliminar de vez o rombo da Previdência, o que exigirá a aprovação de legislação infraconstitucional. A reforma tributária, por fim, deve começar a ser discutida no fim do ano ou apenas no início de 1999. Talvez, seja a de mais difícil aprovação, pois deve contrariar os interesses de Estados e Municípios.”

mudança estrutural e ganhos de produtividade, além da melhoria progressiva das condições de vida da população brasileira.

Como justificativa para o novo programa, diz-se que a relativa abundância de recursos internacionais, que seria uma característica dos primeiros quatro anos do processo brasileiro de estabilização, cedeu lugar a um ambiente de forte retração de capitais. Assim, supressas as condições favoráveis de liquidez internacional, ficou o Brasil impossibilitado de prosseguir com o gradualismo na adoção dos chamados ajustes estruturais, sendo imprescindível fazer com que o Estado passasse a viver dentro dos seus limites orçamentários.

Ocorre que, neste contexto de crise internacional (crise na Ásia, crise na Rússia<sup>10</sup>, crise na Argentina<sup>11</sup>, etc), é bastante comum se falar em reformas do ordenamento jurídico, que, quase sempre, é apontado como um obstáculo para a solução da crise.

No Brasil, por exemplo, recomenda-se, rotineiramente, reformas constitucionais para superar os problemas econômicos internos e externos. Acaba-se de intentar uma Reforma Constitucional Administrativa (Emenda Constitucional nº 19/98). Fala-se em Reforma Constitucional Tributária, Reforma da estrutura do Poder Judiciário nacional, Reformas previdenciárias de primeira e de segunda gerações, etc.

Enfim, parece ser esta a tradição brasileira. Ao menor sinal de problema, aponta-se como resposta mudar novamente a Constituição. Estamos sempre à procura de uma nova Constituição. É difícil confiar em um direito assim.

<sup>9</sup> “O Estado de São Paulo”, 29.10.98, resume estas duas crises, afirmando: “Crise na Ásia – A crise nos países asiáticos afetou os mercados emergentes, obrigando o Brasil a elevar os juros para 43,4% ao ano e a editar o ‘o pacote 51’, em outubro de 1997. A questão é que a maior parte das medidas não foi posta em prática, com exceção do aumento de impostos. Como de costume, o governo enfrentou as dificuldades aumentando receitas, e não cortando despesas. Como o cenário internacional no primeiro semestre de 1998 apresentou melhoras e a política de juros altos fez com que as reservas cambiais brasileiras alcançassem a casa dos US\$ 75 bilhões, a equipe econômica optou por enfrentar o déficit fiscal apenas a partir do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso.” “Crise na Rússia – Em 17 de agosto, no entanto, a Rússia desvalorizou o rublo e decretou moratória parcial. A partir do calote russo, a situação deteriorou-se rapidamente, e o capital estrangeiro para países emergentes, antes abundante, passou a escassear. Mais que isso, passou a ocorrer uma saída expressiva de capitais.”

<sup>10</sup> Sobre a crise argentina de 2.001, a aprovação do pacote de ajuste implicou em uma dramática batalha do governo, embora já estivesse valendo por decreto, vindo, agora, a ter o aval de lei. O pacote aumentou as contribuições patronais de grandes empresas de serviços privatizados, adiou o pagamento das restituições do Imposto de Renda, eliminou as isenções do Imposto sobre valor agregado, impediu a Justiça de acatar recursos contra as novas medidas de ajuste – o que vem sendo considerado inconstitucional, etc. O objetivo principal deste pacote parece ter sido o de zerar o déficit fiscal, tendo havido intensas negociações, que conseguiram o apoio dos peronistas e garantiram a maioria do governo.

Esta afirmação o faço não com o objetivo episódico de contestar qualquer reforma, mas após analisar os nossos antecedentes históricos. Veja-se o que vai a seguir. É uma amostra da história constitucional brasileira. Via de regra, diz-se que as Constituições do Brasil foram editadas em: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 (esta última muitos a consideram uma Emenda à de 1967; e é assim que ela se apresenta) e 1988.

O Brasil já teve Constituições de várias espécies: rígida, flexível, mista etc. O Brasil, segundo consta na história, chegou mesmo a ter uma Constituição por apenas um dia, ao adotar, em 1821, a Constituição espanhola de 1812 (Constituição de Cádiz).<sup>11</sup>

A Constituição espanhola teve, entre nós, vigência mais efêmera do que em seus próprios limites, pois, já no dia seguinte, o decreto de sua adoção é abrogado. (Vide “*A Constituição do Brasil 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada*” - Price Waterhouse - Departamento de Assessoria Tributária. São Paulo, Price Waterhouse, 1988, ps. 23-24)

Como também se sabe, a Constituição de 25 de março de 1824 (a que mais tempo demorou em vigor)<sup>12</sup> chegou a passar, enquanto Projeto<sup>13</sup>, por um

<sup>11</sup> Foi um Decreto de 21 de abril de 1821 que estabeleceu a adoção provisória da Constituição espanhola de 1812. Esta Constituição, que vigorou por apenas dois anos na Espanha, chegou a ser utilizada pelo Brasil, por Portugal e pelos Reinos de Nápoles, da Sicília e do Piemonte. Nela, estavam contidos princípios como o da tripartição dos poderes, a adoção da religião católica apostólica romana e a liberdade de imprensa.

<sup>12</sup> Antes disto, houve a convocação de uma Assembléia. Esta, foi convocada sem que houvesse um anteprojecto a discutir. Com esta finalidade foi nomeada uma Comissão formada por sete membros: Antônio Carlos e seu irmão José Bonifácio, Antonio Luis Pereira da Cunha, Pedro de Araújo Lima, José Ricardo da Costa Aguiar, Manoel Ferreira Câmara e Francisco Muniz Tavares. O Anteprojecto da Comissão dos Sete teve por artífice Antonio Carlos, que fundamentou o seu trabalho tomando por base, primordialmente, as constituições francesa e a norueguesa. (Vide “*A Constituição de 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada*” – Price Waterhouse – Departamento de Assessoria Tributária. São Paulo, Price Waterhouse, 1989, ps.27 e ss). No curso dos trabalhos constituintes, ocorreu uma forte oposição ao liberalismo do projeto constitucional. Exemplos do que digo: 1. A manifestação do General Pedro José da Costa Barros: “Eu nunca poderei conformar-me a que se dê o título de cidadão brasileiro indistintamente a todo escravo que alcançou cartas de alforria. Negros boçais, sem ofício, nem benefício, não são no meu entender, dignos desta honrosa prerrogativa; eu os encaro antes como membros danosos à sociedade à qual vêm servir de peso, quando não lhe causem males.” 2. Para Maciel da Costa: “Não sou da opinião dos que pensam que sem este cabeçalho de direito e deveres não há Constituição política (...)” (ambas as citações retiradas de *A Constituição do Brasil de 1988*, ob. cit., p. 29).

<sup>13</sup> D. Pedro I, na proclamação imperial que dissolveu a Assembléia Constituinte e Legislativa (13.11.1823), convocou uma nova Assembléia – Conselho de Estado – com o objetivo de elaborar um Projeto de Constituição. Foi ao Conselheiro Carneiro de Campos que coube a tarefa de redigi-lo, havendo o Conselho terminado os seus trabalhos já aos 17.12.1823. Exemplares deste Projeto foram encaminhados a todas as Câmaras Provinciais. A adesão a ele não foi plena, havendo algumas Câmaras o recusado. Em Pernambuco, foi isto o que ocorreu, dado às idéias republicanas que então vingavam. No entanto, a maioria das Câmaras Provinciais foram favoráveis ao Projeto, que se tornou a Constituição Política do Império, pelo Decreto datado de 11.03.1824 (o ato solene de juramento ocorreu em 25.03.1824).

plebiscito entre as Províncias. Pernambuco (atualmente, um Estado, e terra onde nasci) não a aprovou, e foi desencadeada a Confederação do Equador, ficando ao nosso lado a Paraíba, o Rio Grande do Norte, o Ceará e o Piauí<sup>14</sup>. Entre as suas características de destaque, saliento o previsto em três dos artigos constitucionais:

“Art. 98. **O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política**, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”

“Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: **Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.**”

“Art. 178. *É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.*”<sup>15</sup>

As principais alterações à Constituição de março de 1824 foram:

- a) a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, também chamado de “Acto Adicional”. Aqui, ficou estabelecido que todas as Províncias teriam Assembléias Legislativas Provinciais (art. 1º). Quanto à composição destas Assembléias, ficou disposto que as Províncias de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Minas e São Paulo teriam 36 membros. As províncias do Pará, Maranhão, Ceará, Parahyba, Alagôas e do Rio

<sup>14</sup> Nesta Confederação, ocorreram fortes divergências internas, pois os setores populares apresentavam-se favoráveis à abolição da escravatura, enquanto os proprietários rurais não o eram. O movimento foi sufocado, e foram condenados à morte os seus líderes, entre eles Frei Caneca. A reação ao Texto Constitucional, e a mudança das contingências políticas da época, terminaram por provocar o Ato Adicional de 1834, que conferiu autonomia às Províncias, constituindo as mesmas Assembléias Legislativas Provinciais. Este Ato foi votado pela Câmara dos Deputados, sem a presença dos Senadores, dado que os mesmos não estavam investidos de poderes para alterar a Constituição. Por isto, aos 17.06.1834, decidiram os Deputados que o Senado não deveria participar da Reforma Constitucional. O Senado, embora com algumas reações, concluiu por acatar a decisão.

<sup>15</sup> Estes dispositivos foram extraídos com a redação que lhe foi dada originariamente. Ver CAMPANHOLE, ADRIANO e CAMPANHOLE, HILTON LOBO. Constituições do Brasil (1988, 1969, 1967, 1946, 1937, 1934, 1891, 1824). 10ª ed., São Paulo, Editora Atlas S.A., 1989, ps. 759 e 767-768.

Grande do Sul teriam 28 membros. E as outras províncias teriam 20. Uma Lei Geral poderia alterar esta composição (art. 2º). Também ficou fixado que o Poder Legislativo Geral poderia decretar a organização de uma Segunda Câmara Legislativa para qualquer Província, a pedido da sua Assembléia (art. 3º). A partir deste ato, a doutrina brasileira costuma afirmar que o Brasil passou a ser um Estado unitário descentralizado, em face da concessão de autonomia política às Províncias;

- b) a Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, também chamada de Lei da Interpretação, pois a sua Ementa era a seguinte: “*Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional*”. Aqui, aponta-se um “contra-golpe” do Imperador do Brasil, D. Pedro II, pois esta Lei detém artigos com feitiço centralizador, e colmata o seu texto afirmando no seu último artigo, o art. 8º. Diz o art. 8º: “As Leis Provinciaes que forem oppostas á interpretação dada nos artigos precedentes, não se entendem revogadas pela promulgação desta Lei, sem que expressamente o *sejão* por actos do Poder Legislativo Geral.”

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, embora haja se sujeitado a uma Assembléia, encontrou, na mesma, uma atuação muito tímida, porquanto ela praticamente se limitou a questões formais, com a ressalva da discussão sobre a repartição de rendas entre as unidades da Federação que surgia (ver arts. 7º e ss.).

Aqui, cabe dizer que foi o Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889, que proclamou provisoriamente a República Federativa dos Estados Unidos do Brasil (arts. 1º e 2º). À época, e é o que consta no Decreto, escrevia-se a palavra *Brasil* com **Z** (art. 2º)<sup>16</sup>.

Deste período do início da República brasileira, é possível identificar o americanismo que realmente imperava:

- a) o nome escolhido para o Estado que então se criava – República dos Estados Unidos do Brasil – o que vigorou até 1967, quando se tornou República Federativa do Brasil;

---

<sup>16</sup> Conforme pesquisa nos diversos Anais e Comentários sobre as Constituições brasileiras, parece que a expressão Brasil, com “S”, deveu-se à influência francesa.

- b) a bandeira nacional que foi adotada entre os dias 15 e 19 de novembro de 1889, idêntica à bandeira norte-americana, apenas se substituindo o vermelho e o branco pelo nosso já tradicional verde amarelo. Essa bandeira, idealizada à base da República dos Estados Unidos da América do Norte, foi a mesma que, logo após a Proclamação da República, JOSÉ DO PATROCÍNIO hasteou com sentimento patriótico defronte do edifício onde era confeccionado o Jornal ‘A Cidade do Rio’, de sua propriedade. Entretanto, deve ser feita a ressalva de que a bandeira atual foi criada por TEIXEIRA MENDES, em 19 de novembro de 1889, sob a argumentação de que, naquelas condições, receava-se que o empirismo democrático fizesse adotar para a bandeira nacional uma imitação da dos Estados Unidos da América do Norte, e em obediência às indicações de AUGUSTO COMTE<sup>17</sup>, resolveu-se apresentar a BENJAMIM CONSTANT um projeto que ele haveria aceito sem hesitação. O intuito era o de evitar que se institísse um símbolo nacional com o duplo inconveniente de fazer crer em uma filiação que não existe entre os dois povos, e de conduzir a uma imitação servil daquela República;
- c) uma exceção à adoção das regras constitucionais norte-americanas foi a restrição legislativa imposta aos Estados-membros da Federação. A despeito da centralização de poderes nos termos da Constituição de 1891, os Estados possuíam capacidade própria para legislar, mas somente em áreas periféricas do direito, estando as matérias básicas – direito civil, comercial, penal, etc. – sob a responsabilidade do Congresso Nacional.

Enfim, a realidade norte-americana não era compatível com a nossa; inclusive em face do distanciamento existente entre as antigas Províncias brasileiras e o modelo inicial de Confederação adotado pelos Estados Unidos da América do Norte.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Talvez, PLATÃO haja sido uma espécie de precursor de AUGUSTO COMTE, acreditando que os melhores e mais aptos podiam governar bem. O problema político estaria em educar e selecionar os melhores para governar. Falava em reis-filósofos, matemáticos-filósofos, achando que a solução estaria em tirar as crianças *do meio pervertido*, levando-as para o campo. Educação generalizada para todos, para daí desabrocharem os talentos.

<sup>18</sup> Vide A Constituição do Brasil de 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada – Price Waterhouse – Departamento de Assessoria Tributária. São Paulo. Price Waterhouse, 1988, p. 44.

As principais modificações promovidas, nesta Constituição, foram feitas aos 07.09.1926, e eram quatro: ampliação das hipóteses de intervenção federal (art. 6º); proibição das chamadas leis rabilongas, ficando desautorizado que, nas leis de orçamento, constassem disposições estranhas à previsão da receita e da despesa fixada para os serviços anteriormente criados (art. 34, § 1º e alíneas); a instituição do veto parcial (art. 37, § 1º) e a limitação do habeas-corpus ao resguardo da liberdade de locomoção (art. 72, § 22).

Com a limitação do habeas-corpus, que, com a Reforma de setembro de 1926, voltou às suas fronteiras clássicas, porquanto restrito à defesa do direito de locomoção, terminou-se por criar um hiato no ordenamento jurídico brasileiro, pois os demais direitos pessoais passaram a se situar em um espaço vazio, não dispondo de uma medida procedimental pronta e eficaz.

Naturalmente, as discussões sobre o assunto terminaram por atingir o Supremo Tribunal Federal.

Os juristas foram buscar amparo nas ações possessórias, e, por meio delas, a construção jurisprudencial assegurava os demais direitos pessoais não amparados por habeas-corpus.

Assim, a Constituição de 1934 trouxe o mandado de segurança como o instrumento apto para defender aqueles direitos que não estivessem amparados pelo habeas-corpus.

No entanto, a Constituição de 1937 não previu o mandado de segurança, cabendo à Jurisprudência esforçar-se na sua tarefa de interpretação, defendendo o entendimento de que a Lei nº 191, que regulamentava o mandado de segurança disciplinado em 1934, continuava em vigor.

Na Constituição de 1946, retornou a previsão expressa do mandado de segurança.<sup>19</sup>

Sobre a Constituição de 16 de julho de 1934<sup>20</sup>, destaco, entre os seus pontos principais: a instituição constitucional do voto feminino (art. 108); a instituição constitucional do mandado de segurança, que aparecia como instrumento hábil a defender direitos certos e incontestáveis<sup>21</sup> - o processo a ser adotado

---

<sup>19</sup> Ver TEMER, MICHEL. Elementos de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1990, ps. 184-185.

<sup>20</sup> Aqui, a palavra Brasil já vinha grafada com S.

<sup>21</sup> A expressão direito incontestável provocou muita polêmica nos meios jurídicos, cabendo à jurisprudência nacional fixar os limites do termo.

seria o mesmo do habeas corpus, seguindo a previsão do art. 113, 33; e, finalmente, a criação da Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63, al. “d” e arts. 82 e ss.)<sup>22</sup>.

Uma referência à parte cabe fazer às suas Disposições Transitórias. Particularmente, ao art. 18, que dizia:

*“Art. 18. Ficam aprovados os actos do Governo Provisorio, dos interventores federaes nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciaria dos mesmos actos e dos seus efeitos.”*

Sobre isto, a opinião que predominou foi a de que o decreto de instituição do Governo Provisório era uma lei constitucional, outorgada por um poder de fato, servindo como uma Constituição Provisória, que foi reconhecida posteriormente pelo Texto Constitucional de 1934.

A Constituição de 16 de julho 1934 durou muito pouco, pois, já em 10 de novembro de 1937, fez-se surgir a *‘polaca’*. Ela previa a realização de um plebiscito para legitimá-la (arts. 175 e 187)<sup>23</sup>, o que, naturalmente, não ocorreu, ficando o mandamento apenas como uma estratégia idealizada pelo chamado *“Chico Ciência”* (o jurista Francisco Campos)<sup>24</sup>. Esta Constituição teve como principal diretriz o fortalecimento do Poder Executivo. Ela também foi conhecida pela ênfase que deu às matérias trabalhistas. É de receber especial atenção o seu art. 174, que tratava *“DAS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO”*. Ele diz:

*“Art. 174. A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República, ou da Câmara dos Deputados. § 1º. O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco, por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras.*

---

<sup>22</sup> Ver SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1995, ps. 83 e ss.

<sup>23</sup> Dizia o art. 187, o último da Constituição de 1937: *“Art. 187. Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.”*

<sup>24</sup> No Brasil, atribuem a denominação *Chico Ciência* ao jurista Francisco Campos, pela sua engenhosidade de transformar atos da ditadura em fórmulas legais.

§ 2º. O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige, para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara.

§ 3º. O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, quando de iniciativa da Câmara dos Deputados, uma vez aprovado mediante o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara, será enviado ao Presidente da República. Êste, dentro do prazo de trinta dias, poderá devolver à Câmara dos Deputados o projeto, pedindo que o mesmo seja submetido a nova tramitação por ambas as Câmaras. A nova tramitação só poderá efetuar-se no curso da legislatura seguinte.

§ 4º. No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe fôr favorável o plebiscito.”

Disto tudo se conclui que a Constituição do Brasil de novembro de 1937 era flexível, alterável por maioria ordinária. No entanto, a chamada Constituição do “Estado Novo”, que centraliza o poder político e reduz os sindicatos a instrumentos do Estado sem qualquer representatividade política, extingue os partidos políticos e suprime, drasticamente, a participação do Legislativo nas decisões governamentais; além de enfraquecer o sistema federativo. Isto tudo não impede que, em fevereiro de 1945, o General Góes Monteiro<sup>25</sup> declare-se, publicamente, a favor das eleições e da anistia para os presos políticos.

É bem verdade que o Presidente Getúlio Vargas, buscando motivar um movimento em seu favor (o *queremismo*), chegou a elaborar algumas leis baixando o custo de vida dos brasileiros e diminuindo a presença, no Brasil, de grandes empresas estrangeiras. Mas isto não foi o suficiente, pois quando o Presidente Getúlio Vargas, pretendendo medir o seu prestígio, nomeou para o

---

<sup>25</sup> Foi o à época Coronel Góes Monteiro, chefe do Estado Maior de Getúlio Vargas, que condicionou a Junta Militar, que se havia instalado em 24 de outubro de 1930 (que ocupou o poder após a deposição do Presidente Washington Luiz – o último da chamada República Velha), a permitir que Getúlio assumisse a Presidência. Se assim não se fizesse, ameaçava avançar com os seus homens com destino ao Rio de Janeiro. Foi assim que Getúlio passou a ser o Chefe do Governo Provisório.

cargo de chefe de polícia do Distrito Federal, em lugar de João Alberto, o seu irmão Benjamin Vargas, não consultando nenhum alto oficial, terminou por ter o Ministro da Guerra (o General Góes Monteiro) a exigir que o Presidente exonerasse o seu irmão, no que não foi atendido. Contrariado, o Ministro da Guerra cercou com as suas tropas o Palácio Presidencial, em 29 de outubro de 1945, deflagrando o golpe contra o Presidente, destituindo-o do seu cargo. Getúlio foi deposto, embora a Constituição lhe fosse flexível.

Ainda sobre o período da Constituição de 1937, parece comum a citação da chamada Lei Orgânica dos Estados (Decreto-Lei nº 1.202, de 08 de abril de 1939), pois, como já foi dito anteriormente, neste período, o federalismo, no Brasil, enfraqueceu-se extremamente, surgindo a figura dos Interventores, que eram os antigos Governadores dos Estados confirmados pelo Presidente; ou, acaso o Governador do respectivo Estado não fosse confirmado, caberia ao Presidente promover a intervenção federal, decretando-a (art. 176, da Constituição de 1937).

Depois, veio a Constituição de 18 de setembro de 1946, a última dos chamados Estados Unidos do Brasil, que marca o fim do Estado Novo. Esta Constituição acolhia a idéia da Reforma Agrária, embora somente como um compromisso programático, pois o seu Texto preconizava a promoção da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. A matéria era recomendada ao Congresso Nacional, de modo que este legislasse sobre o assunto. Dizia o art. 147, desta Constituição:

“Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16<sup>26</sup>, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

<sup>26</sup> “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”. Este dispositivo sofreu alteração decorrente da Emenda Constitucional nº 10, de 09 de novembro de 1964, passando-se a excetuar a indenização em dinheiro para o caso de desapropriação da propriedade territorial rural, onde estava autorizada a indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo os índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinqüenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

Outro destaque desta Constituição era a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e formas da lei. A regulamentação não veio, e a matéria ficou apenas no papel.

No período de vigência desta Constituição, Getúlio Vargas voltou ao poder, tomando posse, como Presidente, em 31 de janeiro de 1951. É neste período que se estabelece o monopólio estatal da exploração petrolífera (L. nº 2004, promulgada em 03 de outubro de 1953) e se encaminha a mensagem da criação da Eletrobrás, com o objetivo de uma nacionalização efetiva do domínio da energia elétrica. Quanto à remessa de lucros, demonstrou-se como, entre 1939 e 1953, a entrada de capitais privados alcançou apenas 1,9 bilhão de cruzeiros, contra 17,2 bilhões de cruzeiros de remessas para o exterior.<sup>27</sup>

Todas estas questões acirram a oposição a Vargas, com ressonância na imprensa e nos meios políticos (assembléias). Em 22 de agosto de 1954, vinte e dois brigadeiros pronunciam-se publicamente exigindo a renúncia de Vargas. Vargas não renuncia, e, na madrugada de 24 de agosto de 1954, surge a notícia do seu suicídio. Um tiro no coração.

Vargas deixa uma carta-testamento, onde fala:

“Lutei contra a espoliação do Brasil. Lutei contra a espoliação do povo. Tenho lutado de peito aberto. O ódio, as infâmias, a calúnia não abateram meu ânimo. Eu vos dei a minha vida. Agora, ofereço a minha morte. Nada receio. Serenamente dou o primeiro passo no caminho da eternidade, e saio da vida para entrar na História.”

Como se vê, o Brasil não tem apenas riquezas naturais, grande extensão, uma enorme população, um PIB que o deixa entre os maiores Países do mundo. O Brasil também tem história. E qualquer análise jurídica sobre o Brasil não pode desconhecê-la.

Ainda sobre a Constituição de setembro de 1946, cabe grafar as suas principais alterações. São as seguintes:

- a) a Emenda Constitucional nº 04, de 02 de setembro de 1961, que instituiu o Sistema Parlamentar de Governo, e foi revogada pela Emenda nº 06, de 23 de janeiro de 1963, que restabeleceu o sistema presidencial;

---

<sup>27</sup> Ver A Constituição do Brasil 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada – Price Waterhouse, p. 85, ob. cit.

- b) a Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, que criou a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 2º, que alterou o art. 101, e instituiu este procedimento na alínea “K”);
  
- c) a Emenda Constitucional nº 18, de 06 de dezembro de 1965, que instituiu um sistema tributário nacional, recebendo destaque a atribuição dos impostos regulatórios externos (imposto sobre a importação de produtos estrangeiros e sobre a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados – art. 7º) à União; a atribuição à União do imposto sobre produtos industrializados, em substituição ao antigo imposto sobre o consumo (art. 11, “caput”); a atribuição aos Estados do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por comerciantes, industriais e produtores, em substituição ao antigo imposto sobre vendas e consignações (art. 12); e a atribuição aos Municípios do imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados, em substituição ao antigo imposto sobre indústrias e profissões (art. 15);
  
- d) o Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, retificado em 12 de dezembro do mesmo ano. Por ele, o Congresso Nacional foi convocado a se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. O objeto da convocação extraordinária era a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. (art. 1º, “caput” e § 1º)

Pois bem, foi este Ato Institucional<sup>28</sup> - transformou o Congresso Nacional em Poder Constituinte, que fez surgir a Constituição do Brasil de 24 de janeiro

---

<sup>28</sup> O Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, entre 12 de dezembro de 1966 até 24 de janeiro de 1967, devendo discutir, votar e promulgar o Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Este Projeto, cuja confecção foi coordenada pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, e pelo Presidente Castelo Branco, contou com a participação de juristas ilustres, como Orozimbo Nonato, Themístocles Brandão Cavalcanti e Miguel Seabra Fagundes. Sendo assim, é discutível se falar em promulgação ou em outorga, pois se estaria diante de uma situação intermediária.

de 1967. A Constituição de um Congresso mutilado, nas palavras de PAULO BONAVIDES<sup>29</sup>.

#### **ATOS INSTITUCIONAIS E ATOS COMPLEMENTARES**

No Brasil, durante o regime da Constituição de 18 de setembro de 1946, foram expedidos quatro (4) Atos Institucionais.

Dou destaque para o Ato Institucional nº 01, de 10.04.1964 (republicado em 11.04.1964, por ter saído com incorreções). Nele, os Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome do que a **Exposição de Motivos** deste Ato chamou de “autêntica revolução”, manteve a Constituição de 1946, ampliando os poderes do Presidente da República. Disse, também, que “a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional” a sua legitimidade.

Assim, defendia-se não haver radicalizado, pois se estava resolvendo manter o Congresso Nacional com as reservas de poderes nele (AI-1) fixadas.

A justificativa que se dava era a da “restauração da ordem interna e do prestígio internacional”, tomando as “urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista.”

Enfim: “a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, legitima-se por si mesma.”

É o que dizia, na Ementa “À Nação”, pois assim começavam os três primeiros Atos Institucionais<sup>30</sup>. Eles *esclareciam* que a *revolução* estava em movimento, ou, como proclamava o Ato Institucional nº 02, de 05.11.65 (também republicado por ter saído com incorreções): “Não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará. Assim, o seu Poder Constituinte não se exauriu (...)”.

No Ato nº 02/65, dizia-se no art. 14: “Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a do exercício em funções por tempo certo.” E, no art. 15: “No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá

---

<sup>29</sup> BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 427.

<sup>30</sup> O Ato Institucional nº 02 e o nº 03 já foram resumidos, anteriormente, quanto às suas motivações.

suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais.”

Quanto ao Ato Institucional nº 04, de 07.12.1966 (também retificado), já ficou salientado que ele convocou o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República (art. 1º, “caput” e § 1º).

Veio a Constituição de 1967.

Na Constituição de 24 de janeiro de 1967, computando-se os quatro Atos já existentes, chegou-se aos dezessete (17) Atos Institucionais e quarenta (40) Atos Complementares. Entre os Atos Institucionais, ainda merece destaque o AI-5, de 13.12.1968.

A origem deste Ato deveu-se ao seguinte fato.

O Deputado MÁRCIO MOREIRA ALVES, protestando, na Câmara dos Deputados, contra a violência policial e o regime militar, sugeriu o boicote ao desfile da Independência, de sete de setembro.

Este discurso provocou uma enorme irritação nas Forças Armadas.

Por isto, o Governo pediu licença ao Congresso para processar o Deputado.

O Congresso negou. Aos doze de dezembro, o Plenário rejeitou a solicitação do Governo.

A reação foi drástica. Expediu-se o AI-5.

O Ato Institucional nº 05/68, além de autorizar os Atos Complementares, no art. 9º, com o objetivo de instrumentalizar a execução das suas medidas e de defender a *revolução* com medidas de estado de sítio (art. 152, § 2º, da Constituição de janeiro de 1967), estabeleceu que o Presidente da República, quando julgasse conveniente, poderia decretar o recesso parlamentar, ficando, neste período, “autorizado a legislar em todas as matérias” (art. 2º, “caput” e § 1º).

Manteve, ainda, a possibilidade de suspensão dos direitos políticos, sem a necessidade de atender às limitações constitucionais (art. 4º); suspendeu as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (art. 6º); suspendeu o habeas-corpus em casos de crimes políticos (art. 10); excluiu de qualquer apreciação judicial a si próprio (AI-5) e aos Atos Complementares que dele decorressem etc.

Como se vê, a Constituição de janeiro de 1967, acaso tenha sido feita com o objetivo de, gradualmente, normalizar a ordem jurídica no Brasil, não teve o seu objetivo confirmado na prática.

A idéia de elaborá-la, ao que parece, decorreu do fato do grande número de Atos Institucionais e de Emendas Constitucionais editadas após o movimento de 1964.

Sobre isto, disse PAULO BONAVIDES: *“E o caminho escolhido pelos militares não poderia ter sido outro que o da centralização e fortalecimento do Poder Executivo. O período de abril de 64 a dezembro de 66 registra nada menos do que a edição de quatro atos institucionais e quinze emendas constitucionais. Entre essas últimas, estão as que determinavam reformas nos Poderes Legislativo e Judiciário, no sistema financeiro e ainda no campo tributário.”*<sup>31</sup>

A rigor, como foi possível observar, não se pode dizer, ao certo, se ela foi outorgada ou promulgada, tendo um caráter semi-autoritário.

Afinal, o Congresso foi convocado para se reunir extraordinariamente, discuti-la e votá-la. O rígido calendário, previamente estabelecido, foi cumprido rigorosamente.

Veja-se. O Projeto foi enviado pelo Governo, chegando ao Congresso Nacional em 12.12.1966. A Carta foi promulgada em 24.01.67.

As formalidades foram cumpridas.

PONTES DE MIRANDA, ao comentar a Carta de 1967, disse: *“Na Constituição de 1967, há mais subservidão do que revolucionariedade.”*<sup>32</sup> E arremata: *“o Ato Institucional de 1964 foi erro grave na história do Brasil e produziu os outros erros, em outros atos institucionais.”*

Esperava-se que, pelo menos, cessassem os Atos Institucionais. Mas não cessaram.

Daí o caráter também psicológico do AI-5.

Ele liquidou com as esperanças de democratização.

Quanto à Emenda nº 01, de 17 de outubro de 1969, até hoje ainda se discute se foi mesmo uma nova Constituição.

Isto acontece, ao meu ver, por dois motivos, a saber:

- a) em face da procura de legitimidade constitucional do governo à época instituído, que ainda pretendia o reconhecimento da Carta de 1967, que teve origem híbrida;

---

<sup>31</sup> BONAVIDES, PAULO e ANDRADE, PAES DE. História Constitucional do Brasil 3ª ed. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra. 1991, p. 429.

<sup>32</sup> MIRANDA, PONTES DE. Comentários à Constituição de 1967 – Tomo I. Editora Forense. 1987.

- b) dado às grandes modificações que provocou no regime jurídico constitucional.

Na verdade, uma Junta de Ministros militares a outorgou em 17.10.1969, havendo ela tratado de adaptar os vários Atos Institucionais e Complementares, fortalecendo o Poder Executivo, que, na época, justificava-se com o pretexto de que aquilo era uma tendência universal.

A sociedade protestava como podia, mas a concentração autoritária de poder respondeu com a repressão e com a censura à liberdade de expressão, de reunião, de imprensa, etc.

Uma das reações mais marcantes ao autoritarismo ocorreu no Estado de Pernambuco, com o lançamento da Carta do Recife, em 1971, por um grupo progressista do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que tentava fazer oposição ao regime.

Neste documento, pretendia-se uma Assembléia Nacional Constituinte, o que só veio a ocorrer anos depois, em 1986.

No entanto, foi em abril de 1984 que se iniciou, em São Paulo, uma grande campanha de rua exigindo as eleições diretas em todos os níveis. Esta campanha teve o nome “Diretas, já”.

O produto da mobilização foi a eleição indireta de TANCREDO NEVES por um Colégio eleitoral, que era repudiado pela opinião pública.

A posse não veio. O Presidente eleito morreu.

Surgiram as divergências de interpretação sobre quem deveria assumir. Se o Presidente da Câmara, Deputado ULYSSES GUIMARÃES, ou o Vice-Presidente eleito, o Senador JOSÉ SARNEY. Tornou-se Presidente o segundo, em 1985.

Ainda sobre a Constituição que antecedeu a de 1988, falava-se que era uma “colcha de retalhos”, dado que foi atingida por 27 (vinte e sete) Emendas. A 26ª foi para instalar a Assembléia Constituinte que elaborou a atual Constituição<sup>33</sup>. A 27ª, de 02 de dezembro de 1985, dispôs, sobretudo, quanto à repartição de receitas entre as pessoas políticas que compunham a Federação brasileira (União, Estados-membros, e, também, os Municípios).

---

<sup>33</sup> A Emenda Constitucional nº 26, de novembro de 1985, convocou a Assembléia Nacional Constituinte (art. 2º), além de conceder anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. Também concedeu anistia aos autores de crimes políticos ou conexos e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis (art. 4º).

Compreendidas no período histórico da Constituição que precedeu a atual no Brasil, destaco duas Emendas, a saber:

- a) a Emenda Constitucional nº 08, de 14 de abril de 1977, o chamado “Pacote de Abril”, que, entre outros dispositivos, fez surgir a figura dos denominados Senadores “biônicos”, pois previa, no § 2º, do art. 41, que o preenchimento de um cargo, entre os três destinados aos Senadores de cada Estado, deveria ser feito mediante eleição indireta, por um Colégio Eleitoral. Este Colégio era composto por membros das Assembléias Legislativas estaduais e de delegados das Câmaras municipais do respectivo Estado a ser representado;
- b) a Emenda Constitucional nº 15, de 21 de novembro de 1980, que restabeleceu o sistema de voto direto nas eleições para Governador de Estado e para Senador da República (art. 41, “caput”, com a redação da Emenda).

A atual Constituição do Brasil é a de 05 de outubro de 1988, e, considerando as Reformas Administrativa e Previdenciária (Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998 e Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, respectivamente – duas entre as mais extensas), já atingiu as 38 (trinta e oito) Emendas, computando-se, neste universo, as Emendas Constitucionais nºs. 21 e 22, ambas de 18 de março de 1999, a de nº 24, de 09 de dezembro de 1999, a de nº 31, de 14 de dezembro de 2000 e a de nº 32, de 11 de setembro de 2001, que, embora de menor extensão, tratam, respectivamente, de assuntos importantes, como: o reforço para o custeio da previdência social, mediante a prorrogação da Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira (CPMF); a possibilidade de criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal; a criação do Ministério da Defesa, retirando a condição de Ministros dos Comandantes militares (Exército, Marinha e Aeronáutica); sobre a criação de um Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza e confere uma nova regulamentação constitucional para as medidas provisórias brasileiras.

Além destas, há a Reforma Tributária, a do Poder Judiciário, a da instituição de um sub-teto para a remuneração dos servidores públicos estaduais, distritais e municipais etc.

Um verdadeiro *desmonte constitucional*.

De fato, a Constituição de outubro de 1988, em face de não haver partido de um projeto padrão, permitiu o acolhimento de propostas as mais variadas, cabendo às Subcomissões temáticas tentar conferir um mínimo de unidade ao que se fazia. Depois, com a Comissão de Sistematização, lançou-se na difícil tarefa de conferir unidade a algo que efetivamente não possuía, até porque pretendia-se um sistema de governo parlamentar, e foi votado o presidencialismo, inclusive no plebiscito previsto no art. 2º, das Disposições Transitórias.

Além do mais, vários foram os dispositivos que, embora promulgados, tinham contra si forte oposição, especialmente aqueles que envolviam matéria econômica e financeira.

Apenas para exemplificar o que digo, assinalo a Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, que terminou por fazer uma série de modificações no Texto Constitucional, entre elas:

- a) eliminou a figura da empresa brasileira e da empresa brasileira de capital nacional (art. 170, inc. IX e art. 171)<sup>34</sup>. De fato, o que, particularmente, o art. 171 pretendia era que fossem conferidas proteções e benefícios especiais, no campo da defesa nacional e em áreas de especial interesse para o desenvolvimento nacional (tecnologia por exemplo), a empresas que ficassem sobre o **controle efetivo** de pessoas radicadas no Brasil;

<sup>34</sup> Diziam os artigos eliminados: “Art. 170. (o “caput” foi mantido) A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.” Era o texto do art. 171: “Art. 171. São consideradas: I- empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II- empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em carácter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I- conceder protecção e benefícios especiais temporários para desenvolver actividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País.

II- estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas das empresas, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia,

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.” Todo este artigo 171 foi eliminado do Texto Constitucional pela Emenda nº 06, de 15 de agosto de 1995.

- b) interferiu na pesquisa e na lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica, pois substituiu do § 1º, do art. 176 a expressão “empresa brasileira de capital nacional” por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”;
- c) interferiu no monopólio da União sobre o petróleo e o gás natural, pois autorizou a mesma a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de pesquisa e lavra das jazidas, refinação e transporte do petróleo etc., conforme dispôs na nova redação do § 1º, do art. 177. Apenas a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados ficaram sob o monopólio da União, sem a possibilidade de a mesma contratar estas atividades com empresas estatais ou privadas; isto por força da exclusão do referenciado §1º.

Com a Emenda nº 07, também de 15 de agosto de 1995, não foi diferente, pois alterou o art. 178, chegando a modificar a regra geral de que a navegação de cabotagem e a interior seriam privativas de embarcações nacionais, porquanto, no Parágrafo Único do mesmo artigo, assinalou: *‘Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.’* No texto reformado, havia a taxatividade de que a navegação de cabotagem e a interior eram privativas de embarcações nacionais, apenas com a ressalva de casos de **necessidade pública**, segundo o que dispusesse a lei.

Ainda no campo da ordem econômica, cabe destacar que a Emenda nº 08, de 15 de agosto de 1995, tratou de ampliar as possibilidades de o setor privado vir a explorar os serviços de telecomunicações, pois, entre outras novidades, nada vem dizendo sobre a necessidade de controle acionário estatal.<sup>35</sup> (art. 21, inc. XI e XII, al. “a”)

<sup>35</sup> O Texto original tinha a seguinte redação: *“Compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados, e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado, através da rede pública de telecomunicações explorada pela União e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.”* O atual Texto prevê: *“Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;”*

É bem possível que se diga que tudo isto vai no caminho de que o mundo está a exigir que o Estado diminua de tamanho, dado que a burocracia oficial não se apresenta como a base para se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I, da Constituição do Brasil), o que é um dos objetivos fundamentais da República. Após 1988, caiu o muro de Berlim, e isto simbolicamente permitiria a mais ampla abertura ao capital privado.

Pode ser que nisto haja razão, mas, nos setores onde a lucratividade não se apresente, será necessária a atuação do Estado, sob pena de nem o Estado nem o capital privado virem a atendê-los. Ou, dito de outro modo: quando a atividade for lucrativa, cabe às empresas particulares tirarem o proveito; quando não for, caberá ao Estado arcar com o prejuízo. Parece que esta não pode ser a interpretação a se atribuir ao art. 173, “caput”, da Constituição do Brasil<sup>36</sup>, que predica que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da *segurança nacional* ou ao *relevante interesse coletivo*. Afinal, não pode caber a alguém apenas o que dá prejuízo; não sendo razoável admitir que se retire como compatível com o interesse coletivo esta consequência hermenêutica.

Em verdade, no trecho constitucional referente à ordem econômica foram tais as modificações e a pressa com que elas foram feitas que até se redundou por provocar um artigo que não possui nenhum texto. É, como foi visto, a situação do art. 171, da Constituição do Brasil, que, ao seu lado, tem apenas o seguinte registro: “Revogado pela Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995.”

Mais (repita-se): as Emendas nºs. 06 e 07, que têm a mesma data (15 de agosto de 1995), aprovaram, cada uma delas, o mesmo artigo constitucional.

<sup>36</sup> Constituição do Brasil: “Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos **imperativos da segurança nacional** ou a **relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.*

(Este parágrafo vai com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998) § 1º *A lei estabelecerá o **estatuto jurídico** da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

I- sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III- licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV- a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V- os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

Acredite se quiser. O art. 246, da Constituição do Brasil foi aprovado duas vezes, e com idêntico teor, tal a desatenção que vem merecendo a Constituição no Brasil. Algo bastante semelhante, mas ainda pior, do que adotar uma Constituição por um dia. No caso, sequer se procurou saber que o artigo já havia sido aprovado.

Dizia o art. 246:

*“Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.”<sup>37</sup>*

Diante deste dispositivo, e analisando um tributo que, no Brasil, é chamado de contribuição social do salário-educação, escrevi um artigo que terminava afirmando:

1. se a Constituição chegou ao exagero de ver aprovado um mesmo artigo duas vezes, também, entre as suas matérias, há aquelas que vêm repetidas em mais de um artigo, como é o caso do princípio da igualdade e da segurança jurídica<sup>38</sup> e a garantia da irretroatividade da lei menos benéfica etc. Ora, se um destes dispositivos vier a ser alterado por Emenda, e os outros não o forem, poderiam estes últimos servirem

<sup>37</sup> É a nova redação deste artigo, conferida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001: “*É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta Emenda, inclusive.*”

<sup>38</sup> Quanto à segurança, destinei um Capítulo para falar sobre a Constituição de 1988 e o termo *segurança*. Sobre a isonomia, reproduzo o que falei em minha publicação, apresentando algumas das oportunidades em que a Constituição do Brasil a ela se refere:

Art. 5º, “caput”: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” Ainda no “caput” deste artigo, tem-se a inviolabilidade do “*direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.*” No inc. I, do mesmo artigo, diz-se: “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.*” No art. 226, § 5º, vem disposto: “*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.*” No art. 150, inc. I, diz-se que é vedado às pessoas políticas “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*”, não sendo outra coisa o que diz o art. 145, § 1º, quando trata da capacidade econômica do contribuinte.

Quanto à redução das desigualdades entre as regiões, pode-se, ao menos, citar-se os arts. 3º, inc. III; 151, inc. I; 165, § 7º e 170, inc. VII.

Sobre o princípio da irretroatividade, é o mesmo que ocorre, conforme se retira dos arts. 5º, “caput” (segurança jurídica); 5º, inc. XXXVI (“*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”); 150, inc. III, al. “a” (“*é vedado às pessoas políticas cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*”).

de fundamento de validade para novas medidas provisórias, posteriores a 1995 ?

2. se um artigo alterado por Emenda tratasse, originalmente, de dois ou mais assuntos, e apenas um houvesse sofrido alteração, estaria o outro impossibilitado de vir a ser regulado por meio de medida provisória, mesmo estando manifestamente presentes os requisitos constitucionais para a sua edição: relevância e urgência (art. 62, da Constituição do Brasil)?<sup>39</sup>

Quanto ao primeiro argumento, é possível que se diga que tanto a isonomia, quanto a segurança jurídica, como também a garantia da irretroatividade da lei menos benéfica, estão, todos eles, sob o manto da intangibilidade constitucional (art. 60, § 4º, da Constituição do Brasil)<sup>40</sup>. No entanto, cabe sopesar que nada é mais fundamental, nos tempos modernos, do que a educação de um povo, e, entre os direitos e garantias individuais, é obrigatória a presença da educação.

Assim, reconhecida esta como um direito de todos e um dever do Estado (arts. 205 e ss.) - o que é fortalecido pelo fato de que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou mesmo a sua oferta irregular, detém como consequência, prevista na Constituição, a responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º) – é preciso que, na interpretação dos seus predicamentos constitucionais, não se esqueça de que a cidadania se constrói com a

<sup>39</sup> Constituição do Brasil: “Art. 62. *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*” (Texto originário). Vide o Título “*De 2.001 em diante*”, onde analiso a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que confere nova regulamentação às medidas provisórias brasileiras.

<sup>40</sup> Constituição do Brasil: “Art. 60 (...) § 4º. *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*  
I- a forma federativa de Estado;  
II- o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III- a separação dos Poderes;  
IV- os direitos e garantias fundamentais.”

melhoria da qualidade de ensino e com a universalização do atendimento escolar (ver arts. 205 e ss, da Constituição do Brasil)<sup>41</sup>.

Não se pense que a questão que agora apresento só tenha importância teórica. Veja-se.

A contribuição social do salário-educação vem disciplinada no art. 212, § 5º, que foi alterado em 1996, pela Emenda nº 14, de 12 de setembro de 1996, que lhe retirou a expressão: “que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes”, embora a remissão feita à lei disciplinadora pudesse vir a restabelecer a regulamentação neste mesmo sentido.

Ora, embora não de maneira especial, é sabido que o art. 149, da vigente Constituição do Brasil<sup>42</sup>, trata das contribuições especiais; e, entre elas, está as sociais.

<sup>41</sup> Constituição do Brasil. Por exemplo: “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º. A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito de cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º. Para efeito do cumprimento do disposto no caput deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213 (**escolas públicas, comunitárias, confessionais ou filantrópicas**).

§ 3º. A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º. Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. (**a L. nº 8.913, de 12 de julho de 1994, dispõe sobre a municipalização da merenda escolar**).

§ 5º. O ensino fundamental terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação recolhida, pelas empresas, na forma da lei.”

<sup>42</sup> Constituição do Brasil: “Art. 149. *Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III (exigência de lei complementar para o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, e 150, I e III (princípio da legalidade estrita ou da tipicidade cerrada e princípios da irretroatividade e anterioridade, com a ressalva de que para as contribuições em favor da seguridade social a anterioridade é nonagesimal), e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*

Parágrafo Único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”

Diz o art. 195, § 6º, Constituição do Brasil: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade, que impede às pessoas físicas cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;).”

Abstraindo a existência de outros defeitos apontados nesta contribuição social, cabe perquirir se este pode ser visto como mais um.

Particularmente, isto me faz lembrar um chavão tantas vezes repetido no Brasil: “quando não se quer, qualquer desculpa serve.”

Feita esta análise panorâmica da história do Estado e do direito constitucional brasileiro, passo a um maior detalhamento na área fiscal quanto àquilo que de mais importante passou pelo Brasil desde o descobrimento.

Antes disto, vale a referência sobre o que venha a ser “*tributo*” de acordo com o direito positivo nacional.

Tal como muitas definições são positivadas, o mesmo ocorre com o “*tributo*”.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988 remete à lei complementar a tarefa de definir “*os tributos e suas espécies*” (art. 146, inc. III, al. “a”)<sup>43</sup>.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/25.10.1966) define o que seja o tributo, dizendo no seu art. 3º: “*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.*”

Em suma, a idéia do conceito de tributo é pertencente ao direito positivo, não sendo uma questão de lógica jurídica ou universal. Varia com a história.

Dentro desta perspectiva, é que se torna preciso considerar que as contribuições extraídas da história não são antecedentes perfeitos das exações atuais.

De fato, muitas vezes, as comparações, inclusive as históricas, são perigosas.

Etmologicamente, contudo, a expressão *tributo* deriva do latim, *tributum*, particípio passado do verbo *tribuere*, e tem, dentre outras acepções, a de dividir ou repartir entre as tribos. Daí a idéia de carga pública repartida entre as tribos.

---

<sup>43</sup> Constituição de outubro de 1988. “Art. 146. *Cabe à lei complementar: (...) III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (...)*”.

No caso do Brasil colônia<sup>44</sup>, é fundamental inserir esta noção de acordo com:

- a) o direito geral português, que valia para todo o reino;
- b) o direito expresso por uma legislação específica, ou colonial geral;
- c) o direito especial formulado para o Brasil. Foi o caso das minas e dos índios;
- d) o direito emanado pela própria colônia (os forais<sup>45</sup> e os regimentos permitiam aos governadores, limitadamente, complementarem as leis da metrópole. Também as câmaras ou os senados das câmaras das vilas e cidades formulavam leis, pretendendo atender às necessidades da administração municipal);
- e) o direito consuetudinário, derivado dos usos e costumes locais, inclusive dos índios autóctones.

Em suma, o direito colonial era diferente daquele em vigor na metrópole. Mas, creio que já na fase inicial da Colônia, ainda no princípio da exploração do pau-brasil, adveio a cobrança do “*quinto do pau-brasil*”, uma espécie de primeira exação fiscal nas terras brasileiras.

Cabe observar que o período do Brasil colônia não conheceu muitos tributos tradicionais em Portugal, como os foros de julgada, a fossadeira, o relego, as portagens, as açougagens, o montado e a coima, etc.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> A Capitulação do Mar Oceano, conhecida como o Tratado de Tordesilhas (07.06.1494), determinava que, caso a Espanha descobrisse novas terras a oeste até 20 de junho de 1494, a linha passaria a 250 léguas de Cabo Verde. Caso contrário, tal como ocorreu, passaria a 370 léguas. Contra isto, o Rei FRANCISCO I, da França, contraditava, dizendo que não encontrava, no testamento de Adão, poderes conferidos ao Papa, ALEXANDRE VI, para dividir o mundo entre Portugal e Espanha (Castela, Leão, Aragão e Granada). Este é, provavelmente, o primeiro diploma legal afetando o Brasil. A Bula do Papa JÚLIO II, de 24 de janeiro de 1506, confirmou ao Rei MANUEL I, enquanto grão-mestre da Ordem de Cristo e soberano de Portugal, os direitos sobre o Brasil, conforme o referido Tratado. Esta Bula foi novamente confirmada por outra, do Papa LEÃO X, isto sem que deixassem de existir restrições das demais potências européias.

<sup>45</sup> Os forais são, às vezes, considerados autênticos Códigos tributários.

<sup>46</sup> A título de esclarecimento: (1) foros de julgada – recaía em terras lavradas, às vezes pagos em pão (trigo); (2) fossadeira – eram pagos pelos que eram obrigados a ir com o rei ao fossado, e, também, era o nome dado à terra que estava obrigada àquele tributo; (3) relego – privilégio que gozavam os servidores de algumas terras para venderem o seu vinho sem concorrência; (4) portagens – correspondia aos direitos de barreira, e era pago por cargas ou passagem. Uma espécie de pedágio; (5) açougagem – pago por ter açougue, não só pela venda de carne, mas também pão, hortaliça, etc.; montado (6) – expressava o tributo pago aos donos dos terrenos que serviam para a engorda dos porcos; (7) coima – pena pecuniária incidente contra o que se apoderava de pequenos valores de propriedade alheia ou ao dono de animais que pastavam indevidamente em propriedade de outrem. Uma forma de multa.

Até o final do regime das Capitanias hereditárias<sup>47</sup>, algo que ocorreu por volta do século XVIII, nos tempos do Marquês de Pombal<sup>48</sup>, os tributos ou as rendas eram distribuídos entre o real Erário e o donatário, mais ou menos da seguinte forma:

Para o real Erário:

- a) os direitos alfandegários (importação, exportação);
- b) 10% do valor das mercadorias naufragadas que viessem às costas brasileiras;
- c) o quinto ou vigésimo do ouro, prata, cobre, coral, pérola, chumbo, etc.
- d) o dízimo do pescado e dos demais produtos da terra;
- e) a sisa (transmissão) por cabeça de índio escravizado.

Para o donatário ou equivalentes:

- a) o monopólio das explorações das moedas e quaisquer outros engenhos;
- b) a barcagem, ou direitos de passagem nos rios;
- c) o quinto ou vigésimo do produto do pau-brasil, das especiarias e das drogas;
- d) o quinto do ouro e minerais preciosos, encontrados na Capitania;
- e) meio dízimo do pescado, ou, a cada grupo de vinte peixes, um cabia ao donatário, capitão-mor ou governador;

<sup>47</sup> Uma espécie de usufruto ou de enfiteuse (direito privado), ou de concessão (direito público). Interessante observar que, nos séculos IX e X, quando os visigodos desceram das Astúrias, ganhando terrenos aos infiéis (árabes e mouros), e, também, nos séculos XII e XIII, quando os monarcas do antigo condado portugalense avançavam para o sul, ao serem conquistadas as terras, e diante do problema de defendê-las, conservava-as com o povoamento e o cultivo. Assim, alguém da confiança do rei era designado governador, encarregando-se da ocupação e da conservação das terras. Nas capitanias, não era diferente, nomeando-se, mediante a carta foral, alguém com objetivo similar.

<sup>48</sup> O século XVIII foi o do iluminismo, onde surgiram os “*déspotas esclarecidos*”, entre eles CATARINA, da Rússia; FREDERICO, da Prússia; JOSÉ II, da Áustria e o Ministro de JOSÉ I, de Portugal, denominado de SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELO, o Conde de Oeiras e Marquês de Pombal. A opinião sobre este importante vulto português vai de críticas que o taxam de tirânico e cruel a elogios que apontam nele o que houve de melhor em Portugal, colocando-o ao lado de VASCO DA GAMA e de LUÍS DE CAMÕES. Com o seu caráter revolucionário, promoveu reformas, entre elas a reconstrução de Lisboa, a quase total extinção das capitanias hereditárias e a expulsão dos jesuítas, que foram obrigados a sair do Brasil, fechando todos os colégios que patrocinavam. Estes colégios foram substituídos pelas “*aulas régias*”, que eram financiadas pelo “*subsídio literário*”, um tipo de imposto que pretendia financiar a educação, criado pelo Alvará de 23 de novembro de 1772. Incidia sobre cada rês abatida, e sobre a aguardente destilada e a “*carne verde*”.

- f) a redízima, ou a décima parte da dízima, sobre todas as rendas da coroa.

No período em que vigorou o Governo Geral, dividia-se os tributos em ordinários e extraordinários. Para o real Erário, basicamente os mesmos tributos eram remetidos. Para o Governador-Geral, acrescentava-se os direitos dos escravos.

Os tributos designados de extraordinários, como o próprio nome indica, eram destinados a despesas excepcionais, tais como para fazer frente aos gastos com tropas ou construções de fortalezas ou cidades.

Em termos mais genéricos, costumava-se distribuir os tributos em três classificações:

- a) as derramas, que independiam dos rendimentos do contribuinte;
- b) as fintas, que obedeciam a uma proporção com a renda do contribuinte;
- c) as contribuições, que eram uma espécie de designação subsidiária e de conteúdo variado.

Observação: no século XVIII, a derrama teve uma significação histórica importante para o Brasil, pois dela sobressaía-se a cobrança do quinto do ouro em atraso. Daí a Inconfidência mineira<sup>49</sup>, que levava às armas o

---

<sup>49</sup> A Inconfidência mineira é havida como um dos principais movimentos de emancipação política do Brasil colônia, embora haja sido coordenada pela elite de Minas Gerais sob a influência de ideais iluministas. Em 1789, propunha a Independência em relação a Portugal. Parece que a política pombalina para o Brasil, com a organização das Companhias de Comércio monopolistas, trouxe um peso que se fazia bem sentir na mais importante região aurífera e diamantífera brasileira, que era Minas Gerais. De fato, a “*derrama*” não implicava em um novo tributo, mas na cobrança da diferença em relação ao que deveria ter sido pago e não o foi. Porém, a forma de execução promovida pelas autoridades portuguesas era extremamente violenta, gerando uma revolta contra a situação de dominação. Além disto, o “*Alvará de proibição industrial*”, baixado em 1785, por D. MARIA I, a louca, proibia a existência de manufaturas no Brasil; o que dificultou, ainda mais, o nível de vida da população interiorana, que passara a depender das tropas que traziam do litoral os produtos importados por preços muito altos e em uma quantidade precária. A independência das 13 colônias inglesas, na América do Norte, também foi um exemplo estimulador para outros movimentos emancipacionistas na América Ibérica, incluindo o Brasil. Um dos poucos líderes sem posses desta Conjuração foi TIRADENTES - um militar (Alferes) filho de um pequeno proprietário - que, procurando garantir o apoio de outros proprietários rurais, contactou com vários mineradores, entre eles JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS, que, embora a princípio haja aderido ao movimento, pois era também um devedor de impostos, posteriormente, com medo, resolveu delatar a conspiração. Na Quarta audiência de depoimentos, no início de 1790, TIRADENTES assumiu a sua posição de líder. Onze dos acusados foram condenados à morte, mas apenas TIRADENTES foi executado, pois os demais tiveram as penas comutadas para degredo perpétuo por D. MARIA I. O Alferes foi executado aos 21 de abril de 1792, no Rio de Janeiro, sendo esquartejado, distribuindo-se as partes do seu corpo para exposição em Minas Gerais como uma advertência contra novas tentativas de rebelião.

sentimento de impopularidade do esquema tributário implantado. Aliás, no Brasil, ainda é popular a expressão “*quintos dos infernos*”; o que, por si só, fornece uma imagem simbólica do repúdio.

Durante o chamado domínio holandês, por volta de 1630 a 1654, onde os batavos fixaram-se no então centro econômico do Brasil, Pernambuco, a terra do açúcar (Zuickerland), e de onde surgiu a reflexiva afirmação de que “*não existia pecado do lado de baixo do Equador*” (GASPAR BARLEAUS, “*História dos feitos recentemente praticados durante os oito anos no Brasil*”), os holandeses como que fixaram uma espécie de Constituição do Brasil holandês, mediante o Regulamento de 23 de agosto de 1636, havendo, em cada município, o Conselho comunal, que implicava na soma do Conselho dos escabinos (uma espécie de tribunal municipal) mais o escuteto (schout), que era o chefe administrativo municipal.

Era exatamente o escuteto que detinha as funções de promotor de justiça, de chefe de polícia local e também de exator da fazenda. Na verdade, nem sempre a cobrança dos impostos holandeses realizava-se pelo escuteto, sendo passível de ser realizada por arrendatários, especialmente comerciantes judeus.

Já no reinado de D. MARIA I, ou entre o final do século XVIII e o início do século XIX, eclodiram, no Brasil, mais quatro contribuições:

- a) direitos que variavam de 10, 20, 24 ou 40% relativos à pólvora de origem estrangeira (Alvará de 13 de julho de 1778);
- b) subsídio do açúcar e do algodão (Carta Régia de 19 de maio de 1779);
- c) subsídio do tabaco em pó (Alvará de 18 de setembro de 1779);
- d) imposto sobre o ouro, sobre botequins e tabernas e sobre a aguardente (Alvará de 18 de março de 1801).

Em seguida, com a vinda ao Brasil da família real portuguesa, advieram transformações principalmente no campo do direito público brasileiro, ficando o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves um tanto refém dos ingleses.

Era a *sombra da Inglaterra* lançada por sobre o Atlântico. No Brasil, havia, de fato, uma espécie de jurisdição especial para os súditos da majestade britânica, ratificada e destacada no Tratado de Comércio e Navegação de 1810.

Sob esta fisionomia histórica, foram criados novos tributos, ao lado dos já existentes. São exemplos disto:

- a) importação (Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, a da abertura dos portos às nações amigas);
- b) direitos de guindaste (Alvará de 25 de abril de 1808);

- c) décima dos prédios urbanos, ou 10% sobre os rendimentos líquidos dos imóveis situados no litoral ou em regiões populosas do interior (Alvará de 27 de junho de 1808). Depois, passou a ser chamado de décima urbana, e, em seguida, de imposto sobre prédios urbanos;
- d) pensão para a Capela Real (Alvará de 20 de agosto de 1808);
- e) contribuição de polícia (Ato de 13 de maio de 1809);
- f) imposto de sisa dos bens de raiz (Alvará de 3 de junho de 1809). Depois, passou a chamar-se de imposto sobre a transmissão imobiliária por ato inter-vivos;
- g) meia sisa dos escravos, implicando na cobrança de 5% sobre toda a venda de escravo conhecedor de um ofício – ou ladino (Alvará de 3 de junho de 1809);
- h) décima das heranças e legados (Alvará de 17 de junho de 1809);
- i) imposto do selo sobre o papel (Alvará de 17 de junho de 1809);
- j) direitos de entrada de escravos novos (Alvará de 22 de junho de 1810);
- k) imposto sobre carruagens, lojas, armazéns ou sobrados e navios (Alvará de 20 de outubro de 1812);
- l) imposto sobre a carne verde e as lãs grosseiras produzidas no Brasil;
- m) direitos de 10% exigidos sobre os vencimentos dos funcionários da Fazenda e da Justiça, um predecessor do imposto de renda.

Enfim, existiam paralelamente impostos semelhantes cobrados pela Corte, pelas Províncias e pelos municípios.

Obviamente, os tributos não passaram imunes ao movimento de independência e pela Constituição de 25 de março de 1824.

No art. 15, inc. X, ela previa como da atribuição da Assembléia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores, fixar anualmente as despesas públicas e repartir a contribuição direta. No art. 36, inc. I, firmava como da competência da Câmara dos Deputados a iniciativa sobre os impostos.

Era o ideal liberal de que toda tributação precisaria passar pela representação. Era o princípio da legalidade.

A Constituição de março de 1824 não continha apenas este princípio, comportando o da capacidade contributiva, o da isonomia, o da irretroatividade, etc.

Outra peculiaridade é a de que, mesmo sendo o Brasil um Estado unitário, existiam, ao lado da central, a receita provincial, e os tributos municipais.

Eram cerca de 151 rubricas, com denominações assistemáticas, além das provinciais e municipais.

Com o Ato Adicional de 1834, tentou-se discriminar melhor as exações, fixando que às Assembléias provinciais cabia legislar sobre a fixação das despesas municipais e os impostos necessários, contanto que estes não prejudicassem as imposições gerais do Estado. E às Câmaras municipais poderiam propor os meios de compor as despesas dos seus municípios (art. 10, § 5º)<sup>55</sup>.

A Lei nº 99, de 31 de outubro de 1835 especificou as rendas do Governo central.

A Lei nº 317, de 21 de outubro de 1843 criou novos impostos e aumentou os já existentes.

Era bastante caótico o sistema estabelecido, se é que se achava possível fornecer um sistema tributário equilibrado para o Brasil imperial.

Entre outros problemas, a carga tributária era cumulativa e as receitas costumavam ser distribuídas em:

- a) receitas gerais (exs.: importação, exportação, sisa dos bens de raiz, loterias, taxas dos escravos, etc);
- b) receitas provinciais (exs.: décima dos legados e herança, dízimas dos gêneros – açúcar, café, transmissão sobre a propriedade móvel, meia sisa dos escravos ladinos, décima dos prédios urbanos, etc);
- c) receitas municipais (arrecadavam os tributos que a Província respectiva lhes outorgava).

Veio a República, e com ela a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, pretendendo firmar um sistema rígido de discriminação de receitas tributárias, distribuído entre a União e os Estados, pois ficavam excluídos os Municípios.

No art. 7º, havia uma competência exclusiva da União (exs.: importação, taxas de selo, ressalvada a estadual, taxas de correios e telégrafos). Vedava-se

---

<sup>50</sup> Acto Adicional, Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 – Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. “Art. 10. *Compete às mesmas Assembléas legislar: (...) § 5º. Sobre a fixação das despesas municipaes e provinciales, e os impostos para ellas necesarios, com tanto que estes não prejudiquem as imposições geraes do Estado. As Camaras poderão propôr os meios de occorer ás despesas dos seus municipios.*”

ao Governo federal criar distinções e preferências com relação aos portos estaduais.

No art. 9º, definia-se os impostos estaduais (exs.: exportação, sobre imóveis rurais e urbanos, sobre transmissão de propriedade e sobre indústria e profissões, contribuições referentes aos seus telégrafos e correios).

Foi esta Constituição que fixou a imunidade recíproca, proibindo aos Estados tributarems bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente (art. 10)<sup>51</sup>. Vedava-se, também, à União e aos Estados a prescrição das leis retroativas.

Contudo, no art. 12<sup>52</sup>, considerava lícito aos Estados e à União, cumulativamente ou não, criar outras fontes de receitas, desde que não colidisse com as vedações nela fixadas. Esta competência concorrente permaneceu sendo objeto de severas críticas, e serviu de anteparo para a criação do imposto de renda no Brasil pela via subconstitucional.

Finalmente, proibia a criação de imposto de qualquer natureza senão em virtude de lei autorizativa.

Ocorre que a grave crise econômica que abateu o mundo, no final dos anos 20, não deixou de influenciar decisivamente no Brasil. Trouxe a depressão para o setor rural e, por outro lado, fez com que houvesse um estímulo para a fabricação de produtos nacionais.

Em suma, a economia agrícola sentiu-se sufocada, tirando o seu apoio do Governo; o que redundou na chamada “Revolução de 30”.

No período revolucionário, foram criados:

- a) a taxa de educação e saúde, incidente sobre documentos no âmbito federal, estadual ou municipal (Decreto nº 21.335, de 29 de abril de 1932);
- b) a contribuição de melhoria (Decreto nº 21.930, de 11 de maio de 1932);
- c) o imposto proporcional sobre capitais empregados em hipotecas (Decreto nº 21.949, de 12 de outubro de 1932).

---

<sup>51</sup> Constituição de 24 de fevereiro de 1891. “Art. 10. É proibido aos Estados tributar bens e rendas federaes ou serviços a cargo da União, e reciprocamente.”

<sup>52</sup> Constituição de 24 de fevereiro de 1891. “Art. 12. Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito á União, como aos Estados, cumulativamente ou não, crear outras quaesquer, não contravindo o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, n. 1.”

Em 1934, foi determinada uma Reforma no Tesouro Nacional (Decreto nº 24.036, de 26 de março).

Também em 1934, eclodiu uma nova Constituição brasileira, mais precisamente aos 16 de julho.

Uma das suas novidades foi o fato de que manteve, ao lado das receitas federais e estaduais, as municipais.

Outra foi o fato de vedar a bitributação. Era o texto: “*É vedada a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União quando a competência for concorrente. Sem prejuízo do recurso judicial que couber, incumbe ao Senado Federal, ex officio ou mediante provocação de qualquer contribuinte, declarar a existência da bitributação e determinar a qual dos dois tributos cabe a prevalência.*” (art. 11)

Criou também:

- a) o imposto de renda e o de consumo como tributos federais (art. 6º, inc. I, als. “c” e “b”);
- b) o imposto de vendas e consignações para os Estados (art. 8º, inc. I, al. “e”).

Competia privativamente à União (art. 6º), entre outras exações, fixar impostos sobre: importação; consumo de quaisquer mercadorias, exceto os combustíveis de motor à explosão; renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a cédular de imóveis, etc.

Competiam privativamente aos Estados fixar impostos sobre: propriedade territorial, exceto a urbana; transmissão de propriedade *causa mortis*; transmissão de propriedade imobiliária inter vivos, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade; vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive as industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual; exportação de mercadorias de sua produção até o máximo de dez por cento ad valorem, vedados quaisquer adicionais; indústria e profissões, etc.

Quanto ao imposto de indústrias e profissões, embora lançado pelo Estado, seria arrecadado por ele e pelos Municípios em partes iguais.

Também previa a competência residual, admitindo a criação de outros impostos, para além do disposto expressamente no Texto Constitucional, cabendo 30% à União e 20% aos Municípios, de onde tinham provindo.

Competia privativamente aos Municípios, além da participação no imposto de indústria e profissões e de vinte por cento sobre a competência residual: imposto de licenças; impostos predial e territorial urbanos, cobrado, o primeiro, sob a forma décima ou de cédula de renda; o imposto sobre diversões públicas; o imposto cedular sobre a renda dos imóveis rurais e as taxas sobre serviços municipais.

Mas o intervalo democrático foi curto, pois em 1937, veio a *“polaca”*, que, embora trouxesse pequenas alterações, mantendo o que havia sido previsto em 1934, alinhou consigo uma ditadura.

Entre as mudanças:

- a) suspendeu-se o imposto estadual sobre consumo de motor à explosão e o municipal sobre rendas de imóveis rurais. Disto resultou a unificação dos impostos de consumo e de renda, que ficaram com a União;
- b) criou-se um adicional ao imposto de renda, motivando-o na proteção à família. Ele incidia sobre pessoas solteiras, viúvas e sobre casais sem filhos (Decreto nº 3.200, de 19 de abril de 1941).

Após, veio a Constituição de 18 de setembro de 1946, que destacou:

- a) o aspecto municipalista<sup>53</sup>;
- b) o desaparecimento das referências à bitributação feitas nas Constituições de 1934 e 1937, entendendo-se que toda ela seria inconstitucional, sem que isto precisasse ser dito;
- c) o conceito expresso da contribuição de melhoria para a hipótese de valorização do imóvel em consequência de obras públicas, não sendo exigível para além da despesa realizada e do acréscimo do valor para cada imóvel beneficiado (art. 30 e Parágrafo Único);
- d) as limitações ao poder de tributar foram ampliadas, tornando-se imu-

---

<sup>53</sup> Em 1945, o Tesouro Federal arrecadava 63% dos tributos pagos, enquanto os Municípios não chegavam a receber 7%, cabendo aos Estados por volta dos 30% restantes. Por isto, objetivando melhorar as finanças municipais, tomou-se, entre outras, as seguintes medidas: a) conferiu-se aos Municípios todo o Imposto de Indústria e Profissões (IIP), pois antes só ficavam com 50% dele; b) fixou-se uma quota, dividida em partes iguais, no rateio dos 10% do Imposto de Renda, excluídas as Capitais; c) quando a arrecadação estadual de impostos, salvo o de exportação, excedesse, em Município que não fosse o da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-ia anualmente 30% do excesso arrecadado.

- nes os templos, bens e serviços de partidos políticos, instituições educacionais e assistenciais e o papel destinado exclusivamente a jornais, periódicos e livros (art. 31);
- e) os impostos deveriam ser sempre que possível pessoais e graduados pela capacidade econômica do contribuinte (art. 202);
  - f) a visão de proteger os setores mais pobres, reduzindo a antiga tradição da tributação regressiva, onde se onera mais os que menos têm capacidade de pagar;
  - g) o instituto do direito anglo-saxão (*grants-in-aid*) que implica na técnica de participação por uma pessoa política de um tributo da competência para a instituição de uma outra pessoa política. Isto foi promovido pela Emenda Constitucional nº 05, de 21 de novembro de 1961, que tinha por epígrafe instituir uma nova discriminação de rendas em favor dos municípios brasileiros.

Exemplificando com a fórmula adotada:

1. tributos da competência da União. Ex.: imposto sobre consumo de mercadorias – do total do volume arrecadado, 10% pertenciam aos municípios, efetuada a distribuição em partes iguais; imposto único sobre combustíveis e lubrificantes minerais do País e energia elétrica – 60%, no mínimo, entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção; imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza – 15% do total do volume arrecadado pertenciam aos municípios, efetuada a distribuição em partes iguais, etc;
2. tributos da competência dos Estados. Ex.: competência residual – 20% do produto da arrecadação pertenciam à União; participação na arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e minerais do País e energia elétrica – 60%, no mínimo, eram entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, etc;
3. tributos dos municípios. Ex.: participação na arrecadação do imposto sobre consumo de mercadorias (10%), do imposto sobre a renda e

proventos de qualquer natureza (15%), dos impostos concorrentes entre a União e os Estados (40%) e do recebimento do excesso de arrecadação de impostos do Estado (30%)<sup>54</sup>.

Em seguida, veio aquele que é considerado o fator inicial mais marcante do atual sistema tributário brasileiro<sup>55</sup>. Refiro-me à Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que procurou encontrar uma nova ordem tributária para o Brasil.

Também no período pós 1964, recebe realce a Emenda Constitucional nº 07, de 22 de maio de 1964<sup>56</sup>, que suspendeu, até 31 de dezembro de 1964, a limitação constitucional sobre a exigência de prévia previsão orçamentária para a cobrança dos tributos, também conhecida como princípio da anualidade.

Enfim, foi esta a discriminação de competências estatuída pela Emenda Constitucional nº 18/1965<sup>57</sup>, em suas linhas mais gerais mantida até hoje no Brasil:

<sup>54</sup> Vide o art. 29, da Emenda Constitucional nº 05, publicada no Diário Oficial de 22 de novembro de 1961, e revogada pelo art. 25, da Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro de 1965: “Art. 29. Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2º, 4º e 5º, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhe forem transferidos pelo Estado, pertencem aos municípios os impostos: I- sobre propriedade territorial urbana e rural; II- predial; III- sobre transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades; IV- de licenças; V- de indústria e profissões; VI- sobre diversões públicas; VII- sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência. Parágrafo Único. O imposto territorial rural não incidirá sobre sítios de área não excedente a vinte hectares, quando os cultive, só ou com sua família, o proprietário.”

<sup>55</sup> O que não significa retirar a importância da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

<sup>56</sup> A Emenda Constitucional nº 07, de 22 de maio de 1964, dispunha: “Artigo Único. A vigência do parágrafo 34, do art. 141, da Constituição Federal, na parte em que exige a prévia autorização orçamentária para a cobrança de tributo em cada exercício, fica suspensa até 31 de dezembro de 1964.” Era o mencionado § 34, do art. 141: “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.”

<sup>57</sup> Emenda Constitucional nº 18, publicada no Diário Oficial da União de 06.12.1965. Era o seu art. 1º: “O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, e, nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual ou municipal.”

1. tributos da competência da União:

- a) impostos: I- impostos sobre o comércio exterior (art. 7º) – importação de produtos estrangeiros e exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais e nacionalizados; II- impostos sobre o patrimônio e a renda (art. 8º) – propriedade territorial rural, renda e proventos de qualquer natureza; III- impostos sobre a produção e a circulação (arts. 11 e 14) – produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; IV- especiais (art. 16) - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de combustíveis e lubrificantes líquidos ou gasosos, sobre produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica, sobre produção, circulação ou consumo de minerais do País (art. 16, inc. III), extraordinários (art. 17);
- b) taxas (art. 18);
- c) contribuições de melhoria (art. 19).

2. tributos da competência dos Estados:

- a) impostos: I- sobre o patrimônio e a renda (art. 9º); sobre a transmissão de bens imóveis por natureza ou por acessão física, de direito reais sobre imóveis; II- sobre a produção e a circulação (art. 12) – operações relativas à circulação de mercadorias;
- b) taxas;
- c) contribuições de melhoria (art. 19).

3. tributos da competência dos municípios:

- a) impostos: I. sobre o patrimônio e a renda (art. 10) – sobre a propriedade predial e territorial urbana; II- sobre a produção e a circulação (arts. 13 e 15) – sobre operações relativas à circulação de mercadorias, com base na legislação estadual e por alíquota não superior a 30% (art. 13); sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados (art. 15);
- b) taxas;

c) contribuições de melhoria (art. 19).

Seguindo estas linhas gerais, veio o Código Tributário Nacional, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionado pela Constituição de 1967 e consagrado a título de lei complementar pelo Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967.

De fato, aos 19 de agosto de 1953, havia sido indicada uma Comissão para elaborá-lo. O seu Anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional sob o nº 4.834-54.

Na verdade, com a Constituição de 1967, que, como foi visto, foi elaborada em face da transformação do Congresso Nacional em Poder Constituinte originário, pouco se alterou.

Entretanto, com a Emenda Constitucional nº 01/1969, de larga extensão, ocorreram algumas transformações, mas continuavam mantidas as designações gerais da Emenda Constitucional nº 18/1965.

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 consagrou um Título para a “*Tributação e o Orçamento*”, o Título VI, destinando o Capítulo I para o Sistema Tributário Nacional.

Este Capítulo está dividido em três partes: a) trata dos princípios gerais e das limitações do poder de tributar; b) discrimina as receitas dos impostos pela União, por Estados e o Distrito Federal e pelos Municípios; c) dispõe sobre a repartição das receitas tributárias.

Pela extensão e profundidade do assunto, destinei um Capítulo especial para estudar o Sistema tributário brasileiro e a sua atual realidade normativa, apresentando, de modo detalhado, o que chamei de Quadros Estruturais do direito tributário no Brasil.

Questões como a da progressividade do IPTU – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, alterações na legislação do IR – imposto de renda e proventos de qualquer natureza, o planejamento tributário e a denominada norma geral anti-elisiva, a constitucionalidade de novas contribuições (SEBRAE, CPMF, etc.), o sigilo bancário mediante a Lei Complementar nº 105/2001, o caráter nacional/estadual do ICMS, a guerra fiscal e os seus motivos e mecanismos são todos assuntos, entre muitos outros, que precisam ser estudados mediante o conhecimento do Sistema e das suas Normas Gerais, para, só após, investir-se no caso concreto.

## CONCLUSÕES

1. O Brasil já teve Constituições de várias espécies: rígida, flexível, mista, etc. O Brasil, segundo consta na história, chegou mesmo a ter uma Constituição por apenas um dia, ao adotar, em 1821, a Constituição espanhola de 1812 – Constituição de Cádiz (Decreto de 21 de abril de 1821).
2. A Constituição de 25 de março de 1824, a que mais tempo esteve em vigor, passou por um plebiscito entre as Províncias, havendo algumas delas recusado a mesma, desencadeando movimentos revolucionários. Dizia que o Poder Moderador era a chave de toda a organização política, não estando o Imperador sujeito à responsabilidade alguma (arts. 98 e 99). Só determinadas matérias do seu texto eram consideradas realmente constitucionais (Poderes Políticos, direitos políticos e individuais), podendo as demais ser alteradas como se leis ordinárias fossem. Sofreu duas grandes Reformas. A primeira pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, chamada de “*Ato Adicional*”, com caráter descentralizador. O Brasil passou a ser um Estado unitário descentralizado, em face da concessão de autonomia política às Províncias. A segunda pela Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, também chamada de “*Lei da Interpretação*”, que foi uma espécie de contra-golpe do Imperador do Brasil, com feitiço centralizador.
3. Os tributos não passaram imunes ao movimento de independência e pela Constituição de 25 de março de 1824, que continha o ideal liberal de que toda tributação precisaria passar pela representação. Era o princípio da legalidade. Esta Constituição não continha apenas este princípio tributário, comportando o da capacidade contributiva, o da isonomia, o da irretroatividade, etc. Outra peculiaridade foi a de que, mesmo sendo o Brasil um Estado unitário, existiam, ao lado da central, a receita provincial e a municipal. Eram cerca de 151 (cento e cinquenta e uma) rubricas, com denominações assistemáticas, além das provinciais e municipais.
4. Com o Ato Adicional de 1834, tentou-se discriminar melhor as exações, fixando competências em favor das Assembléias provinciais e das Câmaras municipais. Era bastante caótico o sistema estabelecido, se é que se achava possível fornecer um sistema tributário equilibrado para o Brasil imperial. Entre outros problemas, a carga tributária era cumulativa.

5. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 foi uma consequência do Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889, que proclamou provisoriamente a República Federativa brasileira. Nela, é possível identificar o “*americanismo*”, por exemplo no nome do novo Estado - “*Estados Unidos do Brasil*”, e na própria bandeira nacional que foi adotada entre os dias 15 e 19 de novembro de 1889, idêntica à bandeira norte-americana, apenas substituindo-se o vermelho e o branco pelo já tradicional verde e amarelo. Contudo, esta Constituição apenas previa que os Estados possuíam capacidade própria para legislar em áreas havidas à época como periféricas, estando as matérias básicas – direito civil, comercial, penal, etc – sob a responsabilidade do Congresso Nacional. Entre as suas principais Emendas, destaca-se a de 07.09.1926, que, afora outros assuntos, desautorizou que, nas leis de orçamento, constassem disposições estranhas à previsão da receita e da despesa fixada para os serviços anteriormente criados (art. 34, § 1º e alíneas).
  
6. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 pretendeu firmar um sistema rígido de discriminação de competências tributárias, distribuindo receitas entre a União e os Estados, pois ficavam excluídos os Municípios. Fixou, também, a imunidade recíproca, proibindo aos Estados tributarem bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente (art. 10). Vedava-se, ainda, à União e aos Estados a prescrição de leis retroativas. Contudo, no art. 12, considerava lícito aos Estados e à União, cumulativamente ou não, criar outras fontes de receitas, desde que não colidisse com as vedações nela fixadas. Esta competência concorrente permaneceu sendo objeto de severas críticas, e serviu de anteparo para a criação do imposto de renda no Brasil pela via subconstitucional.
  
7. Durante a chamada “*República Velha*”, a economia agrícola sentiu-se sufocada, tirando o seu apoio do Governo; o que contribuiu para redundar na “*Revolução de 30*”. No período revolucionário, foram criados novos tributos, entre eles a contribuição de melhoria (Decreto nº 21.930, de 11 de maio de 1932).
  
8. A Constituição de 16 de julho de 1934 durou muito pouco, pois, já em 10 de novembro de 1937, surgiu uma outra, a “*polaca*”. Embora a Constituição de 1934 tivesse um matiz democrático, entre as suas disposições

transitórias (art. 18) aprovou os atos do Governo provisório, dos interventores federais nos Estados e delegados do mesmo, excluindo qualquer apreciação judiciária dos referidos atos e dos seus efeitos.

9. Em 1934, foi determinada uma Reforma no Tesouro Nacional (Decreto nº 24.036, de 26 março). Também em 1934, eclodiu uma nova Constituição brasileira. Uma das suas novidades foi o fato de que manteve, ao lado das receitas federais e estaduais, as municipais. Outra foi o fato de vedar a bitributação. Instituiu o imposto de vendas e consignações para os Estados e o imposto sobre o consumo para a União, elevando a nível constitucional o imposto de renda, também federal.
10. A Constituição de 10 de novembro de 1937 teve como principal diretriz o fortalecimento do Poder Executivo, e também deu ênfase à matéria trabalhista. Podia ser emendada por maioria ordinária (art. 174), curvando-se, na verdade, à vontade de GETÚLIO VARGAS. A Constituição do Estado Novo era, portanto, flexível, centralizando o poder e reduzindo os sindicatos a instrumentos do Estado sem qualquer representatividade política, extinguindo os partidos políticos e suprimindo drasticamente a participação do Legislativo nas decisões governamentais; além de enfraquecer o sistema federativo. Durante a sua vigência, surge a Lei Orgânica dos Estados (Decreto lei nº 1202, de 08 de abril de 1939), trazendo em cores vivas a figura dos Interventores.
11. A Constituição de 1937, apelidada de “*a polaca*”, trouxe pequenas alterações no campo tributário. Foi durante a sua vigência que surgiu um adicional ao imposto de renda, motivando-o na proteção à família. Ele incidia sobre pessoas solteiras, viúvas e sobre casais sem filhos (Decreto nº 3.200, de 19 de abril de 1941).
12. A Constituição de 18 de setembro de 1946, a última em que o Brasil autodenomina-se de *Estados Unidos do Brasil*, marca o fim do Estado Novo. Prevê a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros das empresas, nos termos e formas da lei. A regulamentação não veio. GETÚLIO VARGAS voltou eleito ao poder, como Presidente, em 31 de janeiro de 1951. Neste período, estabelece-se o monopólio estatal da exploração petrolífera (Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953) e se

encaminha a mensagem da criação da Eletrobrás, com o objetivo de uma nacionalização efetiva do domínio da energia elétrica. Busca, também, disciplinar a remessa de lucros, verificando-se a enorme diferença entre a entrada de capitais privados (1,9 bilhão de cruzeiros) e as remesas para o exterior (17,2 bilhões de cruzeiros), no período entre 1939 e 1953. Vinte e dois brigadeiros pronunciaram-se exigindo a renúncia de VARGAS, que não renuncia, e, na madrugada de 24 de agosto de 1954, surge a notícia do seu suicídio. Um tiro no coração. Entre as principais Emendas à Constituição de 18 de setembro de 1946, destaco a de nº 18, publicada aos 06 de dezembro de 1965, que instituiu um sistema tributário para o Brasil.

13. A Constituição de 18 de setembro de 1946 veiculou, entre outros, os seguintes destaques tributários: a) o aspecto municipalista; b) o desaparecimento das referências à bitributação, feitas nas Constituições de 1934 e 1937, entendendo-se que toda ela seria inconstitucional, sem que isto precisasse ser dito; c) o conceito expresso da contribuição de melhoria para a hipótese de valorização do imóvel em consequência de obras públicas, não sendo exigível para além da despesa realizada e do acréscimo do valor para cada imóvel beneficiado (art. 30 e Parágrafo Único); d) as limitações ao poder de tributar foram ampliadas, tornando-se imunes os templos, bens e serviços de partidos políticos, instituições educacionais e assistenciais e o papel destinado exclusivamente a jornais, periódicos e livros (art. 31); e) os impostos deveriam ser sempre que possível pessoais e graduados pela capacidade econômica do contribuinte (art. 202); f) a visão de proteger os setores mais pobres, reduzindo a antiga tradição da tributação regressiva, onde se onera mais os que menos têm capacidade de pagar; g) o instituto do direito anglo-saxão, *grants-in-aid*, que implica na técnica de participação por uma pessoa política de um tributo da competência para a instituição de uma outra pessoa política. Isto foi promovido pela Emenda Constitucional nº 05, de 21 de novembro de 1961, que tinha por epígrafe instituir uma nova discriminação de rendas em favor dos municípios brasileiros.
  
14. O Plano de Metas de JUSCELINO KUBITSCHEK prometia cinquenta anos de progresso em cinco de governo. Foi aplicado entre 1956 e 1961, e fez com que o Brasil crescesse a sua produção industrial em cerca de 80% (oitenta por cento), em preços constantes. A taxa de crescimento

real foi de 7% (sete por cento) ao ano, e 4% (quatro por cento) per capita. O crescimento do Brasil foi, aproximadamente, três vezes superior ao do restante da América Latina. É deste período histórico a cidade de Brasília, Capital Federal (art. 18, § 1º, da atual Constituição e Lei nº 2.874, de 19.09.1956 – autorizou o Executivo a construir esta Cidade). Em 21.04.1960, Brasília foi inaugurada. No Nordeste do Brasil, pretendeu-se marcar o binômio industrialização e agricultura irrigada.

15. No intervalo histórico posterior, e em um ambiente política e socialmente conturbado, surgem os Atos Institucionais e Complementares decorrentes do *movimento militar de 1964*. O Ato Institucional nº 01, de 10.04.1964, amplia os poderes do Presidente da República, afirmando que *“a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional a sua legitimidade”*. Defendia-se não haver radicalizado, pois se estava resolvendo manter o Congresso Nacional com as reservas de poderes nele (AI-1) fixadas. Justifica-se em nome da *“restauração da ordem interna e do prestígio internacional.”* No Ato Institucional nº 02, de 05.11.1965, foram suspensas as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, podendo o Presidente da República suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. O Ato Institucional nº 03, de 5 de fevereiro de 1966, foi editado com o objetivo de estabelecer eleições indiretas para Governador. O Ato Institucional nº 04, de 07 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional a se reunir extraordinariamente de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967. O objeto da convocação era a discussão, votação e promulgação do Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República (art. 1º, “caput” e § 1º). Transformando-se o Congresso Nacional em Poder Constituinte, fez-se surgir a Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967.
16. O fator inicial mais marcante do atual sistema tributário brasileiro foi a Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que procurou encontrar uma nova ordem tributária para o Brasil. Foi a discriminação de competências estatuída por esta Emenda Constitucional que, em suas linhas gerais, manteve-se até hoje no Brasil.

17. Seguindo estas linhas gerais, veio o Código Tributário Nacional, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionado pela Constituição de 1967, e consagrado a título de lei complementar pelo Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967. De fato, aos 19 de agosto de 1953, havia sido indicada uma Comissão para elaborá-lo. O seu Anteprojeto foi encaminhado ao Congresso Nacional sob o nº 4.834-54.
18. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 foi fulminada pelo Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, isto porque, havendo um Deputado federal protestado, na Câmara dos Deputados, contra a violência policial e o regime militar, sugeriu o boicote ao desfile da Independência; o que provocou uma enorme irritação nas Forças Armadas, tendo o Governo pedido licença ao Congresso para processar o Deputado. O Plenário rejeitou a solicitação do Governo. A reação foi drástica. Expediu-se o AI-5, com medidas de estado de sítio, estabelecendo que o Presidente da República, quando julgasse conveniente, poderia decretar o recesso parlamentar, ficando, neste período, autorizado a legislar em todas as matérias (art. 2º, “caput” e § 1º). Também suspendeu garantias constitucionais e o “*habeas corpus*” nos casos de crimes políticos, excluindo de qualquer apreciação judicial a si próprio e aos Atos Complementares que dele decorressem. O AI-5 liquidou com as esperanças de democratização naquele momento histórico.
19. Quanto à Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, até hoje ainda se discute se foi mesmo uma nova Constituição. Isto acontece por dois motivos, a saber: a) em face da procura de legitimidade constitucional do Governo à época instituído, que ainda pretendia o reconhecimento da Carta de 1967, que teve origem híbrida; b) dado às grandes modificações que provocou no regime jurídico constitucional. Na verdade, uma Junta de Ministros militares a outorgou em 17.10.1969, havendo ela tratado de adaptar os vários Atos Institucionais e Complementares, fortalecendo o Poder Executivo. A sociedade protestava como podia, mas a concentração autoritária de poder respondeu com a repressão e com a censura à liberdade de expressão, de reunião, de imprensa, etc.
20. Com a Emenda Constitucional nº 01/1969, de larga extensão, ocorreram algumas transformações, mas continuaram mantidas as designações gerais da Emenda Constitucional nº 18/1965.

21. Em abril de 1984, iniciou-se, em São Paulo, uma grande campanha de rua exigindo as eleições em todos os níveis. Esta campanha teve o nome de “*Diretas, já*”. O produto da mobilização foi a eleição indireta de TANCREDO NEVES por um Colégio eleitoral, que era repudiado pela opinião pública. A posse não veio. O Presidente eleito morreu. Neste período, dizia-se que o Brasil era regido por uma “*colcha de retalhos*”, dado que a Constituição havia sido atingida por 27 (vinte e sete) Emendas. A 26ª foi para instalar a Assembléia Constituinte, que elaborou a Constituição de 05 de outubro de 1988. A 27ª, de 02 de dezembro de 1985, dispôs, sobretudo, quanto à repartição de receitas entre as pessoas políticas que compunham a Federação brasileira (União, Estados-membros, e, também, os Municípios).
  
22. A Constituição de 05 de outubro de 1988, em face de não haver partido de um Projeto padrão, permitiu o acolhimento de propostas as mais variadas, cabendo às Subcomissões temáticas tentar conferir um mínimo de unidade ao que se fazia. Depois, com a Comissão de Sistematização, lançou-se novamente nesta difícil tarefa. Vários foram os dispositivos que, embora promulgados, tinham contra si uma forte oposição, especialmente aqueles que envolviam matéria econômica e financeira. As privatizações posteriores, a partir de agosto de 1995, demonstram o disputado teatro das operações político-constitucionais.
  
23. A Constituição de 05 de outubro de 1988 consagrou um Título para a “*Tributação e o Orçamento*”, o Título VI, destinando o Capítulo I para o Sistema Tributário Nacional. Este Capítulo está dividido em três partes: a) trata dos princípios gerais e das limitações do poder de tributar; b) discrimina as receitas dos impostos pela União, por Estados e o Distrito Federal e pelos Municípios; c) dispõe sobre a repartição das receitas tributárias.
  
24. Tal como muitas definições são positivadas, o mesmo ocorre com o “*tributo*” no Brasil. A própria Constituição de 05 de outubro de 1988 remete à lei complementar a tarefa de definir “*os tributos e suas espécies*” (art. 146, inc. III, al. “a”). Por sua vez, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) define o que seja o tributo, dizendo no seu art. 3º: “*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.*”. Em suma, a idéia do conceito de tributo é pertencente ao direito positivo, não sendo uma questão de lógica jurídica ou universal. Varia com a história. Dentro desta perspectiva, é que se torna preciso considerar que as contribuições extraídas da história não são antecedentes perfeitos das exações atuais. De fato, muitas vezes, as comparações, inclusive as históricas, são perigosas.

25. Embora consciente do perigo, faço um breve resumo da história tributária brasileira anterior à Constituição de 25 de março de 1824:
- a) na fase inicial da Colônia, ainda no princípio da exploração do pau-brasil, adveio a cobrança do “*quinto do pau-brasil*”, uma espécie de primeira exação fiscal nas terras brasileiras;
  - b) até o final do regime das Capitânicas hereditárias, algo que ocorreu por volta do século XVIII, nos tempos do Marquês do Pombal, os tributos ou as rendas eram distribuídos entre o real Erário e o donatário. No Governo Geral, dividia-se os tributos em ordinários e extraordinários. Para o real Erário, basicamente os mesmos tributos eram remetidos. Para o Governador-Geral, acrescentava-se os direitos dos escravos;
  - c) durante o domínio holandês, por volta de 1630 a 1654, onde os batavos fixaram-se no então centro econômico do Brasil, Pernambuco - a terra do açúcar, era o escuteto, ou chefe administrativo municipal, quem detinha as funções de promotor de justiça, de chefe de polícia local e também de exator da Fazenda. Na verdade, nem sempre a cobrança dos impostos holandeses realizava-se pelo escuteto, sendo passível de ser realizada por arrendatários, especialmente comerciantes judeus;
  - d) com a vinda ao Brasil da família real portuguesa, advieram transformações principalmente no campo do direito público brasileiro, ficando o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves um tanto refém dos ingleses. Era a *sombra da Inglaterra* lançada por sobre o Atlântico. Sob esta fisionomia histórica, foram criados novos tributos, ao lado dos anteriores. Enfim, existiam paralelamente impostos semelhantes cobrados pela Corte, pelas Províncias e pelos Municípios.

26. Integrando as linhas gerais da história brasileira, é possível dizer que o Estado monárquico era unitário, embora tenha experimentado a autonomia das Províncias, sobretudo no período da regência, enquanto o Imperador PEDRO II era menor de idade. Este Estado também era parlamentarista, tendo havido uma sucessão de Gabinetes. Com o aprofundamento das crises entre os militares e o Governo, aqueles pretenderam derrubar um determinado Gabinete que se lhes demonstrava hostil, particularmente em razão de obstáculos orçamentários. Ocorre que, em face do clima predominante na época, delineou-se um novo Estado com a queda não apenas do Ministério, mas do próprio Imperador. Assim, o Estado que surgia queria se manifestar diferente daquele que pretendia substituir. Se o anterior era unitário, ele deveria ser federativo. Se o anterior era parlamentarista, ele deveria ser presidencialista.
27. Em torno desta busca de auto-afirmação, havia a preocupação de manter o Brasil em sua unidade, não o esfacelando, tal como ocorreu com a América espanhola. Houve um desejo majoritário, mas não unânime, de manter a integridade nacional. Por outro lado, para evitar a manutenção do poder no Rio de Janeiro, a Capital, pretendeu-se descentralizá-lo, conferindo maiores faculdades às elites regionais, fortalecendo-as. Nesta linha, foram criados os Judiciários estaduais, que funcionavam como instâncias terminativas das lides, dos conflitos de interesses nos casos concretos.
28. Portanto, o Supremo Tribunal, que passava a ser chamado de federal, deteria a função de colaborar com a unidade do Brasil, através de uma leitura uníssona da Constituição. Com o tempo, esta necessidade de sintonia estendeu-se à toda a legislação que tivesse repercussão nacional. Portanto, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores foram expressões do desejo de segurança, de integridade, de unidade.
29. Na Constituição da República brasileira de outubro de 1988, também está consagrada a segurança jurídica; onde não está é fora dela, inclusive em face da avalanche legislativa, sobretudo através das medidas provisórias e da constante iminência de Reformas Constitucionais.
30. Está-se operando, no Brasil, mais um verdadeiro *desmonte constitucional*, chegando a haver artigo sem texto algum (vide o art. 171).

31. Já é preocupante o número de Emendas; o que vem provocando o absurdo das chamadas *publicações por engano*, até das próprias Emendas Constitucionais, tal como representou o exemplo do art. 246, que foi repetido pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 06 e 07, ambas de 15.08.95, e que recebeu nova redação pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11.09.2001.
32. Para que seja possível a convivência social, é preciso um mínimo de confiança e previsibilidade. O Direito não deve ser um simples jogo de azar.
33. As crises políticas e econômicas interferem, internamente, em quaisquer dos Estados atuais; mas a solução não pode ser encontrada em uma busca incessante por uma nova Constituição e na inflação legislativa subconstitucional, inclusive tributária.
34. O fato de a Constituição de outubro de 1988 haver, tantas vezes, repetido a expressão *segurança* é um forte indício do receio que havia pela sua ausência prática.
35. A prevalência das interpretações mais cômodas do Texto Constitucional, em favor do poder estabelecido, termina por provocar uma verdadeira erosão da consciência cívica.
36. É no acompanhamento das atividades dos Poderes do Estado que se tirará a prova do espaço existente entre o que se diz e o que se faz.
37. É incorreta a afirmação que atribui a alguém um sólido conhecimento teórico, mas não prático. Afinal, uma pessoa só pode, relativamente, conhecer um objeto acaso consiga aliar a teoria à prática.
38. No Direito Constitucional, não apenas existem, ou devem existir, sanções. Mais: ao lado daquelas comuns (reparações civil e criminal, por exemplo), há outra categoria tanto mais importante quanto maior for a educação cívica de um povo: a da responsabilização política.



## A PROVA TÉCNICA NA DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA \*

**Edilson Pereira Nobre Júnior**

*Juiz Federal / Seção Judiciária do Rio Grande do Norte*

Inicialmente, saúdo os eminentes colegas da Justiça Federal que se encontram no presente auditório por meio das pessoas do Dr. Nino Toldo e do Dr. Paulo Domingues, presidentes, respectivamente, dos trabalhos desta Mesa e da Associação dos Juízes Federais do Brasil. Cumprimento também todos os representantes judiciais da Administração Pública Federal, na pessoa do Dr. Weber Holanda Alves, a quem tive o prazer de rever neste Seminário, o qual chefiara a Procuradoria do INSS no Rio Grande do Norte há vários anos.

Minhas senhoras e meus senhores. Dr. Gilberto Bampi, com quem tenho a imensa honraria de dividir este painel. Congratulo-me com a diretoria da AJUFE pela realização deste evento. Quanto à exposição a que me incumbe realizar, quero dizer que ela me traz um triplo desafio: primeiro, pelos expositores que já falaram pela manhã; segundo, pela erudita platéia e, em terceiro lugar, pela circunstância de desempenhar a judicatura em uma Seção Judiciária como a do Rio Grande do Norte, unidade federativa em que a atividade agrária não é das mais desenvolvidas, do que resulta não ser o laboratório de pesquisa dos mais fecundos; ao contrário do que se atuasse como magistrado nas Regiões Norte, Sul ou Sudeste deste vasto País.

Principio esta exposição, enfatizando que dois documentos da história constitucional têm relevante aplicação ao tema da expropriação. Ao lado do art. 153 da Constituição alemã de 1919, que praticamente trouxe à baila a idéia da função social da propriedade, ao proclamar que esta configura obrigação ao seu

---

\* Escrito a retratar exposição realizada no dia 29 de agosto de 2002, em Painel no Seminário “Reforma Agrária e Agronegócio”, com escassas modificações imprimidas pelo autor.

proprietário; há aproximadamente mais de 100 anos antes, na Revolução Francesa, o art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, excessivamente liberal, afirmava que a propriedade é sagrada, inviolável e que alguém só poderá perdê-la através de desapropriação por um motivo legalmente indicado, mediante prévia e justa indenização. Foi com base nesse documento que se assentou a idéia, no âmbito do constitucionalismo, do pagamento de indenização nas desapropriações, até porque a matéria inerente à desapropriação constitui um fenômeno que existiu desde os mais remotos sistemas jurídicos da Antigüidade, mas o direito ao recebimento de indenização pelo proprietário atingido era algo sobre o qual o direito ainda não firmara uma certeza. A propósito, há num livro de autoria de um jurista espanhol, José Canasi, denominado *El justiprecio en la expropiación pública*<sup>1</sup>, onde é descrita a penosa evolução por que passou o direito subjetivo à indenização, até ser consagrado nos diversos sistemas normativos da atualidade<sup>2</sup>.

Essa conclusão perpassou às inúmeras constituições, tais como a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (art. 14, n. 3), e a Constituição portuguesa (art. 62º), que albergam dispositivos que asseguram o pagamento de justa indenização ao proprietário. Entre nós, desde 1934 foi inserido no Texto Constitucional o adjetivo *justo* para qualificar a indenização. Havia, é certo, a previsão de indenização desde a Constituição de 1824, mas não que aquela devesse ostentar os contornos da justeza.

Todas as nossas Constituições, a contar de 1934, excetuada a Carta Dittorial do Estado Novo, assentaram o direito à justa indenização.

Em sede de justa indenização há uma particularidade interessante: a figura expropriatória de que estamos cuidando, qual seja a desapropriação para fins de reforma agrária, derivada do não-cumprimento da função social pelo proprietário e que, na pena de muitos autores, ostenta a denominação de desapropriação-sanção, porque resulta da omissão do proprietário em cumprir uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico, que é a de legar uma missão social ao seu imóvel, reabre a discussão sobre a necessidade de pagamento de compensação justa ao particular.

<sup>1</sup> CANASI, José. *El justiprecio en la expropiación pública*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

<sup>2</sup> Não obstante, relata Antonio Fernández de Buján (*Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa*. 5ª ed. Madri: Civitas, 2000, p. 217-218) que, mesmo não existente em Roma uma lei geral a disciplinar o instituto da expropriação, com a previsão de indenização, o pagamento desta constituía praxe nas hipóteses de utilidade pública ou no interesse do bem comum, chegando representar a completa reparação dos danos sofridos pelo expropriado.

O Professor Garrido Falla, no seu *Derecho Administrativo* (pág. 255)<sup>3</sup>, acentua que o fato de falar-se em desapropriação-sanção não retira do expropriado o direito a uma indenização justa.

Esse pensar está consignado em excelente trabalho da lavra do Professor José de Oliveira Ascensão<sup>4</sup>, no qual se aborda o instituto da desapropriação para fins de redimensionamento do latifúndio e do minifúndio sob a ótica da atual Constituição portuguesa<sup>5</sup>. Argumenta o autor que essa modalidade expropriatória não poderá ser feita sem a observância do art. 62º da Constituição lusitana, a fazer referência à justa indenização, mesmo em se tratando de uma figura ablativa onde há um contorno sancionatório em detrimento do proprietário<sup>6</sup>.

Daí resulta que grande problema a inquietar o executor do instituto da expropriação agrária é a questão da indenização justa. Ontem, no discurso de abertura deste Seminário, o Dr. Paulo Sérgio Domingues, com muita felicidade, expôs forte preocupação com a busca da indenização justa em breve passagem de sua fala. Tal binômio, a meu sentir, recai naquela que deixe o proprietário indene, porque faz com que permaneça no patrimônio dele o valor do bem, somado aos prejuízos que porventura aquele sofrera com a desapropriação. Entretanto, a indenização justa não poderá levar ao enriquecimento sem causa, o que constitui objetivo a ser evitado pelo Judiciário<sup>7</sup>.

Aqui no Brasil o Judiciário concentra a atividade de arbitrar ou fixar as indenizações. Em outros sistemas, a atividade do Judiciário é de mero controle. Estive observando, por exemplo, o Código das Expropriações de Portugal, consistente na Lei 168/99 (arts. 38º e seguintes), a retirar da província judicial a tarefa de fixar a indenização devida. Na falta de acordo, o Tribunal de Relação nomeia uma comissão de três árbitros e, após a decisão desta, caberá recurso

<sup>3</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 2. 3 ed. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

<sup>4</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. *A caducidade da expropriação no âmbito da reforma agrária*. Lisboa, Separata da Revista da Faculdade de Direito- XXVII, 1987. p. 63

<sup>5</sup> A caducidade da expropriação no âmbito da reforma agrária. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1987, n. XXVII.

<sup>6</sup> *Ibidem*. p. 25.

<sup>7</sup> Digno de transcrição o art. 23º da Lei portuguesa 168, de 18 de setembro de 1999: "A justa indemnização não visa compensar o benefício alcançado pela entidade expropriante, mas ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação, correspondente ao valor real e corrente do bem de acordo com o seu destino efectivo ou possível numa utilização económica normal, à data da publicação da declaração de utilidade pública, tendo em consideração as circunstâncias e condições de facto existentes naquela data".

para os tribunais ordinários, de maneira que a atividade não é, de regra, desenvolvida no processo judicial. Isso também pode observar na Lei de Expropriação espanhola, de 16 de dezembro de 1954, a cometer tal tarefa a um júri de cinco integrantes (arts. 31 e 32). Cuidando-se de desapropriação de bem agrário, daquele participam um representante da Câmara Provincial Agrária. Ao Judiciário remanesce o conhecimento de eventual recurso.

Visto isso, tem-se que a atividade de fixar o valor da indenização é eminentemente técnica, por isso o juiz não pode prescindir de perícia, a ser, no nosso sistema, realizado no processo judicial de desapropriação quando o administrado conteste o valor da oferta.

De logo, uma advertência é de ser feita: diversamente da Súmula 118 do extinto Tribunal Federal de Recursos, fundada no princípio da justa indenização, a Lei Complementar 76/93, introduziu, no seu art. 9º, §1º, uma radical alteração, dispondo que a perícia deverá ater-se unicamente aos pontos impugnados no laudo de vistoria administrativa.

O que não for questionado pelo expropriado é tido, por força da disponibilidade conatural aos direitos patrimoniais, como aceito pelo administrado. Ora, se o expropriado, em sendo capaz, pode abrir mão da integralidade da indenização, nenhum impedimento que o faça quanto a parcela desta. Daí segue que o laudo pericial não poderá sugerir elevação no valor do bem quando, a esse respeito, não houver insurgência específica do particular.

Advirta-se que o fato da lei prever a realização da perícia quando impugnado o laudo de vistoria administrativa, e nos pontos sobre os quais gravitar a impugnação, não impede que o juiz, para o fim de salvaguardar o interesse público, determine, com base na experiência comum, seja o exame levado a cabo.

Um questionamento que tem aflorado perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, bem assim no Estado da Bahia, é o inerente à qualificação do perito a ser designado pelo magistrado, tendo, inclusive, merecido destaque na Revista de Direito Agrário, de nº 15 (págs. 07-12), através de artigo de boa elaboração, intitulado “Perícia na Desapropriação Agrária”, cuja autoria coube a Lúcio Flávio Camargo Bastos<sup>8</sup>, professor da Universidade Federal da Bahia e advogado em Salvador, onde o articulista defende que, na desapropriação agrária, o experto deva, necessariamente, ser engenheiro agrônomo.

---

<sup>8</sup> BASTOS, Lúcio Flávio Camargo. Perícia na desapropriação agrária. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, a. 17, n. 15, p. 8-12, 1º semestre/2001.

Duas considerações não de ser tecidas sobre o assunto. É certo que a Lei nº 8.629/93 estabelece, no § 3º do seu art. 12, com a redação da Medida Provisória 2.183 – 56, de 24-08-01, que a perícia deverá ser feita por um engenheiro agrônomo. No entanto, penso que aquele mandamento legal não se aplicaria ao rito judicial da desapropriação, por força da exigência de lei complementar para discipliná-lo, na conformidade da reserva de legislação qualificada requerida pelo art. 184, §3º, da Lei Básica.

Bem frisa Celso Ribeiro Bastos<sup>9</sup>, o art. 183, §4º, da CF, “exige lei complementar para disciplinar a ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Saliente-se a importância dada pela Constituição ao tema, consistente na fixação das regras processuais a vigerem no processo expropriatório. Não basta, portanto, uma lei ordinária. Há de ser uma lei complementar votada em consequência por maioria absoluta”.

Considerando-se que a perícia constitui a mais importante prova a ser produzida em demanda de desapropriação, segue-se, assim, que o art. 12, § 3º, da Lei 8.629/93, não é capaz de vincular a atividade do juiz na condução do feito.

Doutro lado, não se pode sonegar que a Lei Complementar nº 76/93, vocacionada ao trato do ritual da ação de desapropriação para fins de reforma agrária, permite, no seu art. 22, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Dito isso, observe-se que o Código de Processo Civil é expresso ao estabelecer, no art. 145, §2º, a necessidade de o perito demonstrar a sua habilitação na modalidade de perícia exigida, com base em certidão do órgão profissional respectivo.

Por sua vez, como lembra Lúcio Flávio Camargo Bastos, ao invocar o art. 13 da Lei 5.194/66, que regula a profissão de engenharia, agronomia e arquitetura, dispõe que os estudos, plantas, projetos, laudos e qualquer outro trabalho de engenharia, arquitetura e agronomia, somente terão valor jurídico quando elaborados por profissionais habilitados de acordo com as suas disposições. Em complemento, a Resolução 218/73, do CONFEA, responsável por traçar discrimen entre as atividades dos engenheiros civis e engenheiros agrônomos, é clara em dizer que aquele está centrado na circunstância da atividade de engenharia ser realizada no meio urbano, ou no meio rural.

---

<sup>9</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, 1990. v. 7, p. 26.

Daí decorre que, a princípio, deva a designação do perito recair em engenheiro agrônomo.

Creio que, como maneira de superar eventual inconveniente, seria o caso do juiz exigir, quando da apresentação do laudo, a juntada da competente anotação de responsabilidade técnica, a ser emitida pelo CREA. Ainda que o experto nomeado não seja engenheiro agrônomo, mas engenheiro civil, a expedição da anotação de responsabilidade técnica demonstra, *quantum satis*, a habilitação do profissional para o tipo de perícia exigido, evitando-se o questionamento, pelo motivo em comento, da nulidade do laudo.

Posicionando-se em querela que lhe fora submetida, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em mais de uma decisão<sup>10</sup>, chegou a anular laudos periciais quando elaborados por engenheiro civil, desde que haja a ocorrência do prejuízo constatado em face de uma proporcional e densa elevação do valor da oferta.

Outro ponto que destacaria também é o da necessidade de intimação do Ministério Público Federal da designação da perícia, tanto para que se pronuncie sobre o perito nomeado, quanto para formular, querendo, quesitos.

A Lei Complementar nº 76/93, cujo art. 18, §2º, ao notabilizar-se diante do sistema processual expropriatório pela necessidade de intervenção do Ministério Público antes de cada decisão, assim impõe, dada a condição de decisão interlocutória do ato que determinar o exame. Não poderia ser diferente. O art. 83, II, do CPC, ao cuidar da intervenção na qualidade de *custos legis*, é peremptório em assegurar ao representante daquele a prerrogativa de requerer a produção de provas que reputar necessárias ao descobrimento da verdade, donde segue não ser admissível que lhe seja recusado o direito ao acompanhamento das provas requeridas pelas partes ou determinadas de ofício pelo julgador.

Outro ponto que gostaria de agregar diz respeito aos dados físicos do imóvel que deverão ser avaliados.

Silente a Lei Complementar 76/93, a Lei Geral de Desapropriações (Decreto-lei 3.365/41) manifesta-se, pelo seu art. 26, §1º, no sentido de que so-

---

<sup>10</sup> 2ª T., ac.un., AC 217784-CE, rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJU de 09-08-2002, p. 1968; 1ª T., ac.un., AC 205357-CE, rel. Des. Fed. José Maria Lucena; DJU de 20-06-2002, p. 506; 2ª T., ac.un., AC 194241CE, rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira, DJU de 26-04-2002, p. 1040. Merece destaque também a AC 229.639 – CE (3ª T., ac. un., rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro (convocado), DJU – II de 27-06-02, p. 642), sufragando o entendimento de que, regendo-se o processo judicial de desapropriação para fins de reforma agrária pela Lei Complementar 76/93, não é de ser exigida a obrigatoriedade do perito ser engenheiro agrônomo, haja vista o silêncio do referido diploma legal.

mente os melhoramentos feitos no imóvel até o decreto expropriatório poderiam ser submetidos à avaliação, excepcionadas as benfeitorias necessárias.

Isso porque se pressupõe pequeno intervalo entre a declaração de interesse social e o ajuizamento da ação de desapropriação, seguido da correspondente imissão na posse. Caso medeie longo espaço de tempo entre o ato declaratório e a imissão na posse, com substanciais alterações no estado físico do bem, com o acréscimo de novos melhoramentos pelo desapropriado, segue-se que a solução mais justa seria observar as benfeitorias existentes até o desapossamento daquele do imóvel. É que a edição do decreto expropriatório não priva o administrado da propriedade e da posse, incidente sobre a coisa, não restando aquele impedido de nesta proceder a novas edificações.

Outro ponto que gostaria de destacar é o inerente ao momento fático a que deve reportar-se a avaliação. Esta, ao procurar delimitar a perda sofrida pelo expropriado, deve, grosso modo, guiar-se pelo valor de mercado. Pergunta-se: qual o instante adequado para aferir-se tal estimativa? O art. 12 da Lei Complementar nº 76/93 é expresso, ao dizer que é o valor que pode ser apurado à data da perícia. Nesse ponto, o legislador não perpetró nenhum absurdo, até porque, no procedimento expropriatório, a perícia é feita num pequeno intervalo de tempo após a imissão na posse do expropriante. O próprio despacho que decreta a imissão na posse já determina a realização da perícia, que é feita no prazo de aproximadamente 60 dias.

Assim, descabe ao expropriante postular uma nova avaliação do bem pelo só motivo de, no instante em que é convocado a integrar o pagamento do valor da indenização, a estimativa de mercado, por acontecimentos supervenientes, situar-se em patamar bastante inferior ao fixado na sentença exequianda.

Todavia, pode ocorrer, por atraso não imputável ao expropriado, que se verifique, entre o ato declaratório e a perícia, longo intervalo de tempo, constando-se nesse ínterim sensível desvalorização do bem expropriado. Sou de que o expropriado não poderá ser prejudicado por demora a que não dera causa, de modo a que a perícia, excepcionalmente, deverá louvar-se no valor praticado durante a edição do decreto de interesse social.

Um ponto que creio será bem dissertado pelo Dr. Gilberto Bampi, até pela formação técnica que possui sobre o assunto, e talvez seja o que enseje maior dificuldade na compreensão e aplicação das normas referentes à justa indenização nas desapropriações, diz respeito ao limite legal, consistente no valor de mercado.

Primeiramente, gostaria de dizer não vislumbrar incompatibilidade alguma da regra do art. 12 da Lei 8.629/93, introduzido pela Medida Provisória 2.183

– 56/01, ao reportar-se ao valor atual de mercado, diante do princípio da justa indenização.

Isso porque o valor de mercado é o primeiro que pode retratar o conteúdo econômico representado pelo bem. Melhor explicando, o valor deste, acrescido dos prejuízos que o expropriado tenha sofrido com a desapropriação (remuneração devida pela contratação de assistente técnico, transporte de móveis e semoventes, rescisão de contratos de trabalho, outros danos objetivamente comprovados etc.), é o quantitativo hábil para expressar a justa indenização. Destarte, a nova redação do art. 12, *caput*, da Lei 8.629/93 não comete nenhum atentado ao princípio da razoabilidade<sup>11</sup>. Ressalva-se, apenas e tão-só, a sua superação quando o expropriado sofrer, em decorrência da medida, outros danos, devidamente comprovados.

A matéria já se encontra pacificada noutras plagas. Fernando Alves Correia, ao comentar o art. 28º, nº 1º, do Código das Expropriações de 1976, que alude aos danos suportados pelos expropriados, entende que estes, de uma maneira geral, correspondem ao “valor comum do bem expropriado, ou, por outras palavras, ao respectivo valor de mercado ou ainda ao seu valor de compra e venda”<sup>12</sup>.

Durante a vigência do atual Código das Expropriações, aprovado pela Lei nº 168/99, cujo art. 23º, já transcrito, refere-se ao “valor real e corrente do bem”, J. A. Santos<sup>13</sup> ratifica o entendimento doutrinário antes referido, no sentido de prestigiar o valor de mercado do bem.

De forma idêntica na Espanha, onde o Tribunal Constitucional (*Sentencia RUMASA II*) legou à expressão justo preço, constante da Ley de Expropiación Forzosa de 16 de dezembro de 1954, significado coincidente com “*o direito*

---

<sup>11</sup> Sabe-se que a possibilidade do legislador limitar a justa indenização fora objeto de anterior questionamento, à época do Decreto-lei 554/69, cujo art. 11 limitava a indenização ao valor máximo, atribuído para o cálculo do ITR. É certo que, naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal entendera que o legislador incidira em postura inconstitucional, havendo, em sentido diverso da maioria, o bem-lançado voto do Ministro Francisco Rezek. Diversamente da hipótese ora cogitada, relacionada com a estimativa mercadológica, a inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto-lei 554/69 se impunha pela impossibilidade de restringir-se o conceito de justa indenização, qualquer que fosse a situação, à base de cálculo do ITR, declarada pelo proprietário, o que, sem dúvida, afrontava o razoável..

<sup>12</sup> *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra, 1982, p. 129.

<sup>13</sup> Código das Expropriações – Anotado e Comentado. 2ª ed. Lisboa: DisLivro, p. 311. O autor faz ainda referência a posição do Tribunal Constitucional português (Acórdãos nº 442/87 e 52/90), onde, a despeito do reconhecimento da competência do legislador para estabelecer os critérios do que se deva considerar como justa indenização, aquele é defeso atuar com desrespeito à igualdade e proporcionalidade.

*a perceber a contraprestação econômica* que corresponda ao *valor real* dos bens e direitos expropriados, qualquer que seja este, pois o que garante a Constituição é o razoável equilíbrio entre o dano decorrente da expropriação e sua reparação”<sup>14</sup>, havendo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>15</sup> apontado que esse valor real há de resultar do próprio mercado.

A definição de valor de mercado não deve servir de anteparo ao Poder Público, com a finalidade única de reduzir o valor da indenização devida. Valor de mercado, a meu sentir, é a cotação máxima que, em condições econômicas normais, o proprietário poderá obter numa compra e venda<sup>16</sup>.

Ainda quanto ao valor de mercado, remanesce a indagação, sob o viés técnico, de atestar-se a correção do critério plasmado pelo art. 12, §1º, da Lei 8.629/93, com a redação da Medida Provisória 2.183 – 56, de 24-08-01, consoante o qual, uma vez verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis em dinheiro, obtendo o preço da terra a ser indenizado em TDA. Há fortes críticas de peritos sobre se aquilo realmente satisfaria o valor de mercado, havendo o próprio INCRA, à página 38 do relatório que aqui distribuía, no começo da manhã, mencionado as dificuldades que o dispositivo tem enfrentado nas suas aplicações práticas, de maneira que tenho como pressuroso afirmar que a metodologia ali especificada é de ser reputada definitiva, ressaltando-se a possibilidade, por método outro, da descoberta, caso a caso, do que deva retratar a justa indenização.

Dificuldade apresenta ainda a dição do art. 12 da Lei 8.629/93, ao incluir na terra nua o valor da cobertura vegetal.

O Professor Alcides Jorge Costa, que hoje pela manhã nos brindou com proficiente palestra, alertou, na oportunidade em que discorria sobre tributação agrária, para a necessidade do ordenamento jurídico-tributário brasileiro ser

<sup>14</sup> “el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropriados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación” (apud Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. 8ª ed. Madri: Civitas, 2002. Vol. II, p. 302).

<sup>15</sup> Curso de Derecho Administrativo. 8ª ed. Madri: Civitas, 2002. Vol. II, p. 302-303. Uma pequena diversidade é apresentada pela jurisprudência argentina. Em julgado de 18-12-90, citado por Rodolfo L. Vigo (Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 166, item 5.62) relativo à expropriação para o Serviço Nacional de Parques Nacionais, a Corte Suprema de Justiça da Nação fixou que a fixação da indenização é assunto de alçada legislativa, não possuindo foros constitucionais, podendo o legislador traçar exceções ao princípio da compensação plena e integral.

<sup>16</sup> O critério, como visto linhas atrás, fora objetivado pelo legislador lusitano no art. 23º da Lei 168/99.

examinado conforme as peculiaridades de cada região. Por exemplo: as peculiaridades do Nordeste em matéria de cobertura vegetal são bastante diferentes das encontradas na Região Norte. Esse o primeiro cuidado a ser tomado na fixação do valor da cobertura vegetal.

Nesse diapasão, a jurisprudência, ao contrário das decisões tomadas em desapropriações efetuadas no período de alta inflação, onde as indenizações se mostraram em valores irrisórios, tem procurado estatuir critérios mais rigorosos acerca da admissibilidade da avaliação da cobertura vegetal. Gostaria de destacar vários acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, principalmente da sua 4ª Turma<sup>17</sup>, a exigirem que, no laudo pericial, conste, além de um inventário florestal detalhado, a idéia aproximada do custo da exploração madeireira, da viabilidade de comercialização do respectivo produto.

Invoco igualmente um julgado da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual enfoca, de maneira cautelosa, a questão da indenizabilidade da cobertura florística. Cuida-se do Recurso Especial nº 122.114 – SP<sup>18</sup>, relatado pelo eminente Min. Franciulli Neto. Tratava-se de uma propriedade sita numa área montanhosa, de difícil acesso, em que a comercialização do potencial madeireiro seria bastante custosa, razão pela qual ele excluiria a condenação do expropriante no pagamento da cobertura vegetal<sup>19</sup>.

Creio que o laudo, em tais situações, não pode limitar-se a dizer que há, na propriedade, cobertura vegetal e que esta é suscetível de aproveitamento econômico. Aquele, como decorre dos arestos mencionados, tem que detalhar algo mais.

Ainda quanto à cobertura vegetal, há o levantamento pericial de destacar a reserva legal do art. 16 da Lei 4.771/65, incidente sobre toda a área do imóvel rural, tendo em vista aquela não ser passível, segundo penso, de indenização, já que não se verifica a possibilidade jurídica de exploração dessa parcela do bem.

---

<sup>17</sup> Ac.un., AC 51.221-7-AC, rel. Des. Fed. Mário César Ribeiro, DJU – II de 20-08-99, p. 343; ac.un., AC 44.017-8-AC, rel. Des. Fed. Ítalo Mendes, DJU – II de 26-01-01, p. 24.

<sup>18</sup> Mv, DJU de 01-04-02.

<sup>19</sup> Mais enfático o RESP 301.111 – CE (2ª T., mv, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 15-10-02), onde restou proclamado que a indenização da cobertura vegetal dependeria das condições de cada gleba, especificamente se os proprietários auferem lucro com a exploração econômica da madeira, ou se a existência do potencial econômico da cobertura florística é fator influente, de modo autônomo, no preço do imóvel, até porque, na praxe, eventual valorização que envolve a mata já influenciaria a cotação do imóvel.

Qual é o fundamento da indenização da cobertura vegetal? A meu ver, é a possibilidade de sua exploração econômica. Se, na qualidade de proprietário, o administrado não pode explorar a área onde incide a reserva legal, significa que aquele não poderia beneficiar-se com indenização decorrente da madeira ali existente.

Diz-se que tal limitação configura uma autêntica desapropriação. Divirjo. Perfilho o entendimento que foi esposado em excelente trabalho sobre a desapropriação florestal, da lavra do Professor Herman Benjamin, publicado na Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol.1, nº 3. Concorde com S. Ex<sup>a</sup> quando diz que aquilo realmente é uma limitação administrativa, e não desapropriação, até porque é genérica, incidindo, de forma razoável, sobre todas as propriedades existentes no território nacional.

O Professor José de Oliveira Ascensão<sup>20</sup>, no trabalho há pouco referenciado (fls. 14), deixa bem claro que a teoria da minoração de substância, engendrada como uma nova forma de desapropriação, pelo esvaziamento da substância da coisa por ato estatal, não opera quando se tem um ato genérico, abrangente de todas as propriedades de um certo país, não devendo, dessa forma, preponderar a visibilidade de uma desapropriação, mas, ao inverso, de limitação administrativa.

Lamentavelmente, esse pensar não grassou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual, em pronunciamentos iterativos, vem admitindo a indenização da parcela da cobertura vegetal sobre a qual incide a reserva legal<sup>21</sup>.

De observar ainda que, como delineado pelo Superior Tribunal de Justiça no citado Recurso Especial 122.114 – SP, é de afastar-se a indenização quando o proprietário adquirir um bem com uma limitação já existente, à consideração de que a fixação do preço de aquisição do bem levara em conta a existência do gravame legal.

Tenho ainda a análise de outras questões, o que poderia conduzir ao prolongamento demasiado da exposição. Fixar-me-ei no seguinte: o que considero mais importante numa perícia é a quantidade de informações que o experto carrega ao conhecimento do juiz, ainda que este não concorde com algumas das sugestões propostas.

---

<sup>20</sup> *A caducidade da expropriação no âmbito da reforma agrária*. Lisboa, Separata da Revista da Faculdade de Direito- XXVII, 1987. p. 14.

<sup>21</sup> Consultar: 2ª T., ac. un., rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 108/1.314; 2ª T., ac. un., rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 29-11-02.

Vi em algumas perícias, *verbi gratia*, que o perito, quando procedia a uma aferição de construções no imóvel, tais como casas, cercas e armazéns, elaborava um quadro anexo, discriminando como chegara aos valores apontados. Em alguns casos, inseria, por exemplo, encargos sociais e taxa de administração, rubricas que, na condição de julgador, excluía, já que o seu pagamento, no interior do Nordeste, não é cogitado, salvo hipóteses de extrema raridade, posição que chegou a contar com o beneplácito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região<sup>22</sup>.

Vi igualmente, em casos de plantações voltadas à implantação de culturas de coco, ou de cajueiros, lançar o perito a incidência de juros compensatórios naquela avaliação. A despeito da reserva que mantenho quanto aos juros compensatórios nas desapropriações em causa<sup>23</sup>, cujo objeto é, quase sempre, bem improdutivo, entendia que o seu cabimento decorria unicamente da perda da posse na imissão prévia, não podendo o proprietário fazer novamente *jus* a tal verba no cálculo do valor de tais plantios. Assim, alijava tal excedente, constante do laudo, ao estabelecer o valor da indenização.

Interessante também agregar que o laudo de vistoria administrativa, a que se refere o art. 5º, IV, da Lei Complementar 76/93, constitui documento proveniente da Administração Pública, mais precisamente da fecunda e operosa atividade de seus técnicos, e, por isso, goza de presunção relativa de veracidade.

Não obstante, observei, em curta convocação com que fui honrado no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, casos em que o laudo pericial continha muito menos elementos do que o laudo do INCRA e, mesmo assim, fora aceito pelo magistrado quando da fixação da compensação justa. Nalgumas situações o laudo do perito do juízo, na parte de cobertura vegetal, era demasiado conciso, vazando, em meia página, informação que fora aceita como idônea para elevar em patamar de aproximadamente quarenta a cinquenta por cento o montante da indenização. Ousei em rejeitar a remansosa orientação pretoriana, segundo a qual, em sendo o perito terceiro imparcial, caberia ao juiz adotá-lo em detrimento daqueles que respaldavam as alegações das partes. Assentei, então, que a acolhida do laudo pericial residia não na circunstância de ser elaborado

---

<sup>22</sup> 3ª T., AC 53.269-2-RN, rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, DJU – II de 08-09-2000, p. 803; 1ª T., AC 49.992-0-RN, rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcanti, DJU – II de 16-06-00, p. 631.

<sup>23</sup> Não obstante o Supremo Tribunal Federal pacificou o debate, propendendo, em sede cautelar na ADIN 2.332 – 2 (rel. Min. Moreira Alves, DJU de 13-09-01, p. 1), pela inconstitucionalidade do §1º do art. 15 – A do Decreto-lei 3.365/41, acrescido através de medida provisória.

por auxiliar do juízo, mas sim por conter uma motivação tal que fosse adequada para conduzir o juiz a afastar-se de algumas das conclusões da vistoria administrativa<sup>24</sup>.

Uma questão sobre a qual não cogitarei é a inerente à figura do art. 243 da Constituição, ao estabelecer o confisco, para fins agrários, daquelas propriedades onde forem encontradas plantações de psicotrópicos fora dos casos permitidos em lei. Há a Lei 8.257/91 regulando o correspondente processo judicial, a exigir, de forma cogente, a realização de perícia (art. 7º, §2º)<sup>25</sup>. Como não há necessidade de quantificação de valores, porque não haverá pagamento de indenização, penso que o levantamento pericial deverá tender apenas à delimitação da área afetada, direta ou indiretamente, ao plantio nocivo.

Finalmente, desejaria tecer um comentário. Quando, na manhã de hoje, o Dr. João Bosco Medeiros de Souza falava, da tribuna, com a maestria que lhe é peculiar, sobre as espécies de desapropriação no nosso sistema jurídico, passou-me pela mente o seguinte: embora possa aparecer paradoxal, o nosso Constituinte, a partir de 1946, manifestou acentuada falta de vontade política em relação à reforma agrária.

Vejamos.

Em 1946, por proposição do então Senador José Ferreira de Souza, Professor da Faculdade Nacional de Direito, ingressou no nosso sistema jurídico a desapropriação por interesse social. Promulgou-se a Lei 4.132/62 para o seu disciplinamento. Cria-se, ao depois, com a Emenda Constitucional 10/64, ratificada pelas Constituições de 1967 e 1969, a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, editando a legislação que o instituto exige; posteriormente, o Constituinte de 1988 traz a lume a desapropriação especial por interesse social, para fins de reforma urbana, para a qual se exigem requisitos próprios, entre os quais a edição de uma lei federal, recentemente aprovada, que é a Lei 10.257/01, além duma lei em cada um dos quase cinco mil municípios brasileiros, enunciando as áreas onde a medida vai incidir.

Essa criação de várias figuras de desapropriação por interesse social, cada qual dependente de requisitos específicos, nada mais é do que a vontade,

---

<sup>24</sup> Esse entendimento está em sintonia com a doutrina, inclusive estrangeira. À guisa de ilustração, ensina, com muita propriedade, Roberto Dromi (*Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 226) que, não se tratando de atos nulos, o que não é o caso de tais vistorias administrativas, toca ao particular que impugna a sua legitimidade o encargo de demonstrar tal circunstância.

<sup>25</sup> Conferir o decidido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (1ª T., ac. un., AC 36.810 – PE, rel. Des. Fed. Rivalvo Costa, DJU – II de 02-09-94, p. 48.323).

sem rebuços, de adiar para as calendas gregas a efetivação, em nosso país, da desapropriação por interesse social, com aptidão para promover, de fato, a justa distribuição da propriedade.

Contrariamente, estava observando, por exemplo, que, no direito espanhol, a vigente Lei de Expropriação Forçada, de 1954, consagra única modalidade de desapropriação por interesse social, tendo como causa o não-cumprimento da função social da propriedade. Não se distingue os imóveis em rurais ou urbanos, nem se está diante de desapropriação comum ou especial, nem se incide sobre bem produtivo ou não, se possui determinada extensão ou não, de sorte a abster-se de criar embaraços que acabam surgindo na desapropriação por interesse social nestas plagas. Talvez se o nosso sistema perfilhasse um só modelo de desapropriação por interesse social, emanado do fato do titular do domínio não legar ao bem a exploração que deveria ter, violando, assim, a função social que àquele é inerente, as reformas agrária e urbana já teriam alcançado mais sentido desenvolvimento.

Agradeço a enorme atenção e paciência com que me ouviram. Muito obrigado.

## O PROBLEMA DA INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO FLORESTAL (ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL)

**Raimundo Alves de Campos Jr.**

*Juiz Federal (Substituto) da 4ª Vara da SJ/AL  
e Mestre em Direito pela UFPE*

*SUMÁRIO: 1. Propriedade versus higidez ambiental: categorias de direitos fundamentais; 2. Relação entre os princípios da função social da propriedade e da proteção do meio ambiente na Constituição de 1988; 3. Resolução do conflito entre os direitos fundamentais de propriedade e de preservação do meio ambiente; 4. Propriedade: limitações e restrições; 5. Limites internos e externos da propriedade; 6. Poder de polícia e função social da propriedade; 7. A obrigação de preservar o meio ambiente e o direito de propriedade: cabimento ou não da indenização; 8. Desapropriação indireta e indenização; 9. Instrumentos de preservação ambiental. 9.1. As Áreas de Preservação Permanente. 9.2. As Reservas Florestais Legais; 10. O problema da indenização das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Florestais Legais; 11. Pressupostos para a indenização de áreas de interesse ambiental; 12. Áreas de preservação permanente (reservas ou estações ecológicas), reservas florestais legais e direito de propriedade (análise jurisprudencial); 13. Parques nacionais e estaduais versus direito de propriedade (análise jurisprudencial); 14. Síntese da jurisprudência brasileira sobre indenização das áreas de preservação ambiental; 15. Conclusões.*

### **1. PROPRIEDADE VERSUS HIGIDEZ AMBIENTAL: CATEGORIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O surgimento dos direitos fundamentais do homem, enquanto conjunto de prerrogativas e garantias, foi influenciado pelo pensamento cristão e pelo direito natural.

Com as revoluções dos séculos XVII e XVIII, sobretudo a independência dos EUA e a Revolução Francesa, encontraram-se presentes as condições sociais para que os direitos fundamentais fossem formulados. No seu surgimento, contudo, leva-se em consideração o homem de forma ideal. Asseguravam-se os direitos fundamentais, mas as condições sócio-econômicas necessárias para que eles fossem efetivamente exercidos nem sempre eram garantidas. A despeito das inegáveis vantagens para a coletividade, serviram como pano de fundo para que a burguesia, já consolidada como classe econômica e social mais forte, pudesse se desenvolver e libertar-se das amarras do estado absolutista.

Foi em virtude do entendimento do homem, enquanto destinatário ideal dos direitos fundamentais, mostrar-se insuficiente, que, com o decorrer da história, o conteúdo daqueles foi ampliado. Hoje, os direitos fundamentais, matéria necessária em quase todas as Constituições do mundo, englobam tanto os direitos inicialmente considerados como tal, agora direitos individuais, como toda uma nova série de prerrogativas e garantias que busca assegurar o exercício da cidadania plena,<sup>1</sup> esta entendida em sua conceituação mais ampla.

Os direitos fundamentais, como é cediço, dividem-se em gerações, sendo a propriedade representante da primeira geração e o meio ambiente da terceira. Os direitos fundamentais da terceira geração são dotados de alto teor de humanismo e universalidade e têm por destinatário o “gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de sua existencialidade concreta”.<sup>2</sup>

O meio ambiente, apesar de ser classificado como direito de terceira geração, não se subordina ao direito de propriedade, de primeira geração. E tal se dá porque o entendimento dominante na doutrina é no sentido de compreender as categorias de direitos fundamentais num mesmo nível de dignidade constitucional, formando um todo harmônico.

Estabelecido que o direito de propriedade e o direito à higidez ambiental são direitos fundamentais, ambos assegurados constitucionalmente, qualquer

---

<sup>1</sup> É por esse motivo que alguns autores asseveram que o direito à propriedade é um direito inerente à condição humana, isto significando dizer que “aqueles que estão espoliados desse direito fundamental sequer podem ser considerados cidadãos”. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1999, p.121.

<sup>2</sup> ARAÚJO SÁ, José Adonis Callou de. Função social da propriedade e preservação ambiental. *Revista Teia Jurídica*. Recife. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/a/propmamb.htm>>. Acesso em: 15 maio 2000, p. 6.

tentativa de resolução de conflito entre eles passará, obrigatoriamente, pelo intrincado problema da colisão entre direitos fundamentais.

## **2. RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A passagem do Estado Liberal ao Social, induzida por mudanças de mentalidade em uma realidade de crescentes exigências sociais que aquela ordem não visava atender, conduziu à nova definição do direito de propriedade. A caracterização da propriedade como direito absoluto foi, portanto, ultrapassada, evoluindo para um sistema de limitações decorrentes de confrontações com interesses públicos. Chegou-se, assim, ao direcionamento da propriedade ao cumprimento de uma função social. Sobre essa evolução do conceito, afirma Raimundo Bezerra Falcão que “não se cogita mais de um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, mas de algo cujo exercício far-se-á em consonância com os interesses sociais, hoje tidos em maior altitude”.<sup>3</sup>

O direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos e democráticos, tem sempre um conteúdo social. Este se expressa pela fórmula, universalmente adotada, da função social da propriedade, gerida na convicção, hoje incontestável, de que a propriedade não pode ser usada em detrimento da sociedade.<sup>4</sup>

A ordem implantada pela nossa Constituição não reconhece o direito de propriedade desvinculado da função social. Trata-se, portanto, de um direito que só é reconhecível em sua totalidade quando respeitados os valores e objetivos que lhe são antecedentes. Com razão, pois, Meirelles, ao afirmar que,

superado o conceito absolutista do direito de propriedade – *jus utendi, fruendi et abutendi* –, que teve seu apogeu no individualismo do século XVIII, o domínio particular se vem socializando ao encontro da afirmativa de Léon Duguit de que a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor de riqueza. Com essa característica contemporânea, já não se admite o exercício anti-social do direito de propriedade, nem se tolera o uso anormal do direito de construir.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> *Apud* ARAÚJO SÁ, op. cit., p. 3.

<sup>4</sup> DOLZER, Rudolf. *Property and environment: the social obligation inherent in ownership: a study of the german constitutional setting*, Morges: IUCN, 1976, p. 13.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24.

Também com bastante percuciência, asseverou Benjamin que,

numa perspectiva mais moderna, principalmente a partir do reconhecimento de sua função social, ao direito de propriedade agregou-se outros limites. Bem mais recentemente, as Constituições trouxeram para seu corpo a previsão expressa da proteção do ambiente, como um desses pressupostos para o reconhecimento do direito de propriedade válido.<sup>6</sup>

A Carta Política contempla os dois princípios – da função social e da proteção ao meio ambiente – de modo bastante especial. Dispensou um tratamento peculiar ao princípio da função social, fazendo referência ao mesmo em distintos preceitos, mais especificamente quando o constituinte tratou dos direitos e deveres individuais e coletivos, da ordem econômica, da política urbana e da política agrícola e fundiária.

A atitude do constituinte foi bastante louvável, quando estabeleceu o uso da propriedade privada atrelada a uma função social, cuja peculiaridade mais importante é o atendimento simultâneo ao interesse coletivo e à preservação do meio ambiente.

O princípio da função social exerce um papel preponderante na *conciliação* do direito de propriedade e do direito à proteção ambiental. A nossa Constituição explicita essa relação quando cuida da propriedade rural, ao estabelecer que a função social é cumprida se há preservação do meio ambiente.<sup>7</sup> Os princípios (função social e preservação do meio ambiente) são autônomos, mas profundamente interligados.

Embora os direitos de propriedade e ao meio ambiente sadio estejam expressos no mesmo texto normativo, Weigand, na mesma esteira do pensamento de Benjamin, pensa que, no regime constitucional brasileiro, a tutela do

---

<sup>6</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Direito de propriedade e meio ambiente. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 16., 1996 *Anais...* Fortaleza: OAB, Conselho Federal, 1996, p. 8.

<sup>7</sup> Diz a CF/88, numa repetição do que já dissera o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), que a função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, aos requisitos de: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; e observância das disposições que regulam as relações de trabalho. Por utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, entende a lei que tal só se verifica quando essa exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade, enquanto por preservação do meio ambiente diz o legislador ser a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

meio ambiente, quando confrontada com o direito de propriedade, lhe é logicamente antecedente, tanto que “inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental”.<sup>8</sup>

No sistema constitucional brasileiro, aponta Benjamin,

a proteção do meio ambiente está na gênese do direito de propriedade. É indubitável a relação entre a tutela ambiental e direito de propriedade [...] De fato, direito de propriedade e meio ambiente são interligados, como que faces de uma mesma moeda [...] Qualquer tutela ambiental implica sempre interferência no direito de propriedade. Essa interferência é, na origem, constitucional, imposta tanto para o Poder Público (trata-se de comportamento vinculado) como para o particular (é comportamento decorrente de função).<sup>9</sup>

Também com fulcro no argumento de que inexiste direito de propriedade pleno sem salvaguarda ambiental, afirma Lôbo que

o meio ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível e exigível por todos. A preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei.<sup>10</sup>

Esta última assertiva, contudo, deve ser interpretada com ressalvas. É que a proteção do meio ambiente, no plano formal da Constituição, por si só, não está em conflito com o direito de propriedade.<sup>11</sup> Ao contrário, é uma união

<sup>8</sup> WEIGAND, Vera Maria. Reflexões sobre direito e sustentabilidade em tempos de globalização. *Revista Teia Jurídica*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com/mz/sustdes.html>>. Acesso em: 21 out. 2001, p.10.

<sup>9</sup> *Apud* WEIGAND, *op. cit.*, p. 10.

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Direitos & Deveres*. Maceió, ano 2, n. 3, 1998, p. 104-105.

<sup>11</sup> É por esse motivo que Gustavo Santos, partindo do fato de que o conceito de propriedade está submetido às exigências ambientais e tendo em vista que a interpretação constitucional não protege o direito de propriedade das condutas contrárias ao meio ambiente, entende que não há colisão entre os direitos fundamentais de propriedade e de preservação ambiental. Para este autor, “ao lado da proteção ambiental, ainda resta presente na Constituição, como princípio da ordem econômica, a previsão da proteção à propriedade. [...] Como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um núcleo essencial irreduzível, que não poderá ser afastado”. SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de propriedade e direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: colisão de direitos fundamentais? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 147, jul./set. 2000, p. 25.

indissolúvel, pressuposto para o reconhecimento do direito de propriedade válido. Além disso, devido ao fato de as normas que asseguram o direito de propriedade e o direito à higidez ambiental possuírem índole principiológica, necessário é lançar-se mão da Teoria dos Princípios,<sup>12</sup> bem como da distinção entre regras e princípios, para a solução de um eventual conflito de normas que envolvam tais direitos fundamentais, de igual dignidade constitucional.

Nesse sentido, é preciso, ainda, para a escorreita interpretação e concretização dos princípios da função social da propriedade, da dignidade da pessoa humana e da preservação ambiental, efetuar-se uma interpretação pluralizada,<sup>13</sup> eis que “a construção principiológica, consagrada pela Constituição, corrobora a tese da interpretação pluralizada, ou seja, para melhor compreender o sentido e a extensão do conteúdo daqueles princípios, é mister vislumbrá-los conjuntamente”.<sup>14</sup>

Em síntese, o que se deve ter em mente é, pois, que a propriedade deve atender a sua função social e seu uso deve ser compatível com a preservação do meio ambiente. Num eventual conflito entre tais princípios, é imprescindível lançar-se mão da Teoria dos Princípios a fim de que se obtenha a harmonização desejável, a partir da ponderação dos valores envolvidos.

### **3. RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROPRIEDADE E DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

É sabido que tanto a propriedade como o meio ambiente ecologicamente equilibrado são direitos fundamentais assegurados pela Constituição, direitos estes que estão intrinsecamente relacionados com os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente.

Por certo que nenhum desses princípios são absolutos, vez que são princípios constitucionais e, como tais, podem ser objeto de restrições, objetivando a harmonização dos mesmos com outros princípios igualmente consubstanciadores de direitos fundamentais.

<sup>12</sup> Teoria cunhada por Ronald Dworkin e desenvolvida por Robert Alexy.

<sup>13</sup> E isso porque somente a partir da análise do caso concreto, com a ponderação dos valores envolvidos, é que se poderá saber qual o bem e/ou o valor que irá prevalecer.

<sup>14</sup> ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 114.

Excetuando-se quando vislumbrado em sua concepção histórica ou liberal, o fato é que os princípios do direito de propriedade e do meio ambiente são harmonizáveis. É que o direito de propriedade não se extingue em face da função social, nem tampouco em razão da proteção do meio ambiente. “São situações perfeitamente conciliáveis desde que para tanto o proprietário exerça seu direito dentro dos limites negativos e positivos permitidos”.<sup>15</sup> A função social condiciona o uso da propriedade, em regra não a extingue.

Com razão Derani, quando afirma que

os direitos fundamentais compreendidos como liberdades não podem anular-se reciprocamente. Uma liberdade prescrita pelo direito não pode perder a eficácia pela imposição de outra liberdade igualmente prescrita no direito positivo. Em nada é, por exemplo, a liberdade de iniciativa econômica superior à liberdade de se desfrutar de um ambiente ecologicamente equilibrado. Na verdade, estes princípios não comportam uma consideração de superioridade ou inferioridade. Os princípios normativos constitucionais estão na mesma base hierárquica.<sup>16</sup>

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma liberdade a ser conquistada socialmente, a liberdade de viver e deixar viver a que já se referiu Strauss.<sup>17</sup> Esta conquista só é possível com a orientação das relações sociais pautadas no princípio da defesa do meio ambiente. No plano da ordem econômica constitucional, esta orientação obriga os agentes privados nas suas relações econômicas e o Poder Público na orientação da atividade econômica e na sua atuação como agente econômico.

A Carta Política vigente assegurou o direito de propriedade, porém exigiu que este deverá atender a uma função social. O direito de propriedade só é válido, pois, se observar a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

Assim, já não mais se está diante da concepção absolutista, retratada no art. 524 da Lei nº 3.071/16 (Código Civil de 1916, já revogado), pois, agora,

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>16</sup> DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 99.

<sup>17</sup> STRAUSS, Claude Lévi. *Coação e liberdade: o olhar distanciado*. Lisboa: Edições 70, 1983, p. 390.

comprometida com os fins do Estado Social, a propriedade só é válida se atender a função social e se preservar o ambiente, razão pela qual a legislação infraconstitucional precisa obedecer ao mandamento constitucional. Entretanto, segundo Benjamin,

é forçoso reconhecer que ainda interpretamos o arcabouço infraconstitucional e compreendemos o fenômeno da interferência estatal em favor do ambiente com os olhos postos na Constituição de 1969 e nos textos que a antecederam. Vale dizer, não fomos capazes de proceder à releitura (= a atualização) do Direito do *ancien régime*, agora sob as premissas do modelo constitucional instaurado em 1988.<sup>18</sup>

A tentativa de resolução, quando de eventual conflito entre os direitos fundamentais da propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da dicotomia: direitos superiores *versus* direitos inferiores ou direito subjetivo público (meio ambiente) *versus* direito subjetivo privado (propriedade), aos poucos vem sendo superada. A melhor doutrina tem-se posicionado contrariamente a este recurso, sob o argumento de que não mais responde satisfatoriamente, por várias razões: primeiro, porque o princípio da interpretação mais amigável ao ambiente não goza de uma prevalência absoluta; segundo, porque é juridicamente incorreto dizer-se que o direito ao ambiente sadio pese mais do que o direito de propriedade ou o direito de iniciativa econômica privada (direitos superiores *versus* direitos inferiores), dado que a doutrina prefere métodos concretos de balanceamento de direitos e interesses; e terceiro, porque é metodicamente frágil a distinção entre direitos subjetivos públicos e subjetivos privados, pois na verdade se trata de colisão de direitos fundamentais – o direito ao meio ambiente sadio e o direito de propriedade –, ambos de igual dignidade constitucional.

O esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para aplicação direta e efetiva dos valores e princípios inseridos em nossa Carta Magna. Configura-se, assim, em obediência aos enunciados constitucionais, inevitável o abandono da disciplina civilista, que era voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais. A concepção hodierna já não mais admite a proteção da propriedade e da empresa apenas como bens em si, vez que tal proteção só será válida quando destinada a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.

Vê-se, assim, que, num caso concreto de conflito entre os direitos funda-

<sup>18</sup> *Apud* WEIGAND, *op. cit.*, p. 10.

mentais de propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos estes que estão diretamente relacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente, qualquer tentativa de solução, se adotada sem a necessária ponderação de valores, pode conduzir, em alguns casos, a situações de flagrante injustiça, totalmente incompatíveis com as idéias de razoabilidade, de primazia da dignidade humana, de inviolabilidade do direito à propriedade e de garantia à higidez ambiental (art. 1º, III, 5º e 225, *caput*, todos da CF/88), que devem orientar a interpretação do sistema constitucional.

É verdade que a Constituição contém uma regra proibindo o exercício do direito de propriedade que não atenda a função social ou que degrade o meio ambiente (art. 5º, inciso XXIII c/c 186, II, ambos da CF/88). Esta proibição, contudo, não é absoluta, mas sim o que Alexy denomina de proibição *prima facie*.

Para Alexy,<sup>19</sup> diferentemente da posição de Dworkin, nem todas as regras possuem um caráter definitivo, podendo elas, excepcionalmente, conter cláusulas de exceção não previstas, desde que essas cláusulas estejam fundadas em princípios. E tal se dá porque, segundo Alexy, as regras são normas que exigem que se faça exatamente o ordenado, pois são mandados definitivos. Apenas não são mandados definitivos quando é possível introduzir uma exceção com fundamento em um princípio.<sup>20</sup>

As disposições de direito fundamental, observa Alexy,<sup>21</sup> podem ser consideradas não apenas como positivacões de princípios, mas também como expressão de uma vontade de estabelecer determinacões frente às exigências de princípios contrapostos. Adquirem, desta maneira, um caráter duplo. Através delas, por um lado, se positivam princípios; mas, por outro, na medida em que apresentam tipos de garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm as normas de direitos fundamentais determinacões com respeito às exigências de princípios contrapostos. Não obstante, as determinacões apresentadas por elas têm um caráter incompleto. De modo algum possibilitam, em todos os casos, uma decisão livre de ponderacão.

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 98-103.

<sup>20</sup> Em síntese, e nas palavras de Alexy, “los principios son siempre ‘razones prima facie’; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, ‘razones definitivas’.” *Ibid.*, p. 101.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 133-134.

Quando, mediante uma disposição de direito fundamental, se leva a cabo alguma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos, se estatui com ela não apenas um princípio, mas também uma regra. Se a regra não é aplicável sem ponderação prévia, então, como regra, é incompleta. Na medida que é incompleta, a decisão jusfundamental pressupõe um recurso ao nível dos princípios. Mas isto não muda em nada o fato de que, na medida de seu alcance, as determinações devem ser levadas a sério. A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais é uma parte do postulado da sujeição à Constituição, porque tanto as regras estatuídas pelas disposições constitucionais, como os princípios estatuídos por elas são normas constitucionais.

Aplicando o modelo de Alexy ao problema de como compatibilizar o direito de propriedade com o meio ambiente, temos que as regras constitucionais de vedação do uso da terra — a quem não respeita o meio ambiente e nem atende a função social da propriedade — é o meio como o constituinte pretendeu harmonizar o conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente. Isso significa que, havendo um caso concreto de colisão, não pode, de modo geral, o magistrado, em sua atividade de aplicação do direito, impedir liminarmente o uso da terra, devendo antes procurar encontrar a solução mais adequada ao conflito dos valores envolvidos, limitando-se, sempre que possível, a punir o responsável (se verificar o uso danoso ao meio ambiente) e/ou a exigir o atendimento da função social da propriedade.

E tal se dá porque a regra da vedação do uso da terra a quem degrada o meio ambiente não é automática, eis que, em todas as hipóteses, cabe ao intérprete proceder à necessária ponderação dos valores em jogo, a fim de verificar se apenas a solução constitucional geral (responsabilização pelo dano ambiental e/ou exigência do atendimento da função social da propriedade, ambas efetuados *a posteriori*) não conduz, no caso concreto, à aniquilação do direito ameaçado de lesão (direito à higidez ambiental e, conseqüentemente, o direito à sadia qualidade de vida).

Se o magistrado constatar que há a possibilidade real dessa aniquilação ocorrer, deverá, então, obstar o exercício do direito de propriedade,<sup>22</sup> a fim de preservar o bem jurídico de maior relevo e, indiretamente, o princípio orientador de toda a ordem jurídica, que é a dignidade da pessoa humana, esta consubs-

---

<sup>22</sup> Esta posição, de resto, é de todo compatível com o poder de cautela conferido ao Judiciário pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

tanciada no direito que todos têm à higidez ambiental, necessária à preservação da vida.

#### **4. PROPRIEDADE: LIMITAÇÕES E RESTRIÇÕES**

A propriedade, tal como assegurada na Constituição, “não constitui instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens”.<sup>23</sup> É por esta razão que não há que se falar, portanto, em *propriedade*, mas em *propriedades*.

Há que se distinguir, pois, a propriedade segundo esteja relacionada a diversas classes de bens e também aos titulares, tais como a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, seja este urbano, rural ou ainda o subsolo, a propriedade pública e a propriedade privada. Cada tipo de propriedade está sujeito a uma disciplina particular, que não é apenas de Direito Civil, mas de complexo de normas de Direito Administrativo, Econômico, Urbanístico, sob fundamentação constitucional.

Como asseverou Pontes de Miranda, “coisa, objeto de propriedade, não é, hoje, somente a coisa corpórea. O direito atendeu a que a noção de coisa não é naturalística, ou física; é econômico-social”.<sup>24</sup> A noção de propriedade na Carta Magna é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas. E tanto é assim que, em vários dispositivos, o constituinte fez ver que o conceito de propriedade engloba até mesmo a própria atividade econômica. Apesar disso, todas as dimensões da propriedade estão sujeitas a limitações e ao mandamento constitucional da função social.

As limitações não representam novidade, sempre existiram, sendo que até mesmo os códigos, que definiam a propriedade como um direito absoluto, não se esqueceram de ressaltar que o poder de dispor das coisas devia sujeitar-se às restrições legais.<sup>25</sup> As limitações mais típicas são as que atingem o exercí-

<sup>23</sup> ARAÚJO SÁ, *op. cit.*, p. 5.

<sup>24</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 11, p. 15.

<sup>25</sup> Conforme a doutrina tradicional civilista, o direito de propriedade é absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto, porque confere ao proprietário liberdade de dispor, a seu critério, do bem legitimamente adquirido; exclusivo, porque diz respeito apenas a ele; e perpétuo, porque não desaparece em face da sua morte, sendo passível de sucessão. Assim, as limitações são gêneros do qual são espécies as restrições, as servidões e a desapropriação, já que, nas palavras de Afonso da Silva, “as restrições limitam o caráter absoluto da propriedade, as servidões, o caráter exclusivo, e a desapropriação, o caráter perpétuo”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 358-359.

cio do direito ou instituem deveres para o proprietário. Aquele direito subjetivo absoluto, ilimitado, intangível, cria hoje obrigações para seu titular. A propriedade deixa de ser egoísta, humaniza-se ao se relativizar, ganha conteúdo social que não possuía, embora se conserve como direito básico de organização econômica.

As restrições têm fundamento no interesse público, social ou coletivo, e poderiam dizer respeito ao meio ambiente, à saúde pública, à propriedade pública, à economia popular, à ordem econômica, à cultura, à higiene, ao funcionamento dos serviços públicos, ao urbanismo, à segurança pública, à defesa nacional, etc.

O Código Civil revogado (Lei nº 3.071/16), em seu artigo 524, assegurava “ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.<sup>26</sup> Não diz o Código Civil (anterior e atual), mas esse direito, além das restrições, está sujeito a limitações de natureza legal. Nesse ponto era mais explícita a Constituição de 1937, que, em seu art. 122, 14, com a redação dada pela Lei Constitucional 5, de 10/03/1942, assegurava “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”.

As Constituições posteriores não repetiram a parte final do artigo, entretanto, à vista da evolução por que passou a propriedade, já quase não se estranham as limitações legais no instituto. Os direitos subjetivos, não sendo ilimitados, estão sujeitos a restrições e limitações.

O nosso Código Civil anterior (o de 1916) adequou-se ao contexto político, econômico e social brasileiros à época do liberalismo. Desde então, prevalecia a estrutura fundiária dos latifúndios, sobretudo no Nordeste, contexto que embasou a preservação do caráter individual e absolutista da propriedade. O Estado permanecia com a função de garantidor dos direitos fundamentais, ordenador das condutas individuais, destituído de qualquer ingerência na esfera econômica e social. Infelizmente as idéias sociais propagadas e já consolidadas em outras codificações, responsáveis por significativas mudanças, inclusive no con-

---

<sup>26</sup> Vale ressaltar que não há no Código Civil de 1916 uma definição para o direito de propriedade. Há, sim, a descrição do seu conteúdo, qual seja, a faculdade de o proprietário usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524). ALBUQUERQUE, op. cit., p. 40.

teúdo da propriedade, não foram observadas em nosso ordenamento; o legislador demonstrou sua fidelidade ao contexto liberal.<sup>27</sup>

Fica patente, contudo, que, na realidade moderna, apenas a limitação à propriedade privada, proveniente dos direitos de vizinhança, é insuficiente para fazer frente às demandas atuais, sobretudo quando a área em litígio é uma área de preservação ambiental, fato “que revela a insuficiência da codificação para enfrentar demandas envolvendo os chamados novos direitos”.<sup>28</sup>

Vale lembrar, por fim, que esta deficiência na codificação civil de 1916 já era de se esperar. É que, no início do século passado, nenhuma importância era despendida às questões ambientais, sendo, pois, incogitável a existência de uma limitação ao conteúdo do direito de propriedade, por motivação ambiental. Entretanto, é bom ressaltar que, como já demonstrado, os dispositivos do Código Civil de 1916 não são empecilhos para que se cumpra a função ambiental da propriedade, nem garantia de manutenção-proteção da propriedade que não atende sua função ambiental.

E tal se dá porque, com o advento da CF/88 (e com a vasta legislação ambiental que se produziu, inclusive, mais recentemente, com a edição do Novo Código Civil (art. 1.228, § 1º, da Lei nº 10.406/02, de 10/01/02)),<sup>29</sup> a função ambiental é, como se verá a seguir, elemento interno da propriedade, fato que “reduziu o âmbito de incidência do Código Civil às relações civis decorrentes desse direito, não incidindo sobre o seu regime jurídico, que passou a ser constitucional”.<sup>30</sup>

O objetivo agora é fazer com que os operadores jurídicos, sobretudo nossos tribunais superiores, compartilhem dessa nova concepção, eis que a sociedade do século XXI já não pode mais conviver com a propriedade absolutis-

<sup>27</sup> A concepção liberal da propriedade é tão forte em nosso ordenamento que até mesmo o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), apesar de reconhecer a função ambiental da propriedade (art. 1228, § 1º), não cuidou de afastá-la por completo. E tanto isso é verdade que Fachin asseverou que “o sentido clássico do direito de propriedade não é evidentemente alterado pelo Projeto 634/75 (Projeto do novo Código Civil)”. FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 11, 1987, p. 183.

<sup>28</sup> ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 41.

<sup>29</sup> Preceitua o art. 1228, § 1º, do Novo Código Civil, que: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

<sup>30</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999, p. 201.

ta, sob pena de desnaturar o próprio espírito solidário e humanista preconizado pela Carta Magna.

## **5. LIMITES INTERNOS E EXTERNOS DA PROPRIEDADE**

Os limites do direito de propriedade são *internos* ou *externos*. Os limites internos são de natureza intrínseca e contemporânea à formação da relação de domínio, isto é, indissociáveis do próprio direito de propriedade. Na ausência deles, não se convalida o direito de propriedade.

Tais categorias de limites justificam-se ora pelo desejo do legislador de salvaguardar o indivíduo, isoladamente considerado (direitos de vizinhança, *v.g.*), ora com o claro intuito de alcançar objetivos supra-individuais (bons costumes, saúde pública, proteção ambiental, etc.).

Entre os limites internos tradicionais estão, exemplificativamente, o respeito aos direitos dos outros proprietários (regras de vizinhança), a proteção à saúde pública e o resguardo de bons costumes. O que há de novo é a inserção da função social da propriedade na própria configuração da ordem econômica brasileira, atuando concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e disposição dos bens.<sup>31</sup> É neste contexto funcional que mais aparece e se justifica a proteção do meio ambiente (com a criação de Reservas Florestais Legais, de Áreas de Preservação Permanente, com o controle das emissões poluidoras, etc.), bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Preleciona Cardoso que “a função social da propriedade representa a pedra angular do direito de propriedade, pois está inserida na própria estrutura deste direito, predeterminando os modos de aquisição, gozo e utilização da propriedade”.<sup>32</sup> O princípio da função social compõe os limites, as fronteiras internas do direito de propriedade. Essa é a projeção em que é reconhecido o direito de propriedade na Constituição Federal. Conforme a expressão de Benjamin, “a proteção do meio ambiente, no sistema constitucional brasileiro, não é uma incumbência imposta sobre a propriedade, mas uma função inserida no direito de propriedade, dele fazendo parte inseparável”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 66.

<sup>32</sup> CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. A função social da propriedade urbana. Revista de Ciências Jurídicas, São Paulo, v. 3, n. 2, 1999, p. 311.

<sup>33</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). Temas de direito ambiental e urbanístico. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 68. Nesse mesmo sentido ARAÚJO SÁ, *op. cit.*, p. 14.

O princípio da função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade, compondo a estrutura ou limites internos do direito. Significa dizer que o cumprimento da função social, que no caso da propriedade rural é requisito, dentre outros, a utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, é condição de sua legitimidade.<sup>34</sup> A função social é um princípio que age dentro do próprio conteúdo do direito de propriedade, razão pela qual não pode ser confundida com as limitações externas ao direito de propriedade, que são restrições posteriores à constituição do direito, como, por exemplo, a instituição de servidões por parte do Poder Público.<sup>35</sup> Neste sentido, e nas palavras de Afonso da Silva:

A função social constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se — e sempre se apoiaram — em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia. A função social, assinala Pedro Escribano Collado, introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um ‘interesse’ que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.<sup>36</sup>

Com precisão, assevera Gustavo Santos que “a exigência de atender à função social não se confunde com as prefaladas limitações já abarcadas no próprio regramento que o direito civil dá ao instituto da propriedade”. E tal se

<sup>34</sup> A função social da propriedade rural concretiza-se pelo atendimento simultâneo dos requisitos fixados na norma constitucional. O princípio da função social, exigente da “utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente”, constitui, assim, fundamento da propriedade rural. Não se trata de simples limitação decorrente de intervenções atinentes ao poder de polícia. Em síntese, garante-se a propriedade enquanto cumpre esta a sua função social. E a função social é cumprida quando a propriedade rural atende à “utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente”, cf. art. 186, II, da CF/88.

<sup>35</sup> Segundo Meirelles, servidão administrativa ou pública “é ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 521. As três principais características da servidão administrativa são: é um *ônus real*, incidente sobre um *bem particular*, com a finalidade de permitir uma *utilização pública* (RT n. 293/26). É essencial ao conceito de servidão a presença de dois elementos: a coisa serviente e a coisa dominante, a primeira prestando utilidade à segunda.

<sup>36</sup> SILVA, 1997, *op. cit.*, p. 274.

dá, segundo ele, porque “as limitações à propriedade dizem respeito ao exercício do direito pelo proprietário, pois são externos ao conceito de propriedade, enquanto a função social trata da própria estrutura do direito, atingindo, por dentro, a sua definição”.<sup>37</sup>

Na esfera de limitações internas não cabe falar em desapropriação.<sup>38</sup> Se a propriedade não estiver cumprindo sua função social, implicando isto proteção do meio ambiente, e se a Administração a direciona para este fim, não existe desapropriação indireta,<sup>39</sup> e, sim, o cumprimento, pelo Poder Público, de uma tarefa que lhe foi cometida pela própria Constituição. E tal se dá porque “não se pode compensar pela negação (=desapropriação) de uma faculdade que não se tem”.<sup>40</sup> Os limites internos, porque fazem parte do rol de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade válido, não comportam, pois, indenização.

Se os limites internos antecedem o direito de propriedade, os limites externos, diferentemente, lhes são consecutivos. Os limites externos pressupõem

<sup>37</sup> SANTOS, G. F., *op. cit.*, p. 22

<sup>38</sup> A desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos, para propiciar a implantação de planos de urbanização, para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições, e para realizar a justiça social com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. “A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade”. MEIRELLES, 1991, *op. cit.*, p. 497. A CF/88 denomina desapropriação a tomada de glebas “onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas”, sem qualquer indenização ao proprietário (art. 243, *caput*), modalidade esta disciplinada pela Lei nº 8.257, de 26/11/91. Na realidade, não se trata de *desapropriação*, mas sim de confisco, porque insuscetível de pagamento, embora justificável pelos danos causados pela droga. A proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais são casos de desapropriação por interesse social, nos termos do art. 2º, VII, da Lei nº 4.132/62.

<sup>39</sup> A expressão *desapropriação indireta* é atribuída ao Ministro Orozimbo Nonato. Ao tempo de sua concepção, não poderia prever o referido ministro do STF que acabasse a cômoda designação por criar uma errônea interpretação do que realmente significava. Sim, pois, na atualidade, tem-se visto freqüentes afirmações, à guisa de sua conceituação, que se trataria de uma exproprietória, a qual apenas faltou o pagamento prévio, ou a prévia iniciativa da propositura de ação. Nada mais equivocado, dado que, se há a ausência do prévio ajuste sobre o preço, e se não há – por parte do Poder Público – a iniciativa da propositura da ação própria, não se pode falar em desapropriação. Dessa forma, quando o Poder Público afeta o bem do particular em caráter irreversível, sem nada pagar ou propor, não desapropria: comete esbulho possessório, ou pratica ato ilícito. Porém, o exercício da reivindicatória, que lhe asseguraria a devolução do direito de usar e de gozar da propriedade, de colher seus frutos naturais, das deteriorações e perdas e danos, não é viável, pela destinação irreversível do bem, que se vê afetado ao uso público. A reivindicação do bem, assim, converte-se na apuração e pagamento de seu valor, pela circunstância de que sendo vedado o direito dominial e a exploração econômica do imóvel, fazendo nascer a figura que a doutrina cuidou de denominar de *desapropriação indireta*.

<sup>40</sup> BENJAMIN, 1998b, *op. cit.*, p. 68.

uma dominialidade que opera em sua plenitude, ou seja, fundamentada nos princípios constitucionais. Isto significa dizer que se o Poder Público necessitar de um bem, por exemplo, para construir um acesso, ou estabelecer restrições que esgotem o conteúdo econômico do direito e aniquilem o direito dominial, a exemplo de quando institui, em terras particulares, um Parque, uma Reserva Biológica,<sup>41</sup> ou uma Estação Ecológica, onde é proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais, a regra geral é a de que terá que indenizar ao proprietário. Entretanto, tratando-se de áreas necessárias à proteção e higidez do meio ambiente, tais como a criação das Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais, pelas importâncias e peculiaridades delas, a indenização nem sempre será devida.

E tal se dá porque a função social da propriedade legitima certas interferências legislativas, administrativas e judiciais. Caso inexistisse previsão constitucional expressa, tais atuações estatais poderiam, em tese, caracterizar desapropriação (direta ou indireta), exigindo, de consequência, indenização. Entretanto, uma vez adotado o instituto como foi pela Constituição, nada é devido quando o Estado age na direção do mandamento constitucional. Descabido impor ao Poder Público a proteção do meio ambiente, podendo-se falar, inclusive, “em responsabilidade do Estado se este se omitir em sua competência-dever de zelar pelo meio ambiente”,<sup>42</sup> e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, obrigá-lo a indenizar, por mover-se no estrito cumprimento de seu dever maior.

Correto, pois, o pensar de Mangueira, quando afirma que

a importância da noção de função sócio-ambiental da propriedade se manifesta, sobremaneira, na percepção de que a interferência na propriedade não é interferência no direito de propriedade, quando proveniente da função social, posto que é a própria configuração desse direito. Por isso, quando o Poder Público interfere na propriedade rural, estabelecendo espaços a serem ambientalmente protegidos, não se está, via de regra, diante de limitações ao direito de propriedade, tampouco diante de de-

---

<sup>41</sup> Segundo o Código Florestal, “é proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos parques e reservas biológicas” (art. 5º, “a”). Em igual sentido, a Lei nº 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna) estabelece que nas reservas biológicas estão proibidas “as atividades de utilização, perseguição, caça, apanha, ou introdução de espécimes na fauna e flora silvestres e domésticas, bem como modificações do meio ambiente a qualquer título” (art. 5º, “a”).

<sup>42</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 15.

sapropriações de fato ou indiretas,<sup>43</sup> não ensejando qualquer indenização ao proprietário.<sup>44</sup>

No Brasil, infelizmente, ao contrário do que se observa em outros países, como a Alemanha, a teoria da função social da propriedade não tem tido a eficácia prática desejada entre os operadores do Direito, principalmente nos tribunais superiores. A verdade é que, entre nós, a noção ainda não foi, inexplicavelmente, aplicada corretamente pela jurisprudência. Um balanço objetivo comprova que a concepção da função social da propriedade não tem sido entendida a contento, tanto que os tribunais, desconsiderando totalmente os limites internos do direito de propriedade, não hesitam em proclamar até mesmo a indenização das áreas de preservação ambiental. E se assim é, não é de surpreender o desconhecimento da *função sócio-ambiental da propriedade*,<sup>45</sup> tardio desdobramento daquela.

Não devia ser assim, já que poucas Constituições unem tão perfeitamente função social e meio ambiente como a brasileira.<sup>46</sup>

Impende, pois, superar-se o vício da prática jurídica brasileira de não interpretar a legislação nacional à luz do perfil da Carta Política vigente, que dá fundamento de validade a toda a ordem jurídica e que impõe a releitura de todo direito a ela preexistente.

## **6. PODER DE POLÍCIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

Quando se estuda as limitações ao exercício da propriedade em função da proteção do meio ambiente, uma distinção precisa ser de logo destacada: a

<sup>43</sup> Não existe direito à indenização por desapropriação indireta quando a Administração regram o uso, privilegiando ou restringindo suas formas. Na área rural, o direito de exploração econômica só é legítimo se respeitar o meio ambiente. Três artigos constitucionais asseguram esse tratamento: art. 170, VI, 186, II e 225, todos da CF/88.

<sup>44</sup> MANGUEIRA, Carlos Octaviano de M. Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 146, abr./jun. 2000, p. 233-234.

<sup>45</sup> Ou da reciclagem do instituto já tradicional da função social. MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. Função social da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Função ambiental e dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 150.

<sup>46</sup> Basta lembrar que a Constituição italiana, ao prever, expressamente, a função social da propriedade, o faz apenas com o intuito de torná-la acessível a todos, sem qualquer intenção de proteger o meio ambiente natural. DI PLINIO, Giampiero. *Diritto pubblico dell' ambiente e aree naturali protette*. Torino: Utet, 1994, p. 8.

distinção entre a exigência constitucional de que a propriedade atenda a sua função social e as limitações decorrentes do poder de polícia.

As limitações decorrentes do poder de polícia visam, segundo visão já tradicional, evitar que o mau uso da propriedade possa prejudicar o interesse social.

A conceituação do poder de polícia administrativa, sedimentada em doutrina já tradicional, foi acolhida pela legislação brasileira. Com efeito,

considera-se poder de polícia a 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 e coletivos.<sup>47</sup>

Vê-se, assim, que a razão do poder de polícia está na proteção do interesse público em sentido amplo, identificado este com o da sociedade organizada, que deve prevalecer em face dos direitos individuais. É fácil perceber o contínuo alargamento da extensão do poder de polícia administrativa, em função da emergência de novas atividades de particulares e de novas formas de interesses públicos, decorrentes das transformações verificadas na organização social. Assim, onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado, haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção desses interesses.

Muito embora o poder de polícia também atinja o direito de propriedade, evitando que seu exercício prejudique o interesse coletivo, não há como confundir-lo com a função social da propriedade. É que a função social não surge como limite ao exercício do direito de propriedade, mas como princípio incidente sobre o conteúdo, impondo comportamentos positivos. O poder de polícia, entretanto, é um dos mais importantes instrumentos de que dispõe o Estado para a defesa do meio ambiente, posto que demarca do conteúdo de direitos privados, impondo freios à atividade individual com o fim de assegurar a efetividade do interesse público.

<sup>47</sup> Artigo 78 do Código Tributário Nacional.

Como critério para distinção entre *função social* da propriedade e *limitações* decorrentes do *poder de polícia*, Di Pietro<sup>48</sup> menciona que alguns autores entendem que a diferença reside no fato de que a função social implicaria imposição de comportamentos positivos, *prestações de fazer*, enquanto que as limitações decorrentes do poder de polícia ensejariam comportamentos negativos, *prestações de não fazer*.

Nada mais equivocado, eis que acatada parte da doutrina de Direito Administrativo, incluindo-se nela a administrativista Di Pietro, também admite prestação positiva decorrente de limitação administrativa. Não bastasse isso, as prestações de fazer a que se sujeita o titular da propriedade, como decorrentes do poder de polícia, significam *condição* cujo implemento torna possível o *exercício de um direito*. De outro lado, o *fazer* decorrente da função social significa um *dever de exercitar* o mesmo direito.<sup>49</sup> Em síntese, e nas palavras de Cardoso:

A função social não limita, ela integra o conteúdo do direito de propriedade, como elemento constituidor e qualificador do seu regime jurídico. Portanto, o fundamento da função social é o dever do proprietário de exercer o direito de propriedade em benefício de um interesse social, enquanto que o fundamento das limitações administrativas consiste em impor condições para o exercício do direito de propriedade.<sup>50</sup>

Bandeira de Mello ensina que o exercício do poder de polícia significa limitação da liberdade e da propriedade, e não em sacrifícios aos direitos respectivos.<sup>51</sup> Para ele, os atos restritivos, legais ou administrativos nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do direito, ou seja, as limitações à propriedade correspondem ao delineamento da esfera jurídica da propriedade, razão pela qual entende que “se a limitação administrativa não é senão o perfil do direito, parece razoável entender que sempre que seja necessário um

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 103.

<sup>49</sup> ARAÚJO SÁ, op. cit., p. 9. Este também é o entendimento de Eros Roberto Grau, com apoio na doutrina de Carlos Ari Sundfeld.

<sup>50</sup> CARDOSO, op. cit., p. 313.

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 404.

ato específico da Administração impondo um gravame, por conseguinte criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão”.<sup>52</sup> A conseqüência disso, é evidente, seria o dever de indenizar, inclusive quando se estivesse diante de uma declaração de que uma determinada área particular constitui reserva florestal, que é um caso típico de servidão para o referido autor.<sup>53</sup>

Ora, as ilações de Bandeira de Mello hão de ser entendidas com ressalvas. É que a preservação do meio ambiente decorre hoje do princípio da função social, que, por sua vez, participa da definição interna das fronteiras do direito de propriedade. Com razão, pois, Afonso da Silva, quando afirma que “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”.<sup>54</sup> As limitações fundamentam-se não na função social da propriedade, mas no poder de polícia, e são externas ao direito de propriedade, interferindo tão-somente no exercício do direito. A função social interfere no conceito e na estrutura interna do direito de propriedade,<sup>55</sup> razão pela qual Afonso da Silva preleciona que

a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorrer, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>54</sup> SILVA, 1997, *op. cit.*, p. 284. ARAÚJO SÁ, *op. cit.*, p. 9.

<sup>55</sup> No mesmo sentido, entende Cardoso que “a função social da propriedade não se confunde com limitações administrativas ou atividades do Poder de Polícia, pois as limitações administrativas são uma decorrência da supremacia geral da Administração frente aos administrados, externos, portanto, ao direito de propriedade, e a função social é elemento interno do direito de propriedade”. CARDOSO, *op. cit.*, p. 313.

da ordem econômica, e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento da-  
quele fim.<sup>56</sup>

O mesmo autor conclui seu raciocínio afirmando que as “limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia”.<sup>57</sup>

Divergências à parte, o certo é que a atribuição constitucional da função social parece, à primeira vista, incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário ínsita no art. 524 do nosso vetusto e já revogado Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16). As profundas restrições que pouco a pouco foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio acarretaram a crise do conceito tradicional de propriedade. O problema agora, segundo Tepedino, é a “determinação do conteúdo mínimo da propriedade,<sup>58</sup> sem o qual se desnaturaria o próprio direito”.<sup>59</sup>

Assim, em face da supremacia da Constituição Federal sobre as normas de direito privado, forçoso é concluir-se que estas têm de ser compreendidas em conformidade com a disciplina que aquela lhes impõe, não havendo mais espaço para a antiga concepção liberal de propriedade privada, razão pela qual se pode afirmar, na esteira do pensamento de Tepedino, que

a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo, determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede, na medida em que o pressuposto para a tutela da situação proprietária é o cumprimento de sua função social, que, por sua vez, tem

<sup>56</sup> SILVA, 1997, op. cit., p. 294.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>58</sup> A própria função social tem um limite, não pode suplantiar o direito de propriedade, pois este é garantido, inclusive contra o Poder Público. Nesse passo, Cardoso, citando Bandeira de Mello, entende que “a função social não pode retirar o conteúdo mínimo do direito de propriedade, é imperioso que o proprietário mantenha a exclusividade e a funcionalidade sobre o bem objeto de propriedade”. CARDOSO, op. cit., p. 314. E tal se dá porque, “como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um núcleo essencial, irredutível, que não poderá ser afastado”. SANTOS, G. F., op. cit., p. 25.

<sup>59</sup> TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, jul/set. 1993, p. 31.

conteúdo predeterminado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários.<sup>60</sup>

A Constituição de 1988 não reconhece o direito de propriedade desvinculado da função social. Portanto, trata-se de um direito que só é reconhecível (e garantido) quando respeitados valores e objetivos que lhe são antecedentes. “Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social (CF/88, art. 5º, XXIII) é um elemento do regime jurídico da propriedade, é, pois, princípio ordenador da propriedade privada, incide no conteúdo do direito de propriedade, impõe-lhe novo conceito”.<sup>61</sup>

#### **7. A OBRIGAÇÃO DE PRESERVAR O MEIO AMBIENTE E O DIREITO DE PROPRIEDADE: CABIMENTO OU NÃO DA INDENIZAÇÃO**

A regra geral é a de que a obrigação de resguardar o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação. E tal se dá porque, exceto quando se impede, por inteiro, o uso da propriedade, a preservação do meio ambiente nada retira do proprietário privado que antes ele fosse detentor, não se podendo falar, pois, em ofensa a direitos quando a criação de áreas de preservação ambiental é imprescindível à sobrevivência humana e ao cumprimento da função sócio-ambiental, pressupostos para o reconhecimento do direito de propriedade.

Não bastasse isso, não há, hodiernamente, um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios hoje estampados nos arts. 5º, 170, VI, 184, 186, II e 225, todos da CF/88. É que a propriedade privada, nos moldes da Lei Maior vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada, mais solidária e comedida, onde se submete a uma *ordem pública ambiental*.<sup>62</sup>

Porque constitucionalmente obrigado, o Estado pode – e deve – restringir a utilização da propriedade que degrada o meio ambiente, determinando a in-

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 31-32.

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62-63.

<sup>62</sup> Sobre o tema, vide PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 1991, p. 57-58.

terdição de atividades e destruição ou demolição de obras que estejam em desconformidade com a regulamentação ambiental, inexistindo qualquer dever de compensar o proprietário-infrator. E isso porque, ao afirmar que a função social da propriedade é princípio basilar da ordem econômica e social, a Constituição deixou explícito que a propriedade e todas as suas expressões naturais (o uso, o gozo e a disposição do bem) não só podem, mas devem, ser regulados de maneira tal que se sujeitem às conveniências sociais e que se afinem nesta destinação, de tal modo que a propriedade cumpra efetivamente sua função social.

Com muita proficiência, assevera Benjamin que “na equação ambiente-propriedade, a complexidade da questão posta, então, não reside, abstratamente, no poder conferido ao Estado para reger o uso dos bens privados, mas nas fronteiras concretas dessa incumbência, que deflui da Constituição Federal”.<sup>63</sup> Para ele,

na esfera ambiental contemporânea – na esteira da aceitação da tese de que o domínio não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava –, é bom ressaltar que entre os direitos associados à propriedade não está o poder de transformar o ‘estado natural’ da *res* ou de destruí-la. Nenhum proprietário tem direito ilimitado e inato de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha, carecendo para tal do concurso do Poder Público. Assim, p. ex., não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrá-la, modificando seu estado natural e função ecológica.<sup>64</sup>

Assim, não pode o titular do direito de propriedade, ao seu alvedrio, destruir a vegetação para a formação de pastagens para a sua criação. Tampouco pode, ao seu bel-prazer, erguer construção em dunas destruindo a vegetação fixadora ou em praia marítima ou de rio, sem observância dos limites espaciais fixados em lei. De igual modo, não é permitido ao proprietário, sem obter a concordância do órgão de controle ambiental, cortar, destruir as florestas existentes nos seus domínios, não sendo possível destruir as vegetações situadas em áreas de preservação permanente, segundo a definição do Código Florestal.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> BENJAMIN, 1998b, *op. cit.*, p. 72.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>65</sup> Diz o art. 3º, § 1º, da Lei nº 4.771/65, que “a supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social”.

Não pode aterrar uma lagoa ou fazer graves interferências em cursos d'água, ao fundamento simples de exercício do direito de propriedade. Não pode, em síntese, o proprietário, promover a exploração dos recursos naturais como lhe aprouver.

## **8. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E INDENIZAÇÃO**

Para Benjamin,<sup>66</sup> há desapropriação indireta sempre que a Administração Pública, levando-se em consideração a totalidade do bem, ao interferir com o direito de propriedade: a) aniquilar o direito de exclusão (dando ao espaço privado fins de uso comum do povo, como ocorre com a visitação pública nos parques estatais); b) eliminar, por inteiro, o direito de alienação; e c) inviabilizar, integralmente, o uso econômico, ou seja, provocar a total interdição da atividade econômica do proprietário, na completa extensão daquilo que é seu.

Nas hipóteses acima o domínio há que passar para o Estado, sofrendo este o encargo da indenização, como consequência de, por ato seu, nas precisas palavras de Celso de Mello, “virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade”.<sup>67</sup>

Não cabe, contudo, a indenização quando o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional da função sócio-ambiental, regradar a forma do uso, privilegiar ou interditar a propriedade privada que estiver degradando o meio ambiente. E assim é porque a Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade. Nenhum imóvel, especialmente os rurais, tem apenas como única forma de utilização a exploração madeireira ou o sacrifício integral de sua cobertura vegetal, pois, no mundo moderno, existem diversos outros meios de exploração para as áreas de florestas (ecoturismo, plantas ornamentais, piscicultura, etc.), sendo raro o caso em que a única possibilidade de exploração de uma área é o desmatamento integral e rasteiro, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária.

De mais a mais, se é certo que a ordem jurídica assegura o direito do proprietário de usar a sua propriedade, nem por isso lhe é assegurado o melhor e o mais lucrativo uso possível, pois a função sócio-ambiental impõe limites ao

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 22/09/95, p. 30597. *Lex*, São Paulo, v. 207, p. 142.

uso da propriedade, tanto que o direito de exploração econômica, para o caso das propriedades rurais, só é permitido quando se respeita o meio ambiente, com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis. É o que dizem os artigos 170, VI, 186, II, e 225, todos da CF/88.

É com base nesse mesmo artigo 170 da CF/88 que o legislador, por exemplo, limita a construção de edifícios, condomínios e loteamentos. Em todas essas hipóteses de regramento ou até confinamento de uso, não se cuida, é claro, de supressão (=desapropriação) do direito de propriedade, pois não desaparece a *totalidade* do valor econômico, das prerrogativas ou dos atributos da dominialidade, eis que, como já afirmava Pontes de Miranda, não caracteriza “desapropriação a medida que apenas, no interesse público, vede certo uso do bem, ou se inclua em direito de vizinhança”.<sup>68</sup>

## **9. INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL**

Muito embora existam várias unidades de conservação ambiental (parques, reservas biológicas, áreas de proteção ambiental, reservas extrativistas, etc.) — isso sem falar que a legislação ambiental tem sido pródiga na criação de inúmeras outras modalidades de unidade de conservação, a ponto de se ter, como assevera Rodrigues, “uma infindável nomenclatura de unidades mal definidas, que se confundem umas com as outras, dispersas em todo tipo de diploma normativo, muitas vezes criadas apenas em função de interesses políticos passageiros ou em razão de rivalidades entre órgãos ambientais públicos” —,<sup>69</sup> neste trabalho, por questão de delimitação, dentre os espaços territoriais especialmente protegidos, só se dará maior ênfase às áreas de preservação permanente e reservas florestais legais.

### **9.1. AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE**

O Código Florestal (Lei nº 4.771/65) elenca dois instrumentos principais de preservação ambiental, que, na sua fundamentação ecológica e jurídica (constitucional e infraconstitucional), não se confundem.

---

<sup>68</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 5, p. 425.

<sup>69</sup> RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos jurídicos das unidades de conservação. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 43, jun. 1995, p. 161.

O primeiro desses institutos é a Área de Preservação Permanente, que, como se vê de sua própria denominação, é área de *preservação* e não de *conservação*, não permite exploração econômica direta (madeira, agricultura ou pecuária), mesmo com manejo.<sup>70</sup> São espaços de proteção impositiva e integral e destinam-se basicamente à proteção das águas e da qualidade dos solos. Podem ser de duas espécies: *legais*<sup>71</sup> e *administrativas*. As primeiras são assim chamadas porque estão delimitadas no próprio Código Florestal (art. 2º), como, por exemplo, a mata ciliar, o topo de morros, as restingas, os terrenos em altitude superior a 180 metros, etc. Já as segundas, que têm assento no art. 3º deste Código e que visam, entre outras hipóteses, evitar a erosão das terras, fixar dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias, são assim denominadas porque sua concreção final depende da expedição de ato administrativo da autoridade ambiental competente. Estas últimas, ou seja, as Áreas de Preservação Permanente, criadas pelo Poder Público, só diferem das outras criadas pela lei devido à sua especificidade, o que faz com que, mesmo que haja florestas destinadas a um dos fins consagrados no art. 3º do Código Florestal, a sua constituição como espaço especialmente protegido da espécie área de preservação permanente só se concretize após a sua declaração por meio de ato administrativo (normativo) estatal.

Antunes<sup>72</sup> refere-se aos espaços do art. 2º pela nomenclatura *florestas de preservação permanente por imposição legal*, ou *florestas de preservação permanente pelo efeito do Código Florestal*, e chama os espaços mencionados pelo art. 3º de *florestas de preservação permanente por ato do Poder Público*.

São exemplos de áreas de preservação permanente por imposição legal as vegetações situadas ao longo dos rios, ao redor de lagoas, no topo de morros, nas encostas, etc. Essas áreas, constituídas pelo Código Florestal, devem ser protegidas (preservadas) em qualquer imóvel rural que tenha as características naturais enumeradas no art. 2º deste texto legal. Essa nota de generalidade é, portanto, a grande característica dessas áreas de preservação permanente.

<sup>70</sup> “O espírito do Código Florestal, a sua interpretação teleológica nos leva a afirmar que as florestas de preservação permanente não são suscetíveis de exploração. Aliás essa é a correta interpretação do art. 16 do Estatuto Florestal, quando prevê como ressalva para a exploração da floresta de domínio privado o fato da mesma ser de preservação permanente”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 554.

<sup>71</sup> Ou *ope legis*, na expressão de Antônio Herman Benjamin.

<sup>72</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 250.

Apesar da diferença quanto à forma de criação, e conseqüentemente quanto à generalidade de umas e a especificidade de outras, vale ressaltar que todas as áreas de preservação permanente — como todos os espaços especialmente protegidos por razões ambientais — só podem ser alteradas ou suprimidas por lei, conforme o disposto no art. 225, § 1º, inciso III, da CF/88.<sup>73</sup>

É bem verdade que houve alteração legislativa em 1989, quando houve a equiparação das Áreas de Preservação Permanente, previstas no art. 2º do Código Florestal, com as Reservas ou Estações Ecológicas.<sup>74</sup> Apesar da mudança de nome, contudo, não houve alteração significativa do regime jurídico de tutela desses bens ambientais, razão pela qual se manterá, neste trabalho, a denominação já consagrada pela doutrina e jurisprudência.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 6.902/81, a União, os Estados e os Municípios só poderão instituir estações ecológicas<sup>75</sup> “em terras de seus domínios”. Diversamente, as reservas ecológicas podem ser tanto oficiais (públicas) como privadas, conforme sua titularidade originária.<sup>76</sup> A Lei nº 6.938/81, ao transformar as áreas de preservação permanente do art. 2º do Código Florestal em reservas ou estações ecológicas, o fez da seguinte forma: será estação ecológica se e onde a terra for de domínio público; caso contrário, será reserva ecológica, na hipótese do terreno ser particular.

A titularidade do domínio, nas estações ecológicas, pertence, de forma obrigatória, ao ente estatal; se, no momento da instituição, estiver em mãos privadas, a área necessariamente precisa ser desapropriada. Em situação diversa, as reservas ecológicas aceitam que o *dominus* continue sendo o particular, permitindo, pois, que seja mantido com ele o poder de exclusão, disposição e transmissão, mas a área submete-se a controle ambiental (e nada mais que isso) do órgão federal.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Art 225, § 1º: “Para assegurar a efetividade do direito (ao meio ambiente equilibrado), incumbe ao poder público: I e II – *omissis*; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

<sup>74</sup> Art. 18, *caput*, da Lei nº 6.938/81, com a redação trazida pela Lei nº 7.804/89.

<sup>75</sup> É a Lei nº 6.902/81 que define as estações ecológicas como aquelas “áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas de ecologia, à proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista” (art. 1º, *caput*).

<sup>76</sup> Estabelece o Decreto nº 89.336/84, de 31/01/84, que “as reservas ecológicas serão públicas ou particulares de acordo com a sua situação dominial” (art. 1º, § 2º).

<sup>77</sup> O IBAMA – Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis, nos termos do art. 18, da Lei nº 6.938/81.

## 9.2. AS RESERVAS FLORESTAIS LEGAIS

O outro instituto de preservação ambiental é a Reserva Florestal Legal, cuja regulamentação é feita pelos artigos 16 e 44 do Código Florestal (Lei nº 4.771/65).

As reservas florestais legais são áreas de cobertura arbórea, localizadas dentro do imóvel, onde não é permitido o corte raso.<sup>78</sup> Encontram, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e de outro, como destinatários, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela proteção da *biodiversidade*,<sup>79</sup> que, a toda evidência, não está assegurada com as áreas de preservação permanente, diante de sua configuração geográfica irregular e descontínua.

A principal característica da reserva florestal legal é a de ser uma área obrigatória em todos os imóveis rurais, pois a lei fala na área “de cada propriedade”,<sup>80</sup> consistindo num percentual da área total do imóvel rural, onde não é permitido o corte raso da vegetação.

A equiparação do art. 18, *caput*, da Lei nº 6.938/81, por fazer referência apenas às áreas descritas no art. 2º do Código Florestal, não vale para a reserva florestal legal, que não retira sua previsão desse dispositivo. Por isso mesmo, é impróprio confundir *reserva ou estação ecológica* com *reserva florestal legal*. A distinção não é só legal. A reserva florestal legal é sempre *territorialmente limitada*, normalmente fixada em 20% (Sul, Leste Meridional, e parte sul do Centro-Oeste brasileiro)<sup>81</sup> e 50 ou 80% (Região Norte e parte do Centro-Oeste, conforme a fitofisionomia da área) do imóvel, privado ou público, por isso mesmo não é indenizável.

<sup>78</sup> Corte raso é aquele em que todas as árvores de uma determinada área de povoamento florestal são derrubadas, fazendo com que o solo fique, temporariamente, sem cobertura arbórea.

<sup>79</sup> “Diversidade biológica, ou biodiversidade, refere-se à variedade de vida no planeta terra, incluindo: a variedade genética dentro das populações e espécies; a variedade de espécies da flora, da fauna e de microorganismos; a variedade de funções ecológicas desempenhadas pelos organismos nos ecossistemas. E a variedade de comunidades, *habitats* e ecossistemas formados pelos organismos”. BORGES, *op. cit.*, p. 209.

<sup>80</sup> PACCAGNELLA, Luís Henrique. Função sócio-ambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1997, p. 10.

<sup>81</sup> Código Florestal, art. 16, III.

Segundo alguns autores, a reserva florestal legal não incide sobre terras de domínio público.<sup>82</sup> Não se percebe, contudo, nenhuma exceção feita pelo Código Florestal em relação à propriedade pública, devendo-se, pois, entender como obrigatória a reserva florestal legal em terras públicas e privadas.

Pelo seu caráter obrigatório em todo o território nacional, as reservas florestais legais não se confundem com as áreas de preservação permanente, apesar de que, pela nova redação do art. 16 do Código Florestal (§ 6º), dada pela Med. Prov. nº 2.166/2001, estas podem ser computadas na área daquelas. As áreas de preservação permanente são localizadas de acordo com a ocorrência dos bens ambientais a que visam proteger e não podem ser exploradas em nenhuma hipótese. Já as reservas florestais legais são os espaços especialmente protegidos que se destinam à proteção da biodiversidade, pois a proibição do corte raso, de modo contínuo e em todas as regiões do país, faz com que a preservação de todas as formas de vida existentes seja mais efetiva.

#### **10. O PROBLEMA DA INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DAS RESERVAS FLORESTAIS LEGAIS**

As Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais, por não atingirem todo o imóvel do proprietário privado, geralmente não inviabilizam sua exploração econômica, daí a razão de não serem indenizáveis. Só quando se trata de outras unidades de conservação que, conforme sua configuração, venham a atingir todo o imóvel, inviabilizando, por inteiro, qualquer forma de exploração econômica, é que o Poder Público será obrigado a indenizar o proprietário.

Muito embora o Código Florestal, logo no *caput* do seu art. 1º, preceitue que os direitos de propriedade poderão sofrer limitações para que a proteção ambiental possa ser implementada,<sup>83</sup> nenhum dos dispositivos de tal código consagra, aprioristicamente, restrição que vá além dos limites internos do domínio, estando todos constitucionalmente legitimados e recepcionados. Demais disso, não atingem, na substância, ou aniquilam o direito de propriedade. Em ponto

<sup>82</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 120.

<sup>83</sup> Art. 1º da Lei 4.771/65: “As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade **com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem**” (grifos nossos).

algum as áreas de preservação permanente e as de reserva florestal legal reduzem a nada os direitos do proprietário, em termos de utilização do capital representado pelos imóveis atingidos. Diante dos vínculos que sobre elas incidem, tanto aquelas como estas se aproximam muito de modalidade hodierna de *propriedade restrita*,<sup>84</sup> restrita, sim, mas nem por isso menos propriedade.

Em regra, o Poder Público não tem de indenizar pela instituição de áreas de preservação permanente e reservas florestais legais. É que tais espaços protegidos fazem parte da configuração intrínseca do direito de propriedade. São áreas que, por caracterizarem o aspecto ambiental da função social da propriedade, não podem ser consideradas isoladamente, destacadas da propriedade em si. Esclarece Paccagnella que

a preservação da qualidade ambiental na propriedade rural, conforme a Constituição, é pressuposto da existência do direito de propriedade, conferido pelo Constituinte. Logo, a definição de espaços territoriais protegidos, impostos em caráter geral a todos os proprietários, não constitui restrição ou intervenção no direito de propriedade, mas sim condição para o reconhecimento jurídico deste último.<sup>85</sup>

É importante notar, no trecho citado, que o autor não faz qualquer referência à limitação administrativa, como geralmente o faz a doutrina em geral.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> *Propriedade restrita* é aquela em que algum ou vários dos seus poderes elementares estão, total ou parcialmente, destacados e atribuídos a outrem. No caso das áreas de preservação permanente e de reserva florestal legal, os termos do art. 225 da CF/88, os atributos ambientais da propriedade, apesar de mantidos em poder do proprietário, por extensão são igualmente conferidos à coletividade e às gerações futuras. Sobre propriedade restrita ou limitada, vide GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 88.

<sup>85</sup> PACCAGNELLA, *op. cit.*, p. 15.

<sup>86</sup> Da opinião que os espaços especialmente protegidos são limitações administrativas ao direito de propriedade, só a título de exemplo, vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 567-575; e MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 425 e 435. Para tais autores, são exemplos de limitações administrativas, por imposições ambientais, a definição como área de preservação permanente, por força da norma do artigo 2º da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), as áreas definidas pelo art. 3º do referido diploma legal, bem como a área de reserva florestal legal (área de, no mínimo, 20% de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso). Estes últimos exemplos, contudo, apesar da autoridade dos autores mencionados, não configuram casos de limitação administrativa. É que a área de preservação permanente e a reserva florestal legal, por serem imprescindíveis à preservação da qualidade ambiental, são pressupostos da existência do direito de propriedade conferidos pela Constituição. Não constituem, pois, qualquer tipo de restrição ou intervenção no direito de propriedade, eis que são condições para o reconhecimento jurídico de tal direito.

Limitações administrativas à propriedade são medidas de caráter geral, igualmente gratuitas e que geram obrigações para os proprietários, mas impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, que o faz para condicionar o exercício do direito de propriedade.<sup>87</sup> Já a preservação ambiental nos imóveis rurais, quando tem origem constitucional que repousa na própria idéia de função social da propriedade, caracteriza os limites internos à propriedade, que são os limites que antecedem o próprio direito de propriedade, de que são indissociáveis, verdadeiros elementos de um todo. Daí a afirmação que o direito de propriedade, em relação à propriedade imobiliária rural, é o direito de propriedade com certas características peculiares relativas à proteção do meio ambiente. É, portanto, o Direito de Propriedade *com* Reserva Florestal Legal e Área de Preservação Permanente, quando for o caso. A partir daí é que podem advir as chamadas limitações administrativas, externas ao direito.

Tanto as áreas de preservação permanente legais, como as de reserva florestal legal são limites internos ao direito de propriedade e, por isso, regra geral, não são indenizáveis.<sup>88</sup> Integram a essência do domínio, sendo com o título transmitidas. Não importam, tomando por empréstimo as palavras de Celso de Mello, “em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade”.<sup>89</sup> A desapropriação “priva o particular do bem de que é proprietário”.<sup>90</sup> Ora, não é isso que se dá com as áreas de preservação permanente e com a reserva florestal legal, pois o senhor dessas áreas não deixa de ser o proprietário original, o particular.

<sup>87</sup> Segundo Meirelles, a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural constitui exemplo de limitação administrativa (o vigente Código Florestal fixa esse limite em 20% da área florestada – Lei nº 4.771, de 15/09/1965, art. 16, III). Preceitua ainda tal doutrinador que se esse impedimento ao desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem, pois ninguém adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo a sua destinação normal. E arremata que “se o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra, que deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o ônus suportado por todos, em favor de todos, não tem exceção no direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras”. MEIRELLES, 1991, *op. cit.*, p. 536. Esta última assertiva, contudo, deve ser entendida com ressalvas. É que, tratando-se de áreas destinadas à proteção ambiental, a regra tal como preceituada pelo referido administrativista comporta exceções, dado que só caberá indenização se restar efetivamente comprovado o aniquilamento do direito dominial e desde que atendidos determinados requisitos, que serão elencados *a posteriori*.

<sup>88</sup> No mesmo sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 388; e BORGES, *op. cit.*, p. 126 (ab initio) e p. 127 (ab initio e in fine).

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 22 set. 1995, p. 30597. Lex, v. 207, p. 141.

<sup>90</sup> GOMES, O., *op. cit.*, p. 109.

Deve-se atentar para a característica da generalidade,<sup>91</sup> o que afasta da regra de não indenizar as áreas de preservação permanente decretadas administrativamente. Com razão, pois, Borges, quando afirma que

a manutenção da área de preservação permanente legal (art. 2º) não enseja indenização. O que pode ensejar indenização é a criação de área de preservação permanente administrativa que não tem caráter geral, dispondo o § 1º do art. 18 do Código Florestal que, se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário.<sup>92</sup>

Somente as Áreas de Preservação Permanente, criadas pelo Código Florestal em seu art. 2º, e as Reservas Florestais Legais é que são imposições gerais, bastando a simples ocorrência da hipótese de incidência da norma para que tais espaços venham a ser protegidos por lei. Entretanto, apesar de as áreas de preservação permanente, previstas abstratamente no art. 3º do Código Florestal, mas só efetivadas por ato do Poder Público, poderem estar sujeitas à indenização, dada a sua especificidade por afetarem apenas um ou alguns proprietários, ainda assim tal ilação não deve ser tomada como uma regra única e geral. É que as áreas de preservação permanente não são limitações administrativas, mas, antes disso, constituem o próprio direito de propriedade, daí só estarem sujeitas à indenização se se comprovar que a sua instituição inviabilizará completamente a exploração econômica do imóvel; se for possível a realização de qualquer outra atividade econômica no local não caberá indenização.

Assim, caso único de necessidade de indenização de área de preservação permanente é a do art. 3º do Código Florestal. De ocorrência raríssima na vida prática, devem ser indenizadas, segundo escólio de Benjamin,<sup>93</sup> sempre que: a)

---

<sup>91</sup> A generalidade também é traço característico das limitações administrativas e, talvez por isso, exista a confusão da doutrina e jurisprudência, que entendem que as áreas de preservação permanente e de reservas florestais legais são exemplos de limitações administrativas. As limitações administrativas não desintegram nem diminuem o direito de propriedade, razão pela qual em regra não são indenizáveis. Entretanto, vale ressaltar que, para que sejam admissíveis sem indenização, como é de sua índole, hão de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação. “Para situações particulares que conflitem com o interesse público a solução será encontrada na servidão administrativa ou na desapropriação, mediante justa indenização, nunca na limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da comunidade”. MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 529-530.

<sup>92</sup> BORGES, op. cit., p. 126-127.

<sup>93</sup> BENJAMIN, 1998b, op. cit., p. 78.

lhes faltar o traço da generalidade (afetar um ou poucos proprietários); b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e c) sua efetivação inviabilizar, por inteiro, a totalidade do único (hipótese raríssima) ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência.

Se “desapropriar é retirar a titularidade de alguém”,<sup>94</sup> não se pode falar, como regra, em conduta desapropriante na proteção do meio ambiente (do qual fazem parte as florestas nativas) pela via da Reserva Florestal Legal e das Áreas de Preservação Permanente, que do proprietário nada retiram, só acrescentam, ao assegurarem que os recursos naturais — mantidos em poder do titular do direito de propriedade — serão resguardados, no seu próprio interesse (=de sua propriedade) e das gerações futuras. A regulamentação estatal, em questão, orienta-se pela gestão racional dos recursos ambientais, procurando assegurar sua fruição futura, sem que isso implique, necessariamente, alteração do núcleo da dominialidade.

Apesar de aparentemente confusa do ponto de vista da nomenclatura, a matéria, quando corretamente analisada, no quadro da Constituição e da legislação ordinária, não oferece dificuldades. Infelizmente, pelo desconhecimento das normas de Direito Ambiental, Constitucional e Administrativo, inúmeras ações desapropriatórias indiretas vêm logrando êxito em nossos tribunais, condenando-se o Poder Público a indenizar área de preservação permanente e reserva florestal legal mesmo em ações propostas após a expiração do prazo prescricional.<sup>95</sup>

## **11. PRESSUPOSTOS PARA A INDENIZAÇÃO DE ÁREAS DE INTERESSE AMBIENTAL**

Além dos aspectos anteriormente apontados, que servem de base à solução do intrincado problema de indenização das áreas destinadas à preservação ambiental, Azevedo<sup>96</sup> elenca seis pressupostos (que devem ocorrer simultanea-

<sup>94</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda 1/69. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. 5, 1987, p. 410.

<sup>95</sup> O Código Florestal é de 1965.

<sup>96</sup> AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Indenização de áreas de interesse ambiental: pressupostos e critérios. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (Coord.). Temas de direito ambiental e urbanístico. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 328-333.

mente) e que devem ser observados pelo Juiz a fim de que o Poder Público não seja ludibriado pela *indústria da indenização* em áreas protegidas. São eles: a) a especificidade da restrição; b) a certeza quanto ao agente público da restrição; c) a prova do domínio e posse (titularidade); d) a temporalidade da aquisição; e) a espacialidade da restrição; e f) atividade econômica pré-existente e/ou viável.

Segundo este autor, o regular exercício da atividade de proteção ambiental pelo Poder Público, lastreado em limitações de caráter geral *ex lege*, não caracteriza, por si só, direito à indenização. Assim, as limitações de controle do uso do solo urbano ou rural, como por exemplo o zoneamento municipal, restrições ao direito de construir, proteção de mananciais, etc., não caracterizam especificidade da restrição. É preciso, pois, que haja um ato que caracterize uma intervenção efetiva e impositiva de uma concreta e real restrição, não bastando a mera intenção de preservar do Poder Público, pois tão desiderato, por si só, não gera direito à indenização.

Há, também, que se ter certeza quanto ao agente público da restrição, uma vez que é comum o ingresso de determinada demanda judicial contra um agente público por ato de outro, podendo haver casos em que os atos restritivos ao uso de um determinado imóvel sejam emanados por mais de um agente público, alguns de caráter geral e outros com especificidade, ocasião em que os verdadeiros responsáveis pelas restrições é que devem ser chamados para responder à demanda.<sup>97</sup>

A prova do domínio (titularidade) também é indispensável, eis que as unidades de conservação foram inicialmente criadas em lugares de provável ocorrência de terras devolutas<sup>98</sup> ou em regiões em que, pela falta de acesso, há imprecisão de títulos dominiais.

O aspecto temporal da aquisição de imóvel objeto de restrição é também pressuposto de fundamental importância para a indenização. Hipóteses de aquisição de áreas posteriormente à ocorrência de eventos restritivos inabilitam o

---

<sup>97</sup> Pedro Azevedo afirma que um exemplo possível desta última hipótese pode se dar em áreas de ocorrência de mata atlântica em zona urbana de uso limitado, onde não há nenhuma unidade de conservação criada pelo Estado. Neste caso, as restrições emanam da União e do Município, que devem ser chamados à lide, obedecidos os requisitos processuais necessários para tanto (questão da competência absoluta e relativa, mudanças no pólo passivo, etc.). AZEVEDO, op. cit., p. 330.

<sup>98</sup> Terras devolutas “são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos”. MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 451. Pertencem elas aos Estados-membros da Federação (CF/88, art. 26, IV), salvo quando indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, hipóteses em que serão bens da União (art. 20, II, CF/88).

postulante à indenização na medida em que esta pessoa adquiriu o imóvel já objeto de uma dada restrição. O máximo que cabe, no caso, é ação regressiva contra o alienante, já que ninguém pode transmitir mais direitos do que tem.

É indispensável, também, que a restrição apontada seja determinável espacialmente, ou seja, é necessário que se demonstre que um dado imóvel é realmente atingido por um ou mais atos protetivos, a partir do que podem ocorrer inúmeras situações, algumas de mera limitação administrativa, outras não. Além disso, o imóvel pode ser total ou parcialmente abrangido pela restrição, o que será determinante para a eventual determinação do valor indenizatório. Nesse aspecto, a perícia é de fundamental importância.

Por fim, é necessário que haja prova de atividade econômica pré-existente e/ou viável. É que é usual a alegação de atingidos por atos de proteção no sentido de que há interdição por impossibilidade de parcelamento do solo ou exploração madeireira, pouco se questionando sobre a efetividade desta atividade econômica ou ainda sobre a sua efetiva viabilidade. A viabilidade pressuposta, ademais, não é somente econômica (por exemplo, se o custo da extração de madeira numa determinada região é superior ao valor deste produto no mercado), mas também jurídica (no sentido da possibilidade legal da dita exploração, vedada em áreas de declividade acentuada ou de ocorrência de vegetação de preservação permanente ou permitida para algumas espécies vegetais), daí a imprescindibilidade da perícia.

Vê-se, assim, que, em havendo direito à indenização, o prejuízo a ser indenizado deve ser constatado real, material e diretamente. O dano efetivado à atividade econômica do proprietário tem que ser efetivamente demonstrado.

Informações imprecisas da área a ser indenizada, detalhamentos técnicos caracterizados de forma simplista, localização inexata do bem, inexistência de perícias e de avaliações entre os imóveis vizinhos são fatores que têm causado grandes lesões ao Erário Público. Assim, é preciso que tanto o Judiciário quanto o Ministério Público estejam sempre muito atentos para as provas que são apresentadas para fundamentar o valor das indenizações pedidas, que, em muitos casos, não representam a realidade,<sup>99</sup> não havendo por que se indenizar o que não é possível ser explorado economicamente.

---

<sup>99</sup> Basta lembrar os famosos casos da Serra do Mar, onde foram ordenadas indenizações de madeiras localizadas em local de difícil ou impossível acesso, o que inviabilizava o seu aproveitamento econômico. Em tais casos, nada haveria de se indenizar, pois não há falar em indenização do que não é possível de ser explorado economicamente.

**12. ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (RESERVAS OU ESTAÇÕES ECOLÓGICAS), RESERVAS FLORESTAIS LEGAIS E DIREITO DE PROPRIEDADE (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL)**

De um modo geral, a jurisprudência do STF e do STJ, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade e porque ainda imbuída da concepção absolutista da propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenização das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Para tais tribunais, a circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, por si só, considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.

Para Celso de Mello,

a ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, § 4º, da Constituição (áreas do patrimônio nacional).<sup>100</sup>

A assertiva acima, contudo, deve ser vista com ressalvas, pois se afigura impróprio falar-se em desapropriação quando o espaço protegido for uma reserva florestal legal ou uma área de preservação permanente.<sup>101</sup> De igual modo, revela-se equivocada a ilação de que a instituição desses espaços importaria em

---

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-8-SP. Rel. Min. Celso de Mello. 1ª Turma. DJU de 22 set. 1995, p. 30597.

<sup>101</sup> Ou, como são denominadas hoje em dia as áreas de proteção permanente nos imóveis particulares, reservas ecológicas (cf. art. 18 da Lei nº 6.938/81).

esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade ou de que “as matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que, embora proibidas a derrubada pelo proprietário, persiste o seu valor econômico e ecológico”.<sup>102</sup> É que a preservação dos bens ambientais pode trazer, ao revés de esvaziamento econômico da propriedade, a sua valorização, vez que hoje em dia as atividades econômicas relacionadas ao turismo ecológico são altamente lucrativas – isso sem falar que “uma área revestida de mata virgem vale mais do que a despida de qualquer verde”.<sup>103</sup> Dessa forma, em desapropriações parciais, por exemplo, pode o proprietário ter, no seu remanescente não desapropriado, uma promissora fonte de lucros decorrentes dessas novas perspectivas de utilização econômica das propriedades rurais.

Como bem disse Francisco Rezek,

hoje, talvez mais do que nunca, constitui despropósito pretender-se que o valor econômico da floresta, assentada sobre certa área expropriada, esteja resumido no seu potencial de corte para venda de madeira e corresponda, destarte, a zero quando proibido o corte pela legislação florestal. É certo que, neste caso, a primitiva intenção da empresa ora recorrida era abater árvores para comercializar-lhes a madeira, e não fruir da riqueza ecológica ou de qualquer das muitas outras formas de benefício que a propriedade de uma floresta importa consigo. Esta consideração subjetiva, contudo, não autoriza a entender que a interdição do desmatamento neutralizasse objetivamente o valor econômico da mata.<sup>104</sup>

Equívocada é também a tendência predominante nos tribunais no sentido de determinar a indenização por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade particular, quando revestida de vegetação legalmente considerada de preservação permanente. A impropriedade de tal raciocínio se dá por duas razões: primeiro, porque as áreas de preservação permanente criadas por lei não são limitações administrativas ao direito de propriedade, uma vez que nascem com o próprio direito de propriedade, do qual são inseparáveis, não

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 140224-SP. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU de 18 out. 1991, p. 14551.

<sup>103</sup> RJTJESP. Lex, n. 91, p. 133.

<sup>104</sup> Revista dos Tribunais, n. 583, p. 289.

guardando, pois, o entendimento jurisdicional, harmonia com os pressupostos caracterizadores da propriedade, constantes em nosso ordenamento jurídico; e, segundo, porque as limitações não são indenizáveis.<sup>105</sup>

### **13. PARQUES NACIONAIS E ESTADUAIS *VERSUS* DIREITO DE PROPRIEDADE (ANÁLISE JURISPRUDENCIAL)**

Como se viu, uma das poucas hipóteses de indenização por motivos ambientais é quando o Poder Público elimina a possibilidade de o particular opor seu direito de propriedade contra terceiros, dando ao bem uma destinação que visa ao uso da população. Nesses casos é impositiva a desapropriação do bem.

A legislação ambiental prevê que o Poder Público poderá criar parques que terão por fim a preservação de atributos excepcionais da natureza, cuja proteção deverá ser integral, conciliada com o aproveitamento para fins educacionais, recreativos e científicos. Pela definição, percebe-se que os parques, destinados que são ao uso do povo, devem ser bens públicos, de uso especial (Código Civil (novo), art. 99, II), e, portanto, são incompatíveis com o domínio privado. Por essa razão devem ser indenizados.

<sup>105</sup> Di Pietro, valendo-se da doutrina de Bielsa, apresenta os traços característicos das limitações administrativas: “impõem obrigação de não fazer ou deixar de fazer; visando conciliar o exercício do direito público com o direito privado, só vão até onde exija a necessidade administrativa; sendo condições inerentes ao direito de propriedade, não dão direito à indenização”. As limitações administrativas não dão direito à indenização, que só é cabível quando o proprietário se vê privado, em favor do Estado ou do público em geral, de alguns ou de todos os poderes inerentes ao domínio, como ocorre, respectivamente, na servidão administrativa e na desapropriação. Como diz Bielsa, as restrições não dão direito à indenização “já que não são senão uma carga geral imposta a todas as propriedades. Trata-se, segundo se disse, de uma condição inerente ao direito de propriedade, cujo conteúdo normal se limita pelas leis”. Apud DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 109. Sendo preceitos de ordem pública, as limitações administrativas derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da administração, e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade. Entretanto, vale observar que, em qualquer das hipóteses acima, como bem asseverou Meirelles, “as limitações administrativas hão de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva sem produzir um total aniquilamento da propriedade ou das atividades reguladas. Essas limitações não são absolutas, nem arbitrárias. Encontram seus lindes nos direitos individuais assegurados pela Constituição e devem expressar-se em forma legal. Só são legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social (CF/88, art. 170, III) e não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural. Daí a exata observação de Bielsa, de que ‘la restricción sólo conforma y nunca desintegra ni disminuye el derecho de propiedad, y obedece a una solidaridad de intereses: el público y el privado’.” MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 529.

Nesse passo, decidiu o STJ que

ao direito do Poder Público de instituir parques corresponde a obrigação de indenizar em respeito ao direito de propriedade, assegurado pela Constituição Federal. Há que se distinguir a simples limitação administrativa da supressão do direito de propriedade. A proibição de desmatamento e uso da floresta que cobre a propriedade é interdição de uso da propriedade, só possível com indenização prévia, justa e em dinheiro, como compensação pela perda total do direito de uso da propriedade e desaparecimento de seu valor econômico.<sup>106</sup>

Na esteira de tal raciocínio, os tribunais superiores vêm decidindo que

o Poder Público pode criar parques (art. 5º, Lei nº 4.771/65), ficando resguardado o direito de propriedade, com a conseqüente reparação patrimonial, quando ilegalmente afetado. As limitações administrativas, quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, gozo e livre disposição da propriedade, desnaturam-se conceitualmente, materializando verdadeira desapropriação. Impõe-se, então, a obrigação indenizatória justa e em dinheiro, espancando mascarado confisco.<sup>107</sup>

#### **14. SÍNTESE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE INDENIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL**

No que tange ao problema da indenização das terras destinadas à proteção ambiental, a carência de conhecimentos de Direito Administrativo, Ambiental e Constitucional tem proporcionado a proliferação de decisões injustas e bastante onerosas às burras públicas, fazendo crescer sobremaneira a *indústria das ações* por apossamento administrativo (desapropriação indireta) contra o Poder Público, tendo em vista a interdição da propriedade, ou de parte dela, por razões ambientais e a conseqüente inviabilização do seu uso econômico.

Ora, o apossamento administrativo, ou desapropriação indireta, ocorre quando há apossamento de bem particular pelo Poder Público, sem obediência

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 19630-SP. Rel. Min. Garcia Vieira. 1ª Turma. DJU de 19 out. 1992, p. 18217.

<sup>107</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 39842-SP. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma. DJU de 30 maio 1994, p. 13455.

ao devido processo legal da desapropriação (Decreto-lei nº 3.365/41 e legislação pertinente). Em relação à instituição de Reservas Florestais Legais e de Áreas de Preservação Permanente legais (ou *ope legis*), ante a sua generalidade, não há como se falar em afetação ao conteúdo econômico da propriedade. Na verdade, a exploração econômica da propriedade só pode se dar dentro daquilo que o conteúdo do direito de propriedade permite e da forma também prevista em lei. O aproveitamento econômico da propriedade não é de toda a extensão da propriedade, mas daquilo permitido pelo ordenamento, o que ocorre sem desfigurar o próprio direito de propriedade.

Ademais, mesmo nos casos em que se esteja a alegar a desapropriação indireta, necessário se faz uma análise pormenorizada a fim de saber se realmente o imóvel rural afetado era explorável economicamente, de que modo e em que extensão. E isso tem passado ao largo em nossos tribunais.

O problema é que os proprietários, ante qualquer instituição, em sua propriedade, de espaço protegido por razões ambientais, movem ação requerendo indenização à alegação de que estão limitados na exploração econômica do imóvel, que muitas vezes sequer tem sido explorado e/ou utilizado. Alegam tais proprietários, em juízo, que estão impossibilitados de realizar a exploração madeireira no local, não tendo sequer o cuidado de checarem se se trata de Áreas de Preservação Permanente ou de Reservas Florestais Legais. Chegam até ao absurdo de argüirem que são exploradores contumazes de madeira, não tendo preocupação alguma em verificar antes as proibições legais acerca de tal exploração, elencadas nos artigos 10, 12 e 15 do Código Florestal.

O STF e o STJ, apesar de reconhecerem que incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental, insistem na tese de que tal encargo não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.<sup>108</sup> Nesse sentido, decidiu o STJ que

se o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, deve indenizar o prejuízo causado ao proprietário, de modo amplo, com justa indenização, no caso, incluindo-se as ‘matas de preservação permanen-

---

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 134297-SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 22 set. 1995, p. 30597.

te', impedida que foi, pelo decreto expropriatório por utilidade pública, a sua destinação natural pelo proprietário.<sup>109</sup>

No mesmo sentido da jurisprudência pátria encontra-se Canotilho,<sup>110</sup> que entende que o encargo de manter um ambiente sadio deve ser suportado por todos, pois a defesa do meio ambiente é uma tarefa solidária e não solitária<sup>111</sup> e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns em favor de outros. Para o constitucionalista lusitano, o ambiente é caro, mas nunca é demasiadamente caro. O Poder Público, em sua defesa, deve expropriar ou negociar um *set-aside*,<sup>112</sup> assegurando ao proprietário uma adequada prestação pecuniária. “O que não pode o Poder Público é fazer com que o particular custeie, isoladamente, a instituição de um benefício coletivo, com o detrimento de seu patrimônio — que lhe é garantido pela ordem constitucional”.<sup>113</sup>

Esta, contudo, não é a melhor interpretação, revelando-se equivocado o entendimento que assegura a plena indenização de áreas ambientais destinadas

<sup>109</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 77541-SP. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. 1ª Turma. DJU de 22 abr. 1996, p. 12543.

<sup>110</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Proteção do meio ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 88-89.

<sup>111</sup> O mesmo entendimento possui Meirelles, tanto que cuidou de asseverar que “se o bem-estar social exige o sacrifício de um ou de alguns, aquele ou estes devem ser indenizados pelo Estado, ou seja, pelo erário comum do povo.” MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 74, v. 600, out. 1985, p. 17.

<sup>112</sup> Originariamente concebido no direito norte-americano com fins de política econômica – limitação da produção para obter efeitos estabilizadores nos preços de produtos agrícolas –, o instituto do *set-aside* (pôr de lado de terrenos, retiradas de terrenos) aparece, nos dias de hoje, como um dos remédios para a defesa e conservação de ecossistemas naturais. O agricultor compromete-se a manter os habitats nos terrenos ‘retirados’ à exploração agrícola, recebendo uma compensação pela inalterabilidade do uso dos solos ou subsídios para a prática de culturas ou explorações econômico-agrárias ecologicamente adequadas. Nos últimos tempos, o sistema evoluiu para formas de claro recorte contratual. Mediante a aplicação do Multi-Year Set-Aside Program, o proprietário compromete-se, a troco de uma indenização calculada de acordo com a quantidade e qualidade de solos agrícolas retirados de usos econômicos agrários, a manter os espaços e ambientes naturais e, até mesmo, a melhorar o equilíbrio ecossistêmico. O fato de o sistema de retirada de terreno assumir feição contratual enseja uma peculiaridade, qual seja, em se tratando de uma relação contratual, o não cumprimento importará hipótese de inexecução da obrigação, segundo nosso Código Civil. Significando concluir que o devedor, não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde por perdas e danos. Ou seja, supondo que este sistema fosse aplicado entre nós, teríamos a seguinte construção: se o proprietário compromete-se a manter os habitats nos terrenos ‘retirados’ à exploração agrícola, mediante uma indenização e não o faz, configurado estaria o inadimplemento contratual, e a obrigação deste de responder por perdas e danos.

<sup>113</sup> TAVARES, Ademário Andrade. A indenização na limitação administrativa (em matéria ambiental) e o novo conceito de desapropriação indireta. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/limitadm.html>>. Acesso em: 21 out. 2001, p. 7.

à instituição de reservas florestais necessárias à preservação do meio ambiente, ao argumento de que “não se nega ao Estado o direito de constituir reservas florestais em seu território”, devendo-se “negar, todavia, o poder de constituí-las gratuitamente, à custa da propriedade particular de alguns proprietários”.<sup>114</sup> É que as Reservas Florestais Legais são limites internos ao direito de propriedade, que integram a essência do domínio e são com o título transmitidas;<sup>115</sup> não são, pois, indenizáveis.

Partindo de uma visão equivocada dos conceitos elencados na Carta Magna, alguns autores chegam a afirmar que as novas orientações jurisprudenciais têm modificado substancialmente o entendimento dos institutos da limitação administrativa e da desapropriação indireta.<sup>116</sup> Desconhecem os mesmos que nas limitações administrativas o proprietário conserva em suas mãos a totalidade de direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito às normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem-estar social, razão pela qual a regra geral é a da não indenização, uma vez que a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, de maneira que lhe convenha, até onde não esbarre nos óbices opostos pelo Poder Público em prol do interesse coletivo.

Só em casos excepcionais, quando transfiguradas para os institutos da servidão e/ou da desapropriação,<sup>117</sup> é que a indenização é obrigatória, uma vez que “a limitação administrativa não pode promover o aniquilamento da proprie-

<sup>114</sup> TJ-SP. Revista dos Tribunais, n. 522, p. 151.

<sup>115</sup> A área de reserva florestal legal deverá ser averbada à margem da matrícula no registro do imóvel, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área.

<sup>116</sup> TAVARES, op. cit., p. 8.

<sup>117</sup> O conceito de limitação administrativa não tem sido bem absorvido pela doutrina e jurisprudência pátrias, fazendo com que a mesma seja confundida com outros institutos (restrição de vizinhança, servidão pública, desapropriação, etc.). Assim, para tentar obviar tais erros, faz-se necessário trazer à colação algumas observações sobre os seus traços distintivos em relação às outras espécies de restrições administrativas. As servidões administrativas ou públicas não se confundem com as servidões civis de direito privado, nem com as limitações administrativas de direito público, nem com as desapropriações. A servidão civil é direito real de um prédio particular sobre outro, com finalidade de serventia privada uti singuli; a servidão administrativa é ônus real do Poder Público sobre a propriedade particular, com finalidade de serventia pública. A limitação administrativa é uma restrição pessoal, geral e gratuita, imposta genericamente pelo Poder Público ao exercício de direitos individuais, em benefício da coletividade. Já a servidão administrativa ou pública é um ônus real – e especial – de uso, imposto especificamente

dade, isto é, a total impossibilidade de sua adequada utilização econômica”.<sup>118</sup> E tal se dá porque, conforme extraído das precisas lições de Meirelles e Forsthoff,

a limitação administrativa apenas restringe o exercício das faculdades inerentes ao domínio, mas não o atinge substancialmente, e muito menos o aniquila. Mas se, a pretexto de limitar a propriedade, a restrição vai tão longe a ponto de anulá-la em seu conteúdo essencial, ou prejudicá-la sob aspectos decisivos, o caso será de desapropriação.<sup>119</sup>

Assim, o que vai definir a indenização ou não das terras reservadas à proteção ambiental é a análise do caso concreto, eis que, regra geral, as Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais não são indenizáveis, nos termos do regime jurídico vigente no Brasil, excetuando-se desta regra básica apenas as áreas elencadas pelo art. 3º do Código Florestal e, ainda assim, somente quando: a) lhes faltar o traço de generalidade; b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e c) sua efetivação inviabilizar por inteiro a totalidade do único ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, obviamente, o lapso prescricional, que se inicia a partir da promulgação do ato administrativo que determinou a restrição.

pela Administração a determinados imóveis particulares – em geral mediante indenização – para possibilitar a realização de obras e serviços públicos. Assim, a restrição à edificação além de certa altura é uma limitação administrativa ao direito de construir, ao passo que a obrigação de suportar a passagem de aqueduto sobre determinadas propriedades privadas para o abastecimento de uma cidade, como serviço público, é uma servidão administrativa, porque onera diretamente os imóveis particulares com uma serventia pública. A limitação administrativa impõe, de um modo geral, uma obrigação de não fazer (mas também pode impor, segundo a melhor doutrina, uma obrigação de fazer ou de deixar de fazer); enquanto que a servidão administrativa impõe um ônus de suportar que se faça. Aquela incide sobre o proprietário (obrigação pessoal); esta incide sobre a propriedade (ônus real). A limitação administrativa distingue-se da desapropriação, pois nesta há transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante, com integral indenização, enquanto naquela há, apenas, restrição ao uso da propriedade, imposta genericamente a todos os proprietários, sem qualquer indenização. Com razão, pois, Meirelles, ao afirmar “que a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa como da desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização; a servidão administrativa ou pública, como ônus especial a uma ou algumas propriedades, exige indenização dos prejuízos que a restrição acarretar aos particulares (aqui o que se indeniza é o prejuízo, não a propriedade); a desapropriação, por retirar do particular a sua propriedade ou parte dela, impõe cabal indenização do que foi expropriado e dos consequentes prejuízos (aqui a indenização é da própria propriedade)”. MEIRELLES, 1991, op. cit., p. 535.

<sup>118</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 294.

<sup>119</sup> Revista dos Tribunais, n. 611, p. 72.

Se houver o total aniquilamento do uso da propriedade e forem atendidos os pressupostos à indenização – elencados anteriormente – é estreme de dúvidas que o proprietário privado de seu direito de exclusão precisará ser indenizado.

## **15. CONCLUSÕES**

O tema dos direitos fundamentais é complexo, daí evidenciando a necessidade de se efetuar um tratamento interdisciplinar para a sua compreensão.

O reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais é o objetivo principal dos constitucionalistas, pois significa a verdadeira consolidação dos chamados Estados Democráticos de Direitos, contribuindo para viabilizar a concretização da dignidade da pessoa humana.

A concepção individualista da propriedade, como poder do proprietário sobre as coisas submetidas à sua vontade, nasceu e vingou por exigência do contexto social e econômico. Mas os tempos são outros e a atual tendência do constitucionalismo é a de atribuir à propriedade uma função no interesse social que modifica o exercício do direito, mas não o suprime nem se confunde com a estatização, até mesmo porque, como um direito fundamental, o direito de propriedade tem um conteúdo mínimo, um núcleo essencial, irredutível, que não poderá ser afastado.

A propriedade, tal como constitucionalmente protegida, já não comporta mais, no Brasil, ser interpretada de acordo com a concepção absolutista preconizada pelo art. 524 do vetusto Código Civil (Lei nº 3.071/16), pois hoje já não se admite mais possa o proprietário usar, gozar e dispor com a amplitude que os termos exigem. O uso e o gozo da propriedade estão diretamente vinculados ao atendimento da função social. Não há mais um direito individual de propriedade, mas um direito a ser exercido em prol da coletividade. Enquanto o direito de propriedade não serve aos interesses da coletividade, promovendo-lhe o bem-estar e concorrendo para o progresso econômico e social do seu titular, a propriedade já não pode mais permanecer nas mãos de quem não a trabalha, impondo-se a desapropriação por interesse social a fim de que, redistribuída, possa alcançar, pelo trabalho, a função social a que está fadada.

O princípio da função social da propriedade legitima juridicamente a intervenção do Estado na propriedade em todos os seus diversos graus: da limitação do exercício do direito de propriedade até a própria expropriação.

Muito embora a função social esteja expressamente prevista em nossa Lei Maior como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica,

a sua concretização ainda não tem sido implementada. Mesmo que não seja possível suprir a propriedade privada, até porque ainda constitui o melhor instrumento para produção de riqueza, é preciso que a sociedade brasileira reconheça a função social da propriedade como princípio essencial à própria existência da propriedade, bem como da ordem econômica, pois a função social não constitui sacrifício algum à propriedade privada. Representa, sim, a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica e harmoniosa.

Os preceitos inscritos no art. 225 da Lei Maior traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, típico direito fundamental de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todos os que compõem o grupo social.

O direito de propriedade não se extingue em face da função social e da proteção do meio ambiente. São situações harmonizáveis, nada impedindo que o proprietário permaneça exercendo seu direito, em razão da existência de uma área de proteção ambiental no seu domínio, desde que compatibilize seu comportamento com a preservação e defesa do meio ambiente.

Pelo fato de as normas que asseguram o direito de propriedade e meio ambiente possuírem índole principiológica, necessário é lançar-se mão da Teoria dos Princípios, bem como da distinção entre regras e princípios, para a solução de um eventual conflito de normas que envolvam tais direitos fundamentais, de igual dignidade constitucional.

Na hipótese de eventual conflito ou colisão entre direitos fundamentais, ou entre normas constitucionais, a solução mais plausível é no sentido de optar pelo método do balanceamento ou de ponderação, de sorte a sopesar os valores e interesses envolvidos em cada caso concreto. Como o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são dotados de mesma dignidade constitucional, um não pode prevalecer em relação ao outro, aprioristicamente, deve o intérprete proceder à concordância prática dos direitos colidentes, verdadeiro princípio de interpretação constitucional que consiste em que os bens jurídicos constitucionalmente assegurados sejam coordenados de modo a que todos eles possam conservar sua identidade, sempre tendo como norte o princípio da dignidade humana, que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o valor que atrai a realização dos mesmos.

O princípio da função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade, compondo a estrutura ou limites internos de tal direito. Significa dizer que

o cumprimento da função social é condição de sua legitimidade. Não se trata de simples limitação decorrente de intervenções atinentes ao poder de polícia. Garante-se a propriedade enquanto cumpre esta a sua função social. E a função social é cumprida quando a propriedade atende ao requisito de preservação do meio ambiente.

Na esfera de limitações internas não cabe falar em desapropriação. Os limites internos, porque fazem parte do rol de atributos necessários ao reconhecimento do direito de propriedade válido, não comportam indenização.

Se a propriedade não estiver cumprindo sua função social, implicando isto proteção do meio ambiente, e se a Administração a direciona para este fim, não existe desapropriação indireta, mas, sim, o cumprimento, pelo Poder Público, de uma tarefa que lhe é atribuída pela própria Constituição.

Além da função social que lhe molda a estrutura e condiciona o seu reconhecimento e legitimidade, o direito de propriedade sofre compressões por interferências estatais decorrentes do poder de polícia em sentido amplo, em razão da prevalência do interesse social em face de interesses individuais. A distinção entre a função social da propriedade e o poder de polícia reside em que aquela não surge como limite ao exercício do direito, mas como princípio incidente sobre o conteúdo mesmo do direito. O poder de polícia atinge externamente o direito de propriedade para evitar que seu exercício prejudique o interesse coletivo.

A proteção da flora e a conseqüente vedação de práticas que coloquem em risco a sua função ecológica projetam-se como formas instrumentais destinadas a conferir efetividade ao direito que todos possuem de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O dever de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental incumbe constitucionalmente ao Poder Público, não o dispensando, contudo, quando necessária a intervenção administrativa na esfera privada, de ressarcir os prejuízos materiais que, derivando de eventual esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade, afetem a situação jurídica de terceiros. Entretanto, as limitações, que têm em vista o que é socialmente útil, colocadas pela Administração para o exercício do direito à higidez ambiental, em decorrência de uma orientação para sua função social, não acarretam direito à indenização. Apenas se estas limitações acabarem por eliminar o núcleo essencial do direito de propriedade, anulando o direito de exclusão de terceiros no gozo do bem, eliminando o direito à alienação ou inviabilizando totalmente o seu uso econômico, aí sim vão ter um caráter expropriatório, originando uma indenização ao proprietário.

Nesse passo, não cabe a indenização quando o Poder Público, agindo em conformidade com o suporte constitucional da função sócio-ambiental, regradar a forma do uso, privilegiar ou interditar a propriedade privada que estiver degradando o meio ambiente. E tal se dá porque existem outras formas alternativas de se explorar uma área rural (turismo ecológico, p. ex.), sendo raro o caso em que a única possibilidade de exploração de uma área é o desmatamento integral, como forma de viabilizar a agricultura e a pecuária. Ademais, não há, atualmente, um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de fazer uso de sua propriedade de forma a violar os princípios constitucionais, que asseguram a proteção do meio ambiente e o atendimento da função social da propriedade. Agora, a propriedade privada, nos moldes da Carta Magna vigente, abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e mais solidária, onde se submete a uma ordem pública ambiental.

É dever do Estado e dos cidadãos perseguirem os objetivos de proteção ambiental, como única alternativa de sobrevivência do planeta e da própria espécie humana. A implementação de unidades de preservação ambiental constitui parcela importantíssima deste processo.

As Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais são espaços territoriais especialmente protegidos definidos no Código Florestal. Não constituem restrições ou limitações às propriedades, eis que configuram o próprio direito de propriedade.

As Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Florestais Legais não são indenizáveis, nos termos do regime jurídico vigente no Brasil. Excetuam-se desta regra básica apenas as áreas elencadas pelo art. 3º do Código Florestal e, ainda assim, somente quando: a) lhes faltar o traço de generalidade; b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e c) sua efetivação inviabilizar por inteiro a totalidade do único ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitado, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência.

Assim, não pode o proprietário acionar o Poder Público pleiteando indenização pelo fato de ter o uso e o gozo de sua propriedade limitados pela exigência de manutenção das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Florestais Legais. Tal vedação decorre não apenas do fato de terem sido ambas instituídas por lei de 1965 (Código Florestal), o que está a sinalizar a prescrição de eventuais ações de indenização, mas também porque tais áreas não inviabilizam o exercício do direito de propriedade no restante do imóvel.

No âmbito da desapropriação, direta ou indireta, da integralidade do bem, é descabido incluir na indenização a ser paga pelo imóvel o valor das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Florestais Legais, já que se caracterizam como limites internos ao direito de propriedade. Conseqüentemente, o cálculo da indenização devida, ao ser reconhecida a desapropriação da totalidade do imóvel, deve descontar as áreas correspondentes a tais unidades de preservação ambiental.

A proteção ambiental deve se dar, modernamente, com a participação do Estado e da sociedade. Do Estado (Executivo e Judiciário) fixando indenização do que é específico e inequívoco, dentro dos pressupostos elencados neste trabalho – especificidade e espacialidade da restrição, certeza quanto ao agente público da restrição, comprovação de existência de atividade econômica anterior e prova do domínio e da temporalidade da aquisição – e de critérios técnicos e jurídicos que não transformem as demandas constantemente ajuizadas contra o Poder Público em meio de enriquecimento ilícito do particular. Da sociedade, reconhecendo que existe um sacrifício coletivo, fruto das limitações necessárias à proteção ambiental e da própria observância da função sócio-ambiental da propriedade, que deve ser suportado sem ônus específico e como contribuição dela ao processo.

Lamentavelmente, e apesar dos avanços da doutrina e da nossa própria Constituição, a jurisprudência dos tribunais brasileiros ainda não aplica escorreita e efetivamente o método de balanceamento ou ponderação dos valores – e/ou direitos – envolvidos, não aplicando inclusive o entendimento de que a função social incide sobre o conteúdo do direito de propriedade, compondo as estruturas ou limites internos deste último, deixando transparecer uma opção pelo direito de propriedade na concepção individualista do Estado liberal, quando em conflito com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, concepção esta que culmina por determinar a indenização até mesmo das áreas de preservação permanente e das reservas florestais legais.

Tal tendência pode ser notada principalmente nas decisões prolatadas pelo STF e STJ, que, desconsiderando que a Constituição é o ponto de partida de qualquer operação hermenêutica que envolva direitos fundamentais, insistem em dar à propriedade um conteúdo ilimitado e exclusivo, interpretando-a, pois, tão-somente de acordo com o vetusto Código Civil (de 1916), em descompasso com os princípios insculpidos na Carta Magna de 1988 – da função social, da dignidade da pessoa humana e da preservação ambiental.

Há, contudo, alguma esperança. É que alguns tribunais, imbuídos de uma visão progressista, e conscientes dos princípios da função social da proprieda-

de, da dignidade da pessoa humana e da preservação ambiental, têm sabido aplicar corretamente o método de balanceamento dos valores e, de consequência, têm adotado posicionamentos que estão mais de acordo com a Constituição de 1988, valendo ressaltar que, apesar de poucos, há acórdãos que assimilaram a necessidade de acolher a tese da função humanizadora da propriedade e da necessidade de se tutelar o ambiente, indispensáveis à própria qualidade de vida e essencial à dignidade humana, fato que pode significar uma mudança de mentalidade promissora, essencial à busca do equilíbrio entre o direito de propriedade e o direito à higidez ambiental, ambos direitos fundamentais.

É o desejo de todos que, doravante, esta última concepção se perpetue pelos órgãos competentes do Poder Judiciário, pois só assim se conseguirá conciliar o acesso à propriedade com a justiça social e com a preservação ambiental.

## **CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL (TCFA)**

**Leonardo Resende Martins**

*Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da SJ/CE*

### **1. INTRODUÇÃO**

A fim de auferir recursos para garantir o custeio e financiamento das atividades realizadas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama no exercício do poder de polícia ambiental, foi aprovada a Lei n. 10.165, de 27.12.2000, que, alterando a Lei n. 6.938, de 31.08.1981, instituiu a Taxa de Fiscalização e Controle Ambiental (TCFA).

Cumpre, portanto, analisar os dispositivos legais que criaram a referida taxa, em cotejo com as normas que, anteriormente, já haviam tentado instituir semelhante tributo.

Após, cumprir apresentar os diversos argumentos que poderiam ser suscitados para acusar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.165/2000, para, em seguida, em uma análise crítica de cada um deles, concluir pela constitucionalidade do diploma normativo em questão.

### **2. A TCFA E SEUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS**

Para que se possam compreender os elementos da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA), revela-se oportuna a transcrição dos artigos 17 B e 17-C da Lei n. 6.938/81, coma a redação dada pela Lei n. 10.165/2000, *in verbis*:

“Art. 17-B. Fica instituída a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia con-

ferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais.”(NR)

“§ 1º Revogado.”

“§ 2º Revogado.”

“Art. 17-C. É sujeito passivo da TCFA todo aquele que exerça as atividades constantes do Anexo VIII desta Lei.” (NR)

“§ 1º O sujeito passivo da TCFA é obrigado a entregar até o dia 31 de março de cada ano relatório das atividades exercidas no ano anterior, cujo modelo será definido pelo Ibama, para o fim de colaborar com os procedimentos de controle e fiscalização.” (NR)

“§ 2º O descumprimento da providência determinada no § 1º sujeita o infrator a multa equivalente a vinte por cento da TCFA devida, sem prejuízo da exigência desta.”(NR)

“§ 3º Revogado.”

Como se vê, a lei define a hipótese de incidência da taxa como sendo o exercício regular do poder de polícia conferido ao Ibama para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais. Conseqüentemente, o sujeito passivo da exação é a pessoa que exerce atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais, tal como definidas no anexo da lei, segundo os níveis pequeno, médio e alto.

Na verdade, a TCFA não é primeira tentativa de instituição de uma receita destinada ao custeio e financiamento do poder de polícia ambiental exercido pelo Ibama. Antes da Lei n. 10.165/2000, o Poder Público já havia registrado dois malogros.

Com efeito, o próprio Ibama já havia tentado instituir, por meio da Portaria n. 113, de 25.09.1997, a cobrança de uma taxa anual destinada à formação do “Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais”.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, suspendeu, com efeito *erga omnes*, a eficácia da mencionada portaria, vez que se mostrava ofensiva ao princípio da legalidade tributária. O julgado em questão restou assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 10, 13, § 1º, E 14 DA PORTARIA N. 113, DE 25.09.97, DO IBAMA.

Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito exigir tributo, mas também o direito de punir.

Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados.

Cautelar deferida”.

(ADIMC 1823/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, data do julgamento 30.04.1998, DJ 16.10.1998, p. 6)

Em seguida, tentando superar o argumento de violação à legalidade estrita, a Lei n. 9.960/2000 criou a Taxa de Fiscalização Ambiental (TFA), a qual, no entanto, também teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIMC 2178/DF, em que foi relator o Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão. As razões que motivaram a referida decisão foram muito bem sintetizadas na ementa do acórdão, a qual merece ser transcrita:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 8º DA LEI N. 9.960, DE 28.01.2000, QUE INTRODUZIU NOVOS ARTIGOS NA LEI N. 6.938/81, CRIANDO A TAXA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL (TFA). ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTIGOS 145, II; 167, IV; 154, I; E 150, III, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Dispositivos insuscetíveis de instituir, validamente, o novel tributo, por haverem definido, como fato gerador, não o serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, pelo ente público, no exercício do poder de polícia, como previsto no art. 145, II, da Carta Magna, mas a atividade por esses exercida; e como contribuintes pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, não especificadas em lei. E, ainda, por não haver indicado as respectivas alíquotas ou o critério a ser utilizado para o cálculo do valor devido, tendo-se limitado a estipular, *a fortait*, valores uniformes por classe de contribuintes, com flagrante desobediência ao princípio da isonomia, consistente, no caso, na dispensa do mesmo tratamento tributário a contribuintes de expressão econômica extremamente variada.

Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos instituidores da TFA. Medida cautelar deferida.” (STF, ADIMC 2178/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ data 12.05.2000, p. 19)

Assim, a Lei n. 10.165/2000 surge como mais uma tentativa de afastar os vícios de inconstitucionalidade identificados pelo STF nas ocasiões anteriores. Perquirir se o legislador teve, finalmente, sucesso em sua pretensão é o objetivo dos capítulos seguintes.

### **3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INCONSTITUCIONALIDADE DA TCFA**

Não obstante haver o legislador se utilizado das ponderações dos Ministros do STF, quando da declaração de inconstitucionalidade da TFA, para superar qualquer indício de desrespeito à Constituição, é possível relacionar uma série de argumentos que poderiam ser suscitados visando, mais uma vez, ao reconhecimento da inconstitucionalidade da criação da taxa ambiental.

Eis alguns dos possíveis argumentos:

- a) ao alterar, por meio de lei ordinária, o SISNAMA, instituído pela Lei n. 6.938/81, recepcionada com caráter de lei complementar pela nova ordem constitucional, por harmonizar entre os entes da federação a competência comum de proteção ao meio ambiente, no que se refere ao licenciamento ambiental das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais, violou o art. 23, § único, da CF/88;
- b) ao instituir taxa sem que haja a contraprestação efetiva de serviço público ou o efetivo exercício do poder de polícia, pois as atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais são controladas e fiscalizadas pelo órgão estadual competente, afrontou o art. 145, inc. II, da CF/88;
- c) ao remunerar por taxa o poder de polícia geral conferido ao IBAMA, *ut universi*, desrespeitou, por idêntico, o mesmo art. 145, inc. II, da CF/88, pois o exercício de poder de polícia só justifica a cobrança de taxa se houver prestação específica e divisível;
- d) se o tributo que a Lei n. 10.165/2000 pretende instituir tem como fato gerador poder de polícia geral, configura, assim, um imposto, contrariando o art. 167, inc. IV, da CF/88, que veda a vinculação de imposto a órgão, e o art. 154, inc. I, da CF/88, que exige lei complementar

- para a edição de impostos não previstos diretamente no texto constitucional;
- e) ao pretender criar uma taxa para atender um poder de polícia já exercido e remunerado pelo órgão ambiental competente, ocasionou uma dupla incidência tributária, com objetivos nitidamente arrecadatários, ferindo, assim, o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa;
  - f) ao estabelecer valores exorbitantes a serem cobrados a título de TCFA, violou a regra da equivalência razoável entre o custo real da atividade estatal e o montante a pagar, ferindo o princípio constitucional da proporcionalidade;
  - g) ao fazer incidir a TCFA sobre as atividades descritas nos Códigos 01 e 02 e sobre as atividades relativas a derivados de petróleo e combustíveis constantes do Código 15 do Anexo VIII da Lei n. 10.165/2000, violou o disposto no art. 155, § 3º, da CF/88, que proíbe a incidência de qualquer outro tributo, que não aqueles que ressalva.

#### **4. A CONSTITUCIONALIDADE DA TCFA**

Apesar de aparentemente relevantes os argumentos acima indicados, cumpre reconhecer a constitucionalidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, instituída pela Lei n. 10.165/2000, que alterou a Lei n. 6.938/81.

Com efeito, não há falar em inconstitucionalidade do referido diploma legal por vício formal de inconstitucionalidade, vez que, ao instituir a mencionada taxa, em nenhum momento o legislador pretendeu, sob o pálio do art. 23, § único, da CF/88, fixar normas de cooperação entre os entes da federação brasileira, para o exercício de competências comuns. Cuidou-se apenas de instituir-se uma taxa, em função do exercício de poder de polícia por entidade da administração federal, para a qual não se exige edição de lei complementar.

Nesse contexto, observa-se que o Ibama efetivamente dispõe de competência administrativa para o exercício do poder de polícia ambiental, em caráter exclusivo, concorrente ou supletivo.

A competência exclusiva decorre do art. 10, § 4º, da Lei n. 6.938/81 (“*Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional*”) e se dirige para a fiscalização e controle, com

exclusividade, das atividades e obras com impacto ambiental de caráter nacional ou regional.

Por sua vez, a competência concorrente está expressa no art. 10, § 2º, da Lei n. 6.938/81 (“*Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA*”), situação em que o poder de polícia ambiental é exercido em conjunto com o órgão estadual de fiscalização.

Por fim, exerce o Ibama competência em caráter supletivo, com fulcro no art. 10, *caput*, da Lei n. 6.938/81 (“*A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva e potencialmente poluidoras, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis*”). Nesse contexto, atua o Ibama diante da omissão dos órgãos estaduais e municipais, bem como – e principalmente – na fiscalização e orientação destes.

Observe-se ainda que, em atenção a esse caráter subsidiário da atuação do Ibama, o art. 17-P da Lei n. 6.938/81 autoriza a compensação de até 60% do valor da TCFA com as quantias efetivamente recolhidas a título de taxas de fiscalização estaduais ou municipais.

Não se pode negar, portanto, que o Ibama detém competência para o exercício de poder de polícia ambiental, em cumprimento à obrigação expressa no art. 225, § 1º, inc. V, da CF/88 (“*Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*”).

É justamente o exercício deste poder de polícia ambiental que configura o fato gerador (hipótese de incidência, melhor dizendo) da TCFA, nos termos do art. 17-B do dispositivo legal questionado, *in verbis*:

“Art. 17-B – Fica instituída a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais”.

Dessa forma, ao atribuir como fato gerador do tributo o efetivo exercício do poder de polícia, e não a realização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais, o legislador sanou um dos vícios de inconstitucionalidade contidos no instrumento legislativo anterior (Lei n. 9.960/2000), identificados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIMC n. 2178/DF, ocasião em que o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, reconhecendo a importância da atividade exercida pelo Ibama, exortou: “Creio que, até pedagogicamente, é melhor que outra venha a cobrir os custos dessa relevante atividade fiscalizadora, que exista ou deva existir”.

Há de anotar que o poder de polícia levado a efeito pelo Ibama, de maneira ampla e permanente, não se confunde com a atividade de licenciamento ambiental, compreendido como mera autorização de funcionamento, que é remunerada através de preço público. Não cabe falar, portanto, em dupla tributação.

O exercício do poder de polícia ambiental pelo Ibama não se resume às visitas feitas por seus fiscais aos estabelecimentos dos agentes poluidores ou utilizadores de recursos naturais, manifestando-se também através de análise de dados estatísticos, imagens de satélite, relatórios periódicos, exames laboratoriais e de outras técnicas modernas. Certamente, com o incremento da receita a ser proporcionado pela arrecadação da TCFA, tais serviços poderão (deverão) finalmente ser prestados com eficiência, em benefício de toda a sociedade, sendo custeados, por imperativo de justiça tributária, por aqueles que geram o risco ambiental.

É evidente que não se pode determinar com absoluta precisão o custo da atividade fiscalizadora do Ibama, dada a sua complexidade e extensão, o que impõe ao legislador a adotar critérios razoáveis para a definição do montante do tributo devido. No caso em tela, revelam-se proporcionais os parâmetros, suficientemente objetivos, acolhidos pelo legislador, para a quantificação do tributo, que varia tanto em função do potencial poluidor do contribuinte, como em razão de sua receita bruta anual.

Nesse ponto, destaca-se que a adoção pelo legislador da variação da alíquota da TCFA em função da receita bruta da empresa não significa que tal critério constitua sua base de cálculo, em nada contrariando o disposto no art. 145, § 2º, da CF/88, constituindo-se assim em fator de otimização do princípio constitucional da capacidade contributiva. É que existe uma nítida correlação lógica entre a receita bruta do contribuinte e o risco ambiental causado e submetido à fiscalização do Ibama, de maneira que, em princípio, é razoável presumir

que quanto maior a expressão econômica da empresa, maior o seu potencial poluidor.

Ressalte-se, por oportuno, que um dos motivos que levou o STF a suspender liminarmente a eficácia da Lei n. 9.960/2000 foi a omissão quanto à indicação do “*critério a ser utilizado para o cálculo do valor devido, tendo-se limitado a estipular, a forfait, valores uniformes por classe de contribuintes, com flagrante desobediência ao princípio da isonomia, consistente, no caso, na dispensa do mesmo tratamento tributário a contribuintes de expressão econômica extremamente variada*” (ADIMC n. 2178/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ data 12.05.2000, p. 19).

Na verdade, tal linha de entendimento já havia sido firmada no julgamento pelo STF do RE n. 177835/PE, em que se questionava a constitucionalidade da taxa de fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que variava em função do patrimônio líquido da empresa. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS – TAXA DA CVM. Lei n. 7.940, de 20.12.89. FATO GERADOR. CONSTITUCIONALIDADE.

I. A taxa de fiscalização da CVM tem por fato gerador o exercício do poder de polícia atribuído à Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Lei 7.940/89, art. 2º. **A sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo. Sua constitucionalidade.**

II. R.E. não conhecido.

(STF, RE 177835/PE, rel. Min. Carlos Velloso, DJ data 25.05.2001, p. 18) – grifou-se.

Naquela ocasião, entendeu o eminente Relator, em seu voto, que “*o que a lei procura realizar, com a variação do valor da taxa, em função do patrimônio líquido da empresa, é o princípio da capacidade contributiva – C.F., art. 145, § 1º*”. Para o Min. Carlos Velloso, embora tal princípio se refira diretamente aos impostos, “*não há impedimento, entretanto, na tentativa de aplicá-lo relativamente às taxas, principalmente quando se tem taxa de polícia, isto é, taxa que tem como fato gerador o poder de polícia*”.

Conclui-se assim que a variação do valor da TCFA em função da receita bruta auferida pelo contribuinte é exigência do próprio STF para reconhecer a constitucionalidade do mencionado tributo. Inadmissível, por isso, a tese de que tal critério alteraria a natureza jurídica da TCFA, transformando-a em imposto, que seria inconstitucional por desobediência aos requisitos do art. 154, inc. I, bem como ao art. 167, inc. IV, ambos da CF/88.

Igualmente destituído de relevância jurídica o argumento de que os valores cobrados a título de TCFA, na prática, seriam exorbitantes, excessivamente altos. Ao contrário, conforme se depreende do anexo IX do diploma legal atacado, as quantias a serem exigidas trimestralmente pelo Ibama variam de R\$ 50,00 (cinquenta reais), para micro-empresas com alto potencial de poluição ou utilização de recursos naturais, até o limite de R\$ 2.250,00 (dois mil, duzentos e cinquenta reais), para empresas de grande porte com alto potencial de poluição ou utilização de recursos naturais. Com certeza, mesmo tomando o valor mais alto, não se vislumbra excessiva onerosidade, considerando que, para ser tida como de grande porte, a empresa deve possuir a receita bruta anual superior a R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais).

Por último, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade da TCFA por ofensa ao art. 155, § 3º, da CF/88, cumpre destacar que o STF, analisando o referido dispositivo, emprestou-lhe interpretação restritiva, para entender que apenas os impostos estavam abrangidos pela regra imunizante, autorizando-se assim o legislador a instituir outra espécie tributária incidente sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais (*vide* precedente do STF, AGRRE 224957/AL, rel Min. Maurício Corrêa, DJ data 16.03.2001, p. 96).

Ademais, como já ressaltado anteriormente, o fato gerador da TCFA não são tais operações praticadas pelo particular, mas o exercício regular do poder de polícia ambiental pelo Ibama, razão por que não existe qualquer desobediência à norma constitucional citada.

## **5. CONCLUSÃO**

Rejeitados, um a um, os argumentos que levaria a uma eventual inconstitucionalidade da Lei n. 10.165/2000, cumpre reconhecer que a instituição da TCFA se deu em plena harmonia com os princípios cristalizados na CF/88.

Espera-se somente que a TCFA não se transforme em mais um tributo, a onerar as empresas, sem a devida contrapartida estatal. De fato, impõe-se ao

Ibama, que agora conta com uma receita hábil a garantir-lhe a qualidade dos serviços que presta, o exercício atento e eficiente do poder de polícia ambiental lhe é atribuído legalmente, a fim de que a sociedade possa usufruir, com maior segurança, do seu direito fundamental ao meio ambiente.

## **ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA E DETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO**

**Danielle Souza de Andrade Silva**

*Juíza Federal Substituta em Pernambuco*

*Mestre em Direito Público pela UFPE*

*SUMÁRIO: Introdução; PARTE I – A determinação dos conceitos jurídicos vagos através da atividade administrativa discricionária; 1. Vinculação e discricionariedade administrativas: subsunção à lei; 2. Os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”; 3. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados; PARTE II – Parâmetros para a determinação do conceito de interesse público pelo administrador; 1. Interesse público: etimologia como referência para o intérprete; 2. Distinções necessárias: a demarcação negativa do conceito; 3. Complexidade e conflitualidade na determinação do interesse público; Conclusão; Referências.*

### **INTRODUÇÃO**

O estudo do Direito Administrativo, como do fenômeno jurídico em geral, oferece-nos uma ampla gama de conceitos indefinidos, não limitados em seu conteúdo – denominados pela doutrina de “conceitos jurídicos indeterminados” –, o que chega a oferecer-nos alguma dificuldade, até insegurança quanto à construção da disciplina e a sua aplicação prática. Situar-se-iam eles no âmbito da atividade administrativa vinculada ou admitiriam, no seu desvendar, uma certa discricionariedade?

O interesse público é, indiscutivelmente, um desses dados, mostrando-se sempre presente no estudo das instituições de direito público, a começar dos

princípios – elementos informadores de todo um sistema –, que o alçam a patamar de prevalência sobre o interesse individual, para a própria possibilidade de exercício deste. Ao mesmo tempo, o conceito é criticado por juristas, operadores do direito e acadêmicos, não raro insatisfeitos com a maleabilidade que o instituto pode apresentar nas mãos dos que compõem a administração pública.

*Põe-se, portanto, a problemática da determinação conceitual do interesse público pelo administrador, primeiro responsável pela aplicação da norma de direito público.*

Embora o tema sob análise esteja correlacionado ao do controle dos atos administrativos, não nos propomos, por ora, enfocá-lo. A questão do controle sobre a atividade administrativa discricionária ou vinculada bem pode constituir um trabalho à parte, como já o foi em inúmeras e valiosas monografias.

Procurando afastar concepções destrutivas de toda uma doutrina erguida sobre a base desse conceito, objetivamos, com o presente ensaio, traçar parâmetros que nos subsidiem na delimitação mais clara da expressão e por conseguinte, na compreensão mais sistemática do tema, inserindo-o dentro da realidade que ora se apresenta.

## **PARTE I – A DETERMINAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS VAGOS ATRAVÉS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA**

### **1. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVAS: SUBSUNÇÃO À LEI**

Na concepção do moderno Estado de Direito, que operou uma divisão e pressupôs um inter-relacionamento entre as funções estatais, a atividade administrativa está jungida à legalidade – esta que constitui, entre nós, um princípio constitucional da Administração Pública (Constituição Federal, art. 37, *caput*). É na lei que o administrador da res publica encontra o fundamento, a orientação e os limites do seu agir, dela não se podendo arredar, pena de invalidar-se seu ato.

Para realizar as atividades que lhe cabem, encontra-se a Administração munida de poderes administrativos, verdadeiros instrumentos<sup>1</sup> a serem utilizados com vistas à consecução do *interesse público*. Como alerta o festejado

<sup>1</sup> É justamente devido ao caráter instrumental que Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 11-15) os situa como deveres de alcançar a finalidade legal, enfatizando, assim, o vínculo que liga, no Estado de Direito, o poder público a um quadro normativo posto.

jurista Celso Antônio B. de Mello (1996, p. 23-30), a Administração exerce função administrativa, e os poderes de que é dotada são apenas instrumentais para a realização do dever que lhe incumbe nessa função: a satisfação dos interesses públicos, ou seja, interesses da coletividade. Nos Estados democráticos, esses poderes serão legítimos à medida que afetos a uma finalidade instituída no interesse de todos, devendo, pois, ser vistos como “poderes-deveres”, sobressaindo seu aspecto finalístico, daí resultando diversas limitações.

Costuma-se distinguir os poderes administrativos (ou a competência para o exercício desses poderes) em discricionários e vinculados, extraindo-se de antiga lição de Miguel Seabra Fagundes (1967, p. 82-83) que:

“Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. É essa a competência *vincolata* dos italianos, ou *liée* dos franceses. (...) Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do *motivo* ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos a competência é livre ou discricionária.”

Extrai-se do excerto colacionado que, em um como em outro caso, a atividade administrativa representará aplicação da lei, porque a margem de liberdade outorgada, em determinadas hipóteses, ao administrador, para decidir, no caso concreto, de acordo com a conveniência e a oportunidade (o chamado “mérito administrativo”), não se exerce acima ou fora da lei, senão com sujeição a ela. Vislumbra-se, nesse ponto, o “poder-dever do agente de adotar a opção que melhor atenda ao interesse público” (NUNES JÚNIOR, 1995, p. 213).

Se, por um lado, na atividade vinculada, o regramento legal abrange todos os aspectos do ato administrativo, na competência discricionária percebe-se uma certa margem de liberdade de atuação da autoridade pública, em relação a algum ou alguns aspectos do ato, dentro dos limites da lei – em um âmbito, portanto, já demarcado pela regra jurídica.

De observar-se a imprecisão dos limites entre vinculação e discricionariade, o que, nas palavras de José Souto Maior Borges (1995, p. 87-88), não

se afigura preocupável, pois, nada obstante, é possível operar cientificamente com tais conceitos, importando mais para a ciência do direito a sua operacionalidade que uma inútil precisão conceitual. Ressalta ainda o tributarista pernambucano a impossibilidade de existirem atos puramente discricionários ou totalmente vinculados. Um ato absolutamente discricionário seria um ato político, escapando ao âmbito das normas jurídicas e ao controle jurisdicional.

Não se lhes detecta uma oposição absoluta. Haverá sempre aspectos vinculados e restará ainda, por menor que seja, uma margem de liberdade ao administrador, para escolha da opção mais vantajosa em cada caso. De igual forma, será sempre possível acionar-se o Judiciário para o exame e controle de tais atos, embora, tratando-se de atos discricionários, deva cingir-se à apuração da inocorrência de abuso ou desvio de poder ou de finalidade.

## **2. OS CHAMADOS “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS”**

O Direito, tal qual o pensamento e a comunicação, não prescinde da linguagem, esta que lhe é veículo essencial.

A linguagem jurídica, responsável pela imposição de regras de disciplina de condutas sociais, há de ser compreensível a todos os seus destinatários, guardando, ao máximo, uma correspondência à linguagem daqueles por ela obrigados. E é justamente pela aproximação do Direito à linguagem natural (cotidiana) que se lhes transportam certos termos imprecisos e equívocos, característicos da linguagem não-formalizada. Com um particular: ao serem transpostos à linguagem jurídica, sofrem certa mutação em seu significado originário, motivada, ora pela reiterada utilização em raciocínios jurídicos, ora pela delimitação do seu significado mediante uma definição legal (REGINA HELENA COSTA, 1989, p. 35).

Vem-se utilizando, no mundo jurídico, a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” para designar tais vocábulos ou expressões imprecisos, fluidos, ambíguos ou plurissignificativos.<sup>2</sup> São, entretantes, sempre determináveis, estabelecendo-se seu sentido conforme a realidade que se apresentar, podendo, pois, apresentar variações significativas conforme o conteúdo axiológico que se lhes queira imprimir. Daí o caráter funcional (instrumental) que lhes é peculiar: expressam e valoram condutas, relações e objetos materiais.

---

<sup>2</sup> Registre-se a advertência, feita por Eros Roberto Grau (1998, p. 147), de que a indeterminação residiria não nos conceitos – idéias abstratas e universais, portanto determinadas –, mas nos termos utilizados pela norma jurídica, entendidos estes como expressões do conceito.

Rogério Ehrhardt Soares, em distinção apontada por Germana Moraes (1999, p. 62), aparta os conceitos indeterminados em função da natureza da imprecisão: os *classificatórios* demandariam apenas juízos objetivos nos processos de interpretação e aplicação e corresponderiam a uma classe de acontecimentos substancialmente idênticos (v. g., “doença incurável”, “boa-fé”); os *conceitos-tipo* (ou de prognose ou verdadeiramente indeterminados) reclamariam uma valoração subjetiva, envolvendo um tipo difuso de situações da vida em relação ao qual os fatos concretos se projetam apenas como manifestações ou expressões (e. g., “interesse público”, “ordem pública”).

A magistrada cearense nos lega outra classificação, ao distinguir os conceitos indeterminados *vinculados*<sup>3</sup> dos *não-vinculados* – conforme conduzam a uma única ou a mais de uma solução juridicamente sustentável. Os conceitos não-vinculados, de seu turno, podem ser ou não discricionários, consoante envolvam, ou não, uma valoração comparativa de interesses (MORAES, 1999, p. 64-65). Na doutrina jusadministrativista, contudo, os conceitos indeterminados não-vinculados são incluídos todos no domínio da discricionariedade (sejam ou não discricionários).

A tipologia exposta nos interessa à proporção que facilita a localização da discricionariedade administrativa no âmbito de valoração dos conceitos jurídicos indeterminados. Por insuscetíveis de uma determinação objetiva, esses conceitos (os verdadeiramente indeterminados ou não-vinculados) justificam o exercício da atividade discricionária.

Passemos, então, a analisar a confluência entre a discricionariedade e o preenchimento dos conceitos abertos pela Administração.

### **3. A DISCRICIONARIEDADE E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Por muito tempo se sustentou, de modo unívoco, em influência da doutrina alemã, que os conceitos jurídicos indeterminados teriam migrado do domínio da discricionariedade para o da vinculação legal, sujeitando-se, por conseguinte, a controle jurisdicional pleno.<sup>4</sup> Essa doutrina veio a ser revista, com o impulso do direito francês, voltando-se a os inserir no campo da discricionariedade, na “margem de livre apreciação” do administrador, em que reduzida a sindicabi-

<sup>3</sup> Em sua lição, seriam vinculados os conceitos classificatórios.

<sup>4</sup> Entre os adeptos da teoria da univocidade, cita Germana Moraes (1998, p. 107): Bühler, Sheuner, Jöhr, Lemayer, Laun e Jellinek.

lidade judicial (continuando, porém, válida no que tange aos conceitos vinculados). Saliente-se, contudo, que a questão ainda divide a opinião de doutrinadores.

O ilustrado professor paulista Eros Roberto Grau (1998, p. 149), ao discurrir uma crítica da discricionariedade, posiciona-se contrário à inclusão dos conceitos indeterminados na seara discricionária<sup>5</sup>. A seu ver, opera-se uma distinção entre as técnicas da discricionariedade e da inserção de conceitos indeterminados nos textos normativos. A aplicação desta última seria um caso de aplicação da lei, ao passo que aquela permitiria uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas consoante critérios extrajurídicos. Naquela, o sujeito emitiria juízos de oportunidade (opções entre *indiferentes jurídicos*, feitas subjetivamente pelo agente); nesta, juízos de legalidade (derivados da interpretação autêntica, procedida no campo da *prudência*, nos limites do *texto*). Quer-nos parecer que há uma preocupação do autor em diferenciar o controle judicial nos atos discricionários e na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Em outra ponta, há os que reconhecem que, em alguns casos, a subsunção de conceitos indeterminados (conceitos de valor) a certas realidades suscita controvérsias de difícil resolução, por ensejar pelo menos duas valorações razoáveis: tanto que o fato se amolda à norma que contém o conceito, quanto que não se enquadra naquele modelo normativo. É clássico o exemplo: “no caso de perturbações da ordem pública, a polícia intervirá com as medidas necessárias” – a expressão *medidas necessárias* traduz uma determinação parcial dos efeitos do ato a ser praticado, o que remete à liberdade de escolha do administrador, característica da discricionariedade.

Celso Antônio B. de Mello (2000, p. 19-22) elenca, entre as causas geradoras de discricionariedade, a *finalidade* da norma, quando esta se reporta a um conceito de valor ou plurissignificativo, quais os de “salubridade pública”, “interesse público”, “moralidade pública”. Acrescenta, porém, que é no conteúdo do ato que realmente se traduz a discricionariedade administrativa. A seu ver, “em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, *objetivamente reputável como incorreto*”.

Buscando uma conciliação entre as teses expostas, Célia Cunha Mello (1994, p. 176) realça que os limites impostos ao sujeito do preenchimento dos

---

<sup>5</sup> Na mesma linha, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez.

conceitos jurídicos indeterminados podem ser tratados sob dois prismas: “quando for suficiente a interpretação, deve-se procurar a solução hermenêutica prevista na lei, no sentido de buscar a significação dos termos abertos previstos na lei, mas se terminado o trabalho de interpretação ainda restar à Administração o poder de optar, dentre várias soluções, por aquela que melhor atenda ao bem comum, ter-se-á alguma liberdade discricionária”.

Em que pese a forte tendência em se considerarem vinculados os conceitos indeterminados, admitimos a presença de certa parcela de liberdade no seu preenchimento. Pode acontecer de, em determinada situação real, o administrador proceder dentro de uma liberdade intelectual que lhe faculta o direito, aplicando, assim, o conceito vago conforme um entendimento razoável, ainda que outra opinião fosse igualmente sustentável na situação. Afinal, e aqui vale lembrar a lúcida exposição de Hans Kelsen (1984, p. 466-467), a atividade interpretativa implica a eleição dentre uma variedade de possibilidades de aplicação, dentro de uma certa moldura. Caberá ao Judiciário, aí, conferir se a Administração, ao aplicar a regra legal descrita mediante conceito indeterminado, manteve-se no campo de sua aplicação ou contrariou o direito. Será um controle apenas de contornos.

## **PARTE II – PARÂMETROS PARA A DETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO PELO ADMINISTRADOR**

Destinaremos as linhas seguintes a uma breve exposição sobre os parâmetros que devem guiar o administrador na determinação do conceito de *interesse público*.

É sabido que a disciplina normativa do Direito Administrativo assenta-se na base de dois postulados: a) supremacia do interesse público sobre o privado, cânone do moderno direito público; b) indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração. Tais princípios representam pontos fundamentais daquela disciplina jurídica, sendo validados como sua fonte matriz, tendo importância intrínseca e perene.

Por isso, o interesse público, além de ser um conceito indeterminado, reclamando, para sua interpretação, um senso apurado do jurista (um domínio não só do direito positivo, mas dos princípios que informam a atividade interpretativa), é, em si, uma limitação ao exercício da discricionariedade administrativa, um contrapeso a todo excesso da administração, em busca de um adequado

equilíbrio entre as liberdades e direitos individuais e as exigências da vida em comunidade.<sup>6</sup>

Em uma perspectiva ainda mais ampla, Cretella Júnior (1968, p. 4) sabiamente anota que “o princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos nomogenéticos, de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional.” É, todavia, no Direito Administrativo que tal princípio se erige de maneira mais veemente, afirmando-se como inarredável mandamento a ser seguido pelos administradores.

Enfim, as máximas declinadas servem de fundamento a toda a organização e a função administrativa,<sup>7</sup> orientando a prática de atos e a celebração de contratos administrativos, a imposição de limitações administrativas sobre a propriedade privada, a criação de serviços públicos, as atividades de fomento e coação frente aos administrados, a responsabilidade do Estado pelos seus atos que causarem prejuízos aos administrados. A atividade estatal, dentro do nosso sistema constitucional, deve estar sempre orientada à realização das finalidades de interesse público, que são as que beneficiam não só a coletividade, mas também, de algum modo, a cada um de seus componentes, donde a relevância do estudo do tema.

## **1. INTERESSE PÚBLICO: ETIMOLOGIA COMO REFERÊNCIA PARA O INTÉRPRETE**

A primeira aproximação que se tem da noção de interesse público deriva de sua origem etimológica. Os dicionários vinculam a palavra “interesse” ao valor ou à importância que uma coisa ou bem tem para uma pessoa, de onde a estimativa valorativa, ligada ao proveito que esses bens têm, à sua conveniência ou necessidade moral ou material. “Interesse” deriva da forma verbal latina “inte-

---

<sup>6</sup> Sobre os limites à discricionariedade administrativa, indispensável a consulta da obra *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, de Maria Sylvania Di Pietro.

<sup>7</sup> Como assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 13), “no Estado Democrático de Direito, o interesse público será sempre vinculatório de qualquer manifestação do poder estatal, seja ele constitucional, legislativo, administrativo ou judiciário”.

rest”, que vem dos vocábulos “inter” e “esse”, que significam literalmente “estar entre”. Posteriormente, essa forma verbal se substantivou, passando a significar “aquilo que é importante”. O interesse é, pois, sempre uma relação de complementaridade entre uma pessoa (sujeito) e um bem ou valor (objeto), relação esta que se traduz em *necessidade*, quando enfocada sob o prisma do sujeito, e em *utilidade*, pela ótica do objeto.

“Público”, de sua vez, refere-se ao que pertence ou interessa ao povo, aos vizinhos, à comunidade, ao Estado. O interesse, portanto, passa a ser público quando não é exclusivo ou próprio de uma ou de poucas pessoas, mas quando dele participam um número tal de pessoas de uma comunidade determinada que podemos chegar a identificá-lo como de todo o grupo, inclusive daqueles que não compartilham desse interesse.

Teoricamente, seria possível existir um querer comunitário que envolvesse a totalidade dos componentes de um dado grupo, mas a consciência social se forma, na prática, em bem maior grau, com a existência de vontades individuais coincidentes ostensivamente majoritárias, não só porque de outro modo deixaria de ser social, público, mas porque somente tal condição justificaria a imposição deste querer valorativo a quem, individualmente, não participa dele.

Assim, o interesse público pode ser um querer valorativo geral e total numa comunidade, mas não tem necessariamente que o ser, bastando aparecer como a consciência de uma maioria. Os diversos interesses públicos não são senão uma pretensão majoritária que admite a possibilidade de que certa parte da comunidade não reconheça neles seu próprio interesse individual, não deixando a minoria de contribuir para a obtenção deste interesse majoritário, podendo inclusive ser constrangida a tanto.

É bem de se ressaltar, todavia, que nos regimes de fundo totalitário o interesse público não representa um querer valorativo majoritário da comunidade, mas é definido e precisado pelo governo, pela administração pública, pelo Estado, pelo partido dominante, pelo chefe de governo. Trata-se de um interesse, na medida em que é querido e pretendido por quem os propõe, mas não de um interesse público, porquanto falta a coincidência com os interesses individuais majoritários. Tendo conteúdo axiológico, o interesse público somente pode ser coativamente imposto a toda a comunidade se for resultado de um querer voluntária e livremente formulado, não forçadamente imposto. Em alguns regimes, esse interesse imposto pode ser válido, mas nunca será “interesse público”, na concepção de um ideal de Estado Democrático.

## 2. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: A DEMARCAÇÃO NEGATIVA DO CONCEITO

O conceito jurídico de “interesse público” (abstraidas, assim, as definições traçadas pela Filosofia, pela Economia, pela Sociologia, etc.) tem sido revelado de várias formas.<sup>8</sup> Frequentemente a locução aparece associada a outras igualmente vagas, como ordem pública, interesse geral, interesse coletivo, utilidade pública, interesse difuso, expressões mencionadas ora como sinônimos, ora com sentidos diferentes.

A “ordem pública”, por exemplo, foi definida com largueza pelo ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal José Néri da Silveira, explicitando que “nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”.<sup>9</sup>

Por se destinar a função administrativa à realização dos fins públicos assinalados no sistema, Lúcia Valle Figueiredo afirma que o interesse público, dentro de um determinado sistema jurídico-positivo, é aquele a que a lei deu tratamento especial (1975, p. 55). Essa definição vem corroborar o berço legal do interesse público, no sentido de ter a lei (aqui no sentido mais amplo, para abranger também normas constitucionais e infralegais, cada uma em seu espaço de atuação) como ponto de partida. E como interesses estão comumente ligados a fins, é válida a asserção de que a atividade administrativa deve conter uma finalidade de interesse público.

É imperioso, aqui, fazer-se uma demarcação negativa do conceito, excluindo-se, de logo, aqueles que não podem ser apontados como significados da expressão. Não se confunde o interesse público com o interesse da Administração Pública. A expressão “público” refere-se aos beneficiários da atividade administrativa, não assim aos entes que a exercem. A Administração é apenas guardiã do interesse público, daí não poder dele dispor. É de lembrar-se a distinção de Renato Alessi, baseada em Carnelutti, entre interesses *primários e secundários*, segundo a qual o interesse coletivo primário é o conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento organizativo do Estado seria sim-

<sup>8</sup> Tivemos oportunidade de dissertar sobre a multiplicidade do conceito em nosso Interesse público: necessidade e possibilidade de sua definição no Direito Administrativo.

<sup>9</sup>Exemplo citado por Hely Lopes Meirelles (1997, p. 79).

plesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que eventualmente podem ser realizados, quando coincidem com o interesse primário (sempre prevalente, quando em conflito com o secundário) e dentro dos limites da coincidência (Cf. DI PIETRO, 1991, p. 164).

A esse respeito, vaticina Edgar Bodenheimer (1967, p. 210), em substancialmente acerca do tema:

“Embora o interesse público não possa ser determinado por um contador automático de interesses públicos, não é também permissível identificá-lo com as decisões políticas das autoridades públicas. Em outras palavras, não se pode conceder que o interesse público consista em tudo o que as autoridades públicas com seu ‘fiat’ declarem ser. Se os órgãos estatais estiverem sempre e necessariamente dotados da vontade de realizar da melhor maneira possível a capacidade de discernir os melhores interesses da comunidade persistentemente e sem desvio, então talvez haveria lugar para uma identificação do interesse público com a tomada de decisão pelo governo.”

Também parece claro que o interesse público não corresponda ao interesse da totalidade dos cidadãos que compõem determinada comunidade, os quais, em regra, colidem, pela própria característica de uma sociedade pluralista, como é a brasileira. Cumprir o interesse público não é atender ao interesse comum de todos os cidadãos – o que seria impossível –, mas beneficiar uma coletividade de pessoas que tenham interesses comuns, ainda que estes não correspondam à soma dos interesses individuais. O interesse público é despersonalizado.

Tampouco se deve entender o interesse público como sinônimo de interesse coletivo e interesse difuso, estes espécies daquele. Necessário fazer essa distinção no direito brasileiro, ante a existência de determinados institutos jurídicos de proteção a interesses meta-individuais, que transcendem a esfera dos interesses meramente tópicos.

O interesse coletivo respeita ao grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que se unem precisamente porque têm um interesse comum. É em regra indisponível e de objeto indivisível: ainda que o titular possa exercê-lo individualmente, não poderá fazê-lo de forma exclusiva, já que outros titulares usufruem do mesmo direito. O interesse difuso, por sua vez, também implica a indivisibilidade e indisponibilidade, entretanto se caracteriza pela indetermina-

ção dos indivíduos que dele se beneficiam. São modalidades de interesse público (emergentes que são da vida em comunidade), que nem sempre corresponde à soma dos interesses individuais, mas no qual a maioria dos indivíduos reconhece um interesse próprio e direto.<sup>10</sup>

### **3. COMPLEXIDADE E CONFLITUALIDADE NA DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO**

No plano jurídico-positivo, interesse público é aquele interesse que deve ser curado com prevalência e, para tanto, com a outorga de uma titularidade de poder à Administração, e cujo conteúdo reflete prerrogativas especiais. Impende destacar, contudo, que o interesse público sofre recondiçõamentos de ordem metajurídica, os quais podem ser abstraídos conceitualmente, porém jamais olvidados numa análise concreta de sua utilização.

Eis por que inegável a complexidade do conceito de interesse público, que não pode esgotar-se no rótulo formal em que se enquadram as atividades da Administração Pública. Entender que o interesse público é aquele definido pelo Estado, através do Direito, é curvar-nos por demais ao positivismo e ao legalismo, esquecendo-nos que o conceito tem conteúdo valorativo (portanto variável conforme as circunstâncias históricas) – o que não quer dizer que seja múltiplo, ao contrário, objetivo.

Assim como o princípio da legalidade saiu de uma forma rígida e formalista, própria do Estado legal, e chegou a uma fórmula muito mais ampla que ajustada ao Estado de Direito propriamente dito, também o princípio do interesse público começou como proposição adequada do Estado Liberal, não-intervencionista, e assume cunho diverso, para adaptar-se ao Estado social e democrático de direito, hoje preconizado em nossa Carta Política.

O intérprete, o agente administrativo e o aplicador do Direito exercem, aqui, função decisiva, porque o princípio do interesse público está presente tanto no momento de elaboração da lei, como no da sua execução em concreto pela Administração e, ainda, no do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Não tendo sido o legislador preciso quando se refere a conceitos plurisignificativos, como *interesse público*, *utilidade pública*, *ordem pública*, dentre outros, deverá sê-lo o aplicador da norma. Quanto ao interesse público,

---

<sup>10</sup> Recomenda-se, a respeito, a obra de Hugo Nigro Mazzili, A defesa dos interesses difusos em juízo.

deve traduzir, num primeiro momento, a finalidade precípua do Estado administrante e, numa segunda oportunidade, será objeto de interpretação pelo Judiciário.

Trata-se sempre, em última análise, da aplicação e interpretação da lei, para que o administrador tome a providência excelente, e não a sofrível ou eventualmente ruim. E é em busca dessa solução adequada que a norma legal se vê compelida a outorgar ao agente certa parcela de discricionariedade, para que este, sopesando as circunstâncias concretas, satisfaça a finalidade legal.

Consideramos, assim, que o preenchimento dos conceitos indeterminados não se dá estritamente no campo da vinculação administrativa, solução demasiado simplória ofertada pela doutrina alemã. A sua interpretação se faz contextualmente, o que não elimina possíveis dúvidas. Mas essa discricionariedade somente será cabível no campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra do direito aplicanda, porque, em alguns casos, a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 31-32). E mesmo quando há discricionariedade não se prescinde do atendimento à finalidade pública, porque o comando da norma traz essa imposição.

Pelo panorama traçado, vê-se quão delicada e importante é a tarefa da Administração Pública na interpretação da “vontade geral da sociedade” (tida como a síntese de interesses individuais coincidentes, que devem ser considerados), na satisfação diária do interesse público em um Estado Democrático. Essa definição, pelo intérprete, há de resultar de um cuidadoso trabalho de sopesamento das condições oferecidas pela realidade, considerando-se menos a discricionariedade do governante e mais os legítimos reclamos e aspirações sociais de seu tempo, de forma impessoal e descompromissada de interesses estranhos.

A doutrina denomina de “conflitualidade de interesses” a situação em que se verifica um descompasso entre a interpretação governamental e o efetivo interesse da coletividade. Ocorre quando a Administração persegue um interesse público real, mas conflitante com outro, que lhe é superior, por ser a legítima e real expressão das aspirações de uma dada sociedade e de seus cidadãos.

Cabe, então, ao Judiciário, uma tarefa mais delicada ainda, a de decidir tal conflitualidade, certamente inafastável, eis que aferir e qualificar o interesse público como determinante de uma ação administrativa representa, afinal, um juízo de legalidade (Cf. GONZALEZ BORGES, 1996, p. 115). Mas não é só. A satisfação do interesse público transcende os simples limites da legalidade, abri-

gando-se no domínio da legitimidade, pois há um interesse público contido e delimitado pela Constituição e pela lei, correspondendo à expressão positiva do bem comum.

## CONCLUSÃO

Demarcado o ponto de intersecção entre a discricionariade administrativa e a determinação dos conceitos jurídicos abertos, e exposta a importância da identificação do que seja interesse público no campo do Direito Administrativo, passamos a delinear, em suma, os parâmetros básicos na orientação dessa tarefa.

Em primeiro lugar, considera-se como interesse público aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, segundo uma escala prévia de valores ou uma síntese previamente estabelecida, extraídos de debates públicos a respeito das decisões públicas. Não se quer privilegiar, aqui, o subjetivismo individual de cada integrante da comunidade, mas os objetivos consagrados pela atividade criadora do Direito, notadamente a legislativa, que expressa, por essência, o querer social, e que depende, para concretizar-se, do regular exercício da atividade (função) administrativa.

Não nos detenhamos, contudo, como já observado, no simplismo de aceitar que está na lei – entendida no sentido mais lato – a definição do interesse público. Essa consideração não é bastante, pois a lei dificilmente preveria todas as situações que pretende abarcar. Por isso a utilidade da adoção, pelo legislador, de conceitos indeterminados como o de *interesse público*, o que importa a delegação da tarefa de apurar a sua significação, imprimindo-se ao texto positivo a flexibilidade reclamada pelo dinamismo social. É pela visão concreta, perante uma situação real, num contexto específico, que se encontram maiores possibilidades de concluir a respeito do que é o interesse público. Nessa missão exegética, serão valiosos os princípios do Direito e de outras disciplinas sociais, como Economia, Antropologia, Sociologia.

Assim, deve ele ser visto sob a ótica procedimental, à medida que é a expressão de interesses emergentes da vida em comunidade, sob o prisma da finalidade, posto que é grande limitador das ações dos entes que exercem a função administrativa, e sob o aspecto do conteúdo, no que concordamos com Harold Lasswell (1967, p. 64-68), entendendo que o interesse público, como chave essencial da política pública, precisa ser constantemente redefinido e reavaliado, o que é função predominante do estudioso da jurisprudência.

**REFERÊNCIAS**

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (ed.). *O interesse público*. Trad. bras. Edilson Alkmin Cunha. 1. ed. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 207-218.
- BORGES, José Souto Maior. Limites da discricionariedade: uma introdução. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*. Recife: IAP, ano 1, n. 1, p. 85-88, 1995.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*. São Paulo, ano 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 93, p. 1-10, out. 1968.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- FERRAZ, Antonio Augusto M. de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. *Justitia*. São Paulo, ano 49, n. 137, p. 49-56, jan./mar. 1987.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Premissas à elaboração de um conceito de direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 120, p. 49-61, abr./jun. 1975.
- GONZALEZ BORGES, Alice Maria. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 205, p. 109-116, jul./set. 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. port. de João Baptista Machado. 6.ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LASSWELL, Harold D. O interesse público: sugestões de princípios de conteúdo e método. In: FRIEDRICH, Carl J. (ed.). *O interesse público*. Trad. bras. de Edilson Alkmin Cunha. 1. ed. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 64-88.
- MAMEDE, Gladston. Neoliberalismo e desadministrativização. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 32, n. 127, p. 151-159, jul./set. 1995.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Célia Cunha. Interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano 12, n. 3, p. 169-186, jul./set. 1994.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 32, n. 127, p. 207-221, jul./set. 1995.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Interesse público: necessidade e possibilidade de sua definição no Direito Administrativo. *Direito Administrativo, Constitucional, Tributário e Filosofia do Direito*. Coleção Bur.

## BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA MEMÓRIA DE CÁLCULO, NA SISTEMÁTICA DA LEI N. 10.444, DE 2002

**Francisco Antônio de Barros e Silva Neto**

*Juiz Federal em Pernambuco*

Como cediço, na redação originária do Código de Processo Civil existiam três modalidades de liquidação das obrigações, para fins de propositura da ação executiva, quais sejam por cálculo do contador, por artigos e por arbitramento.

Na “Reforma de 1994”, como ficaram conhecidas as alterações realizadas no diploma processual civil pelas Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13 de dezembro daquele ano, suprimiu-se a modalidade de “liquidação por cálculo do contador”, reservando-se ao exequente a apresentação de sua memória atualizada e discriminada da dívida.

Com efeito, o procedimento de liquidação por cálculos do contador ostentava diversos inconvenientes, sobretudo pela adoção do rito ordinário, a implicar nova citação, defesa, julgamento, recursos *et cetera*.

Além disso, de certo modo se deturpavam as atribuições do contador judicial, chamado a elaborar os cálculos necessários à execução, em favor do credor, substituindo uma atividade facilmente exercida por qualquer contador privado. Como servidor pago pelo Estado, sua função se resume a colaborar com o órgão julgador, prestando esclarecimentos na matéria de seu ofício, mas não se destina a assessorar diretamente as partes, salvo em casos excepcionais.

Hoje em dia, inclusive, há diversos programas informatizados que permitem ao credor, muitas vezes, dispensar o recurso aos profissionais de contabilidade, procedendo o próprio causídico à elaboração dos cálculos, mediante simples multiplicação do valor originário de cada parcela pelo coeficiente de correção monetária, acrescendo-se os juros legais ou contratuais.

Na expressão do professor Cândido Dinamarco, “bastando fazer as contas, era uma superfetação exigir os trâmites de ida ao contador, contraditório

entre as partes, às vezes volta ao contador, e depois sentença homologatória sujeita à apelação etc.”<sup>1</sup>.

Em pouco tempo o próprio advogado efetivará um ato que, na sistemática anterior, demoraria meses, merecendo encômios a solução encontrada pelo Código.

Entretanto, a relativa simplicidade da elaboração da memória atualizada da dívida tem como premissa o conhecimento, pelo credor, dos dados sobre os quais recairão as operações aritméticas.

*Verbi gratia*, a apuração do *quantum debeat* em processos envolvendo a aplicação de reajustes na remuneração de servidores públicos demanda os dados constantes dos contracheques dos beneficiados, relativos ao período compreendido entre o nascimento do direito e aquele de sua efetiva efetivação, mediante inclusão do aumento na folha de pagamentos.

Do mesmo modo, em processos relativos aos expurgos inflacionários das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, faz-se necessário o saldo das referidas contas, no momento em que deveria ter incidido o índice expurgado.

Saliente-se que, no caso, não há que se falar em “alegação e prova de fato novo”, a ensejar liquidação por artigos. A extensão do direito ao reajuste ou à aplicação dos expurgos inflacionários, e *a fortiori* as alegações pertinentes aos seus fatos constitutivos, já restou dantes reconhecida. Falta apenas o conhecimento do montante sobre o qual incidirão tais percentuais, não se discutindo “fato novo ligado à sentença, ao seu conteúdo”<sup>2</sup>.

Em outros termos, não se trata de “fatos que, mesmo sem alterar o sentido (conteúdo) da sentença, são indispensáveis para a fixação deste mesmo conteúdo”<sup>3</sup>.

É possível que, diligentes, os titulares desses direitos conservem tais peças ou tornem a obtê-las junto aos depositários desses dados, resolvendo a questão. Mas igualmente possível a hipótese em que os documentos que contêm tais dados se encontrem em poder do devedor ou de terceiro alheio ao processo, inacessíveis ao credor.

---

<sup>1</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 318-9.

<sup>2</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, t. IX, atual. Sérgio Bermudes. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 405.

<sup>3</sup> MOURA ROCHA, José de. Sistemática do novo processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 218.

No caso dos expurgos inflacionários aplicáveis às contas fundiárias, retomando-se o exemplo, nos termos do Decreto n. 99.684/90, compete à Caixa Econômica Federal, “a qualquer tempo”, fornecer “ao trabalhador informações sobre sua conta vinculada” (art. 22, parágrafo único).

A Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, por sua vez, expressamente determinou:

*“Art. 10. Os bancos que, no período de dezembro de 1988 a março de 1989 e nos meses de abril e maio de 1990, eram depositários das contas vinculadas do FGTS, ou seus sucessores, repassarão à Caixa Econômica Federal, até 31 de janeiro de 2002, as informações cadastrais e financeiras necessárias ao cálculo do complemento de atualização monetária de que trata o art. 4º.*

§ 1º A Caixa Econômica Federal estabelecerá a forma e o cronograma dos repasses das informações de que trata o caput deste artigo.

§ 2º Pelo descumprimento dos prazos e das demais obrigações estipuladas com base neste artigo, os bancos de que trata o caput sujeitam-se ao pagamento de multa equivalente a dez por cento do somatório dos saldos das contas das quais eram depositários, remunerados segundo os mesmos critérios previstos no art. 5º.

§ 3º Os órgãos responsáveis pela auditoria integrada do FGTS examinarão e homologarão, no prazo de sessenta dias, a contar da publicação desta Lei Complementar, o aplicativo a ser utilizado na validação das informações de que trata este artigo.”

É de conhecimento público que, após a edição dessas normas, vem sendo divulgado pela Caixa Econômica Federal o valor devido a cada titular de conta fundiária, com base nos índices já pacificados pela jurisprudência.

Cumprido à referida instituição, portanto, trazer aos autos os extratos analíticos, capazes de permitir a elaboração dos cálculos a serem apresentados pela parte credora.

Entretanto, o Código de Processo Civil silenciava a respeito da obtenção desses dados até a Lei n. 10.444, de 2002, acrescer ao seu art. 604 o seguinte parágrafo:

“§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do

credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência.”

De qualquer sorte, a requisição judicial dos dados necessários à elaboração da conta não representa inovação, apenas consolidando diretriz pretoriana bastante antiga.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, já entendia que a “determinação para que o INSS forneça os elementos informativos ao cálculo dos benefícios previdenciários, decorrentes de decisão judicial, não fere as disposições contidas no art. 604 do CPC”<sup>4</sup>.

Quando ainda compunha o colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, posicionava-se o hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki:

*“O atendimento desta espécie de requisição é irrecusável, seja pela parte contrária, seja por terceiro que detém o documento (ou a informação), salvo nas estritas hipóteses do art. 358 do CPC. É inteiramente descabido, em casos tais, invocar a inexistência de ônus da prova para justificar a recusa. A coleta de provas indispensáveis à entrega da prestação jurisdicional não se faz apenas em atendimento do interesse de uma parte e contra o interesse de outra. Constitui, isto sim, acima de tudo, atividade ínsita à própria função jurisdicional, que, embora não possa ser instalada por iniciativa do juiz, deve se desenvolver por impulso oficial (CPC, art. 262), até a sua satisfatória entrega. Não é por outra razão que o Código impõe que o juiz, mesmo de ofício, ‘determine as provas necessárias à instrução do processo’ (art. 130).”<sup>5</sup>*

Em se tratando de documentos em posse do devedor, tem-se aparentemente a criação de um ônus, subordinado à consequência de se “reputarem corretos os cálculos” no caso de falta de apresentação dos dados.

<sup>4</sup> RESP 227032/PR, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 29/11/1999, p. 195.

<sup>5</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 46.544, DJU 17/05/2000, p. 144.

Na feliz expressão de James Goldschmidt, existiria no caso mero “imperativo do próprio interesse”<sup>6</sup>, em relação ao qual não haveria qualquer direito correlato, de titularidade do Estado ou da parte adversa. Restaria a critério do devedor apresentar tais peças, ciente do risco de (tão somente) sofrer prejuízos financeiros no caso de não atendimento à solicitação.

Em outros termos, “no máximo” o devedor perderia a faculdade de impugnar a correção dos cálculos apresentados pelo credor, não lhe sendo aplicáveis quaisquer sanções em decorrência de sua inércia ou da ilegitimidade de sua recusa.

Contudo, como já aventara a jurisprudência, não se trata de simples ônus do devedor, mas de verdadeiro dever processual, identificando-se em seu conteúdo o atendimento ao interesse público e não apenas ao interesse privado.

A providência em comento não atende apenas ao interesse do devedor, mas sobretudo ao poder-dever do Estado-juiz, de conceder ao vencedor tudo a que faria jus com o adimplemento voluntário da obrigação – nada mais, nada menos.

É dever das partes trazer a Juízo todos os dados de que disponham, úteis a que o processo alcance sua missão de pacificar com Justiça. *Rectius*, trata-se de dever de toda a coletividade, independentemente do epíteto que ostentem na relação processual (parte, terceiro, auxiliar do Juízo *etc.*). E como afirma Carnelutti, apenas a “falta de maturidade do pensamento científico” explicaria a identificação da obrigação de informar, a serviço do processo de conhecimento, e sua não subsistência no tocante ao processo de execução. Em suas palavras, trata-se de “algo muito difícil de compreender”<sup>7</sup>.

Lícito ao magistrado, portanto, determinar as providências necessárias ao fornecimento desses dados, quer mediante provimento mandamental, quer pelo manuseio de providência de índole executiva, como a busca e apreensão<sup>8</sup>, sem excluir a possibilidade de aplicação de multa diária, independentemente de pedido do credor, caso seja considerada pertinente.

---

<sup>6</sup> GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. Barcelona: Labor, 1936, p. 84.

<sup>7</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil, v. 1, trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 431.

<sup>8</sup> “Essa possibilidade de busca e apreensão decorre da regra do próprio art. 601, que se refere à multa, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 229).

Ainda que o art. 604, §1º, do Código de Processo Civil, refira-se ao prazo máximo de trinta dias para cumprimento da diligência, a grande variedade de hipóteses recomenda não se tratar de lapso peremptório. A complexidade no fornecimento desses dados difere de caso a caso, impondo a fixação de prazo razoável para atendimento ao comando judicial, tal qual previsto no art. 461, §4º, daquele estatuto.

Com efeito, observe-se que não são raros os casos em que os dados em comento se estendem por centenas de documentos, como nas execuções referentes às ações coletivas. O tempo necessário à organização dos arquivos a serem impressos e à extração de “fichas financeiras”, por exemplo, pode exceder o trintídio preestabelecido sem que represente, de per si, descumprimento ao dever de atendimento ao comando judicial.

Como em outras searas da atividade judicial, o bom senso representa melhor parâmetro que qualquer outro que possa de logo ser previsto na legislação.

Indo além, ressalte-se que o art. 14, do Código de Processo Civil, na atual redação, considera dever das partes “e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Trata-se de postura exigida não apenas no processo de cognição, mas em toda extensão do fenômeno da processualidade.

No mesmo sentido, especificamente quanto à atuação do devedor, o Código de Processo Civil considera ato atentatório à dignidade da Justiça o descumprimento injustificado às ordens judiciais (art. 600, III). E exemplificava Mendonça Lima “como ocorrer a hipótese: deixar de juntar um documento; não prestar uma informação; não cumprir a diligência no prazo marcado, dificultando o caso *etc.*”<sup>9</sup>.

Além da possível multa cominatória, o devedor que descumpre seu dever de prestar informações ficará submetido às sanções dos arts. 14, parágrafo único, 18 e 601, do Código de Processo Civil<sup>10</sup>. *Habemus lege*, portanto.

<sup>9</sup> MENDONÇA LIMA, Alcides de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI, t. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 617.

<sup>10</sup> Neste sentido: PAULA, Adriano Perácio de. “A reforma do Código de Processo Civil: considerações acerca da Lei 10.444, de 07.05.2002” in Revista de processo, a. 27, n. 108, out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

Outro aspecto relevante do art. 604, §1º, do Código de Processo Civil, diz respeito à “presunção de correção dos cálculos apresentados”, como consequência do não atendimento à requisição judicial.

Considerando-se o momento processual no qual a discussão se põe, ainda não há cálculos a se reputarem corretos, justamente porque a parte credora necessita dos mencionados dados para elaborá-los. O dispositivo legal, portanto, refere-se necessariamente aos cálculos “a serem apresentados” quando da exordial da execução.

Caso se interprete literalmente o dispositivo legal, não atendendo o devedor à requisição dos dados necessários à memória (ou sendo afastadas as escusas por ventura apresentadas), perderia a prerrogativa de interpor embargos à execução fundamentados no excesso de execução.

Os cálculos que viessem a ser apresentados pelo credor se encontrariam revestidos de imunidade, alheios a qualquer possibilidade de impugnação, o que representa nítida violação ao contraditório.

Saliente-se, inclusive, que essa interpretação criaria uma incompatibilidade entre os dois parágrafos do art. 604, do Código de Processo Civil, ao passo em que o primeiro dispositivo vedaria a discussão do possível excesso enquanto o segundo parágrafo instituiria uma sede prévia de impugnação ao valor do crédito, independente da manifestação do próprio devedor.

Pode-se argumentar em sentido contrário, fazendo-se um paralelo entre a situação do devedor nos embargos à execução e nessa fase preliminar à elaboração dos cálculos.

Como cediço, apresentados os cálculos pelo credor e seguro o Juízo, caberia ao devedor alegar mediante embargos a falha dessa memória, comprovando suas alegações com os elementos necessários à verificação do correto *quantum debeatur*<sup>11</sup>. Caso não se comprovasse o excesso, a execução seguiria com base nos cálculos apresentados pelo credor.

No caso do art. 604, §1º, do CPC, a sonegação de informações conduziria ao mesmo fenômeno: a permanência dos cálculos (a serem) apresentados pelo credor. A inovação do Código apenas “anteciparia” essa situação jurídica para o momento de elaboração dos cálculos.

Há, porém, um fator relevante a servir de *discrímén* entre tais hipóteses: o caráter potestativo que assume a apresentação dos cálculos pelo credor, nos termos do art. 604, §1º, do CPC, inexistente na sucumbência do embargante

---

<sup>11</sup> “Instruída a execução com o título próprio, é do devedor o ônus de elidi-lo” (STJ, RESP 154565/PR, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 16/12/2002, p. 309).

pela ausência de prova de possível excesso, em face da óbvia preexistência da memória da dívida.

Nesse caso, ainda que a não apresentação de provas, por parte do embargante, seja voluntária ou decorrente de negligência, dantes o devedor já se encontrava em condições de aferir o possível prejuízo, mediante ciência da memória acostada à exordial da execução. Tendo-lhe sido concedida oportunidade de impugnar os valores atribuídos à obrigação, respeitou-se o contraditório, independentemente do possível fracasso do embargante.

Como expõe Luiz Manoel Gomes Júnior, a recusa do devedor em apresentar os dados necessários à conta não impõe “a aceitação de cálculos absurdos e sem qualquer base fática, ficando tudo sob o controle do magistrado, evitando o enriquecimento ilícito do exequente”<sup>12</sup>.

No seu aspecto essencial, a discussão não é recente. Observe-se que o ônus<sup>13</sup> previsto no art. 359, do Código de Processo Civil, ressente-se das mesmas críticas ora formuladas à interpretação literal do art. 604, §1º, daquela lei<sup>14</sup>.

Moacyr Amaral Santos, destacando que o referido artigo impõe a admissão de certos fatos como verdadeiros “ainda que das provas dos autos outra devesse ser a conclusão”, exalta o sistema do Código revogado:

*“O poder de apreciação do juiz era o mais amplo possível, atento à consideração de que ‘só o exame do documento’ pudesse ‘confirmar ou destruir as alegações do requerente’, as quais poderiam ser consideradas provadas, se fossem verossímeis e coerentes com as demais provas dos autos.”<sup>15</sup>*

Pestana de Aguiar, não obstante considere conveniente a mudança, expressamente consigna que a admissão de tais fatos como verdadeiros pode não ser decisiva:

<sup>12</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. “A reforma do CPC. Lei 10.444/2002. Considerações iniciais” in Revista de processo, a. 27, n. 107, jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

<sup>13</sup> Ônus em termos, aplicando-se as mesmas ressalvas dantes mencionadas, decorrentes do dever de colaboração com a instrução do processo.

<sup>14</sup> Há, inclusive, quem defenda a aplicação, por analogia, das regras sobre a ação exhibitória ao incidente em comento (p. ex. DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Processo de execução e processo cautelar” in JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 249).

<sup>15</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 134.

*“Queremos dizer, a livre convicção motivada do juiz, presente no campo geral da prova, embora ausente no campo especial da exibição, poderá dar o devido valor probatório à prova legal sub censura, sem chegar a lhe atribuir força decisiva, quando por si não tiver tal alcance.<sup>16</sup>”*

Embora no tocante à apresentação da memória da dívida não haja espaço propriamente para a “livre convicção” judicial, não se pode, na perspectiva diametralmente oposta, impor-lhe postura meramente passiva, recepcionando como verdadeiros cálculos absurdos.

Trata-se, portanto, “de presunção relativa, que pode não ser acolhida pelo magistrado, se entender como manifestamente incorretos os valores alcançados pelo credor”<sup>17</sup>.

Com mais vigor, o ativismo judicial há de prevalecer quando a inércia ou a recusa ilegítima partir de terceiros, não sendo suficiente a mera advertência legal de cometimento de “desobediência”.

Como ressaltava Moura Rocha, o direito processual civil não pode remeter todas as violações ocorridas em seu seio ao direito penal, competindo-lhe estabelecer meios próprios de prevenção geral e específica como forma de preservar, operacionalmente, sua própria autonomia. Nas palavras do mestre:

*“Na instrumentalização processual surgiria a necessidade de se impor contra os métodos peculiares à época, mas, a obstaculá-lo havia o acúmulo das leis penais, sancionadoras. Mais o privatismo dominando o direito processual civil. O processo, tal qual a administração, ante a impossibilidade de atuação das apontadas leis penais, teria de se armar trazendo para o seu seio os meios de defesa contra tudo o que lhe impedisse ou dificultasse alcançar os seus fins.*

*(...)*

*Note-se que não se pretendia conferir a certas sanções qualquer caracterização penal, de expiação ou de retribuição ou de qualquer outra ordem.*

---

<sup>16</sup> PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 144.

<sup>17</sup> Op. cit., nota 14, p. 250. Em sentido aparentemente intermediário, afirma Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR que o devedor permanece com a prerrogativa de impugnar o cálculo apresentado, desde que “demonstre de maneira precisa que o erro verificado na planilha do exequente não tem qualquer pertinência ao documento ou aos dados por ele não fornecidos” (Comentários à novíssima reforma do CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 218).

Serão elas portadoras, digamos assim, da advertência por ‘haver sido adotada atitude pouco condizente com a estrutura social a que o processo se propõe a corrigir’. É de se evidenciar que não se pode ver aí qualquer caráter criminal. Há no caso, tão somente, atentado à estrutura processual<sup>18</sup>.”

Ademais, o recurso *sic et simpliciter* à tutela penal da autoridade das decisões judiciais poderia restar inócuo em se tratando de servidor público, em relação ao qual ocorreria atipicidade relativa, deslocando-se o possível delito para as raias da prevaricação<sup>19</sup>, cujo elemento subjetivo é de difícil prova.

À semelhança do exposto em relação ao devedor, enfim, o terceiro possui dever de colaborar com a prestação jurisdicional (em qualquer de suas vertentes), encontrando-me igualmente sujeito ao disposto no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e, em prol da coerência do próprio sistema, à aplicação da multa diária de índole coercitiva (art. 461, do CPC) e à atividade executiva do Juízo, mediante mandado de busca e apreensão dos documentos (art. 362, do CPC).

Outra questão levantada pelo referido parágrafo do art. 604, do CPC, diz respeito ao *modus* de elaboração da memória analítica, quando não fornecidos os dados em comento.

Resta nítido que, não sendo apresentadas as informações de posse do devedor ou de terceiro, não se pode ter por prejudicado o título executivo, tornando-o definitivamente inexecutível. O credor não há de virar “refém”, à míngua desses dados, competindo-lhe buscar meios alternativos de alcançar o *quantum debeatur*.

Por exemplo, impossibilitada a apresentação de extratos das contas fundiárias, pode-se proceder à verificação das contribuições para o FGTS efetuadas pela empresa, calculando-se aproximadamente o saldo.

Caso não sejam localizadas as peças concessórias do benefício previdenciário, necessárias ao cálculo da revisão da renda mensal inicial, pode-se em

---

<sup>18</sup> MOURA ROCHA, José de. “As sanções no processo civil” in Estudos sobre processo civil, v. 2. Recife: Universitária (UFPE), 1982, pp. 188, 193.

<sup>19</sup> Neste sentido, entre diversos outros arestos: “O Código Penal distingue (Título XI) crimes funcionais e crimes comuns. Evidente, quando o funcionário público (CP, art. 327) pratica ato de ofício, não comete delito próprio de particular. Assim, inviável a infração penal – desobediência (CP, art. 330 – crime cometido por particular contra a Administração Pública, Título XI, Cap. II). Em tese, admitir-se-á prevaricação (CP, art. 309). Urge, no entanto, a denúncia descrever elementos constitutivos dessa infração penal” (HC 2.628/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 05/09/1994, p. 23122).

alguns casos invocar como paradigma empregado da mesma empresa, de função semelhante à do aposentado ou instituidor da pensão.

Entretanto, essa prática gera um distanciamento – maior ou menor – entre o valor devido e o cobrado, desviando-se o processo do contido no respectivo título: é possível a ocorrência de saques do FGTS no período em comento, de modo que o saldo eventualmente existente não corresponda à soma dos depósitos e acessórios aplicados à conta; igualmente não seria raro que o empregado invocado como paradigma percebesse vantagens individuais, não sendo o espelho fiel da situação do instituidor da pensão; e assim por diante.

Ademais, sem os documentos em comento, tem-se a utilização de fatores que permitem inferir apenas de modo indireto essa base de cálculo da dívida, o que pode provocar uma associação ao conceito de “fatos novos” e, *a fortiori*, impor liquidação por artigos.

Neste sentido, decidiu o colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão já mencionado, relatado pelo hoje Ministro Teori Albino Zavascki: “somente depois de esgotadas, sem êxito, aquelas providências [*requisição dos dados ao devedor ou terceiro*] é que se justificará a propositura, pelo credor, da ação de liquidação por artigos, com a adoção de outros meios probatórios indispensáveis à apuração do débito”<sup>20</sup>.

Com a vênua do eminente processualista, parece-nos que mesmo nessa hipótese não há “fato novo” para fins de liquidação por artigos. O conteúdo da sentença já se encontra devidamente identificado em toda sua extensão, restando aferir a base de cálculo e efetuar operações aritméticas.

Essa aferição pode ser feita diretamente, com base em documentos em poder das partes ou de terceiros, ou indiretamente, mediante outros parâmetros que permitam inferir aproximadamente tais dados.

Em ambos os casos é necessária uma atividade cognitiva para percepção dessa quantia-base, apenas existindo divergência quanto ao grau de complexidade dessa análise, pois no segundo caso não ocorre a mesma evidência presente no primeiro. Em outros termos, em ambos os casos não se está a buscar dados *aliunqu*, restando líquida a obrigação.

Ademais, a liquidação por artigos, nessa hipótese, conduziria a um novo desgaste do credor, que aguardaria novo processo de cognição para ver iniciada a satisfação de seu direito. A inércia, ou mesmo o dolo, do devedor findaria implicando novo adiamento da realização do direito, locupletando-se às custas do desgaste alheio.

---

<sup>20</sup> Op. cit., nota 5.

Caso a memória atualizada da dívida, elaborada com base nesses parâmetros alternativos, distancie-se do contido do título, resta preservado o contraditório mediante a possibilidade de interposição de embargos, nos quais compete ao devedor alegar (e demonstrar) tal eiva.

Em socorro ao devedor, caso haja conduta abusiva do credor, resta invocável a parte final do parágrafo segundo do art. 604, do Código de Processo Civil, assim redigido:

“§ 2º Poderá o juiz, antes de determinar a citação, valer-se do contador do juízo quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequiênda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. Se o credor não concordar com esse demonstrativo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.”

Quanto à primeira parte, trata-se de prática comumente adotada no Judiciário, utilizando-se excepcionalmente os préstimos do contador judicial para subsidiar as execuções propostas por beneficiários da assistência judiciária.

No tocante à parte final do dispositivo, tem-se mais uma providência no sentido de equilibrar a situação das partes do processo executivo, evitando-se, como na perspectiva tradicional, dar prevalência apenas aos interesses do credor. Em outros termos, controlam-se os excessos, independentemente de onde provenham.

Em sentido contrário, preleciona Adriano Perácio de Paula:

*“A parte final do §2º, ao nosso sentir, rompe com o princípio da efetividade processual, porque uma execução aparentemente excessiva somente implicará numa penhora que acoberte o valor obtido por cálculo do contador judicial, ainda que a execução se faça pela importância pretendida.*

*Ou seja, consagrou-se algo similar ao exemplo de um credor que tendo direito a 100 (cem), perceba apenas 40 (quarenta). Pelo que se não estivesse contida esta disposição numa lei, não teríamos nenhuma dúvida em afirmar que se trata de enriquecimento sem causa.<sup>21</sup>”*

<sup>21</sup> PAULA, Adriano Perácio de. Op. cit., nota 10, p. 80.

Entretanto, observe-se que, pela redação da lei, verificada a aparência de abusos na memória da dívida, não se fulmina a execução quanto ao valor excedente, mas apenas se adia a penhora quanto a este saldo.

Considera-se seguro o juízo, para fins de oferecimento dos embargos do devedor, mediante penhora em valor equivalente ao reputado razoável, mas não se obsta a execução do valor indicado pelo credor.

Interpostos os embargos, nessa sede se discutirá a contento a matéria, expungindo-se em termos definitivos o possível excesso ou, reconhecendo-se sua inexistência, abrindo-se a via para o reforço de penhora e os demais atos do processo executivo. Não haveria se falar, no caso, em “ter direito a cem e receber quarenta”.

O ponto nevrálgico da questão, bem destacado no excerto transcrito, porém, diz respeito à hipótese em que não haja processo cognitivo incidental a comportar a produção de provas e a discussão mais aprofundada da matéria. O juiz poderá, ou não, sem pedido do devedor, proceder à correção definitiva da memória da dívida?

Sem obviamente esgotar o debate, tem-se que ambas as respostas são passíveis de críticas, aparentando que a lei se confiou no “caráter pedagógico” dos cálculos do contador do juízo e em sua aceitação pelo credor.

Por um lado, a postura ativa do magistrado, nesses casos, esvaziaria a utilidade dos embargos à execução. Ciente de que o juiz, *ex officio*, tende a limitar a continuidade da execução no tocante ao excesso apurado pela Contadoria, o que moveria o devedor a opor embargos à execução?

Como o resultado prático de sua conduta corresponderia, provavelmente, ao de sua inércia, a interposição de embargos apenas lhe pareceria útil quando a alegação de excesso fosse cumulada com outras alegações ou, ainda, quando fosse utilizada para procrastinar o feito.

Neste sentido, pronunciava-se Antônio Cláudio da Costa Machado em comentários à “Reforma de 1994”, ainda atuais:

*“Não é justo submeter o devedor à constrição judicial muito maior do que a supostamente devida. Assim sendo, impugnado o cálculo (haja ou não concomitante nomeação de bens), o magistrado deve ouvir o credor e fixar, com ou sem o auxílio do contador (art. 261, por analogia), o valor provisório para fins de penhora. Deste ato não cabe recurso, porque existe meio próprio para apuração definitiva do quantum, que é a ação incidente de embargos. Se, no entanto, o*

*devedor não embargar, a fixação provisória perde o seu efeito, haja vista que só por embargos é possível o enfrentamento da pretensão executória<sup>22</sup>.”*

No mesmo sentido, afirmam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: “não havendo embargos, a execução prossegue pelo *quantum* indicado pelo exequente e não se discute mais se estaria ou não correto, em qualquer outra sede<sup>23</sup>.”

Com o respeito devido aos eminentes processualistas, tal perspectiva não parece condizer com a atual extensão dos poderes do juiz. Em outros termos, representa flagrante passividade judicial verificar um nítido excesso de execução e silenciar a respeito, sobretudo quando se reconhece que o erro da memória de cálculo “encarta-se no contexto de admissibilidade da execução<sup>24</sup>”, matéria de ordem pública sujeita ao controle *ex officio* do julgador.

Em comentários oferecidos à “primeira fase” da reforma do Código de Processo Civil, prelecionava Carreira Alvim:

*“Essa modalidade de cálculo, por ato do credor, não afasta os poderes do juiz na condução do processo executório, podendo coibir, no nascedouro, eventuais pedidos de execução extra ou ultra petita, sendo até aconselhável que o faça, porquanto, pelo novo rito, a impugnação só pode ter lugar por ocasião dos embargos, que, para serem admitidos, dependem da garantia do juízo (art. 737) – salvo na execução contra a Fazenda Pública –, e a admissão de cálculos em flagrante desconformidade com o título executivo pode trazer prejuízos irreparáveis ao devedor.*

*Para esse fim, pode o juiz valer-se, inclusive, da colaboração do contador, para fundamentar eventual sentença terminativa, se não for possível conter o cálculo nos limites do título; sem prejuízo, evidentemente, de que promova o credor nova execução.<sup>25</sup>”*

<sup>22</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 84.

<sup>23</sup> Op. cit., nota 8, p. 234.

<sup>24</sup> Op. cit., nota 8, p. 231, citando vários autores.

<sup>25</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Código de Processo Civil reformado. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 279-280.

A nova redação do art. 604, do Código de Processo Civil, enfim, amplia o âmbito da atuação da tutela de evidência no controle do processo executivo, permitindo-se ao magistrado não apenas barrar a via executiva quando lhe falte título hábil, mas igualmente restringi-la ao *quantum* correto quando a memória se afastar daquele título.

E como em toda atividade judicial, resta a indagação: constitui-se direito da parte devedora ou mera prerrogativa do Estado-juiz ? Em outros termos, caso o magistrado não identifique *ad limine* o excesso e determine a citação do devedor, ser-lhe-á lícito invocar tal matéria sem prévia garantia do Juízo ?

A despeito da redação literal do dispositivo legal, que aparenta estabelecer uma fase prévia ao recebimento da exordial e, portanto, sujeita à preclusão, a reforma do Código de Processo Civil finda por ampliar o rol da exceção de pré-executividade, que passa a combater o excesso evidente na indicação do *quantum debeat*.

#### Bibliografia

- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**, v. 1, trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil reformado**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Processo de execução e processo cautelar” *in* JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, 245-256.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. “A reforma do CPC. Lei 10.444/2002. Considerações iniciais” *in* **Revista de processo**, a. 27, n. 107, jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 117-129.

- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VI, t. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MOURA ROCHA, José de. **Sistemática do novo processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- \_\_\_\_\_. “As sanções no processo civil” *in Estudos sobre processo civil*, v. 2. Recife: Universitária (UFPE), 1982, 169-197.
- PAULA, Adriano Perácio de. “A reforma do Código de Processo Civil: considerações acerca da Lei 10.444, de 07.05.2002” *in Revista de processo*, a. 27, n. 108, out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 71-84.
- PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IX, atual. Sérgio Bermudes. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. IV. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

## A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS E A SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS SFI

**Ricardo Siqueira**

*Gerente Jurídico Regional da  
Caixa Econômica Federal, em Pernambuco*

Com o advento da Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997, que criou o *Sistema de Financiamento Imobiliário*, foi adotado um novo instituto jurídico no direito pátrio para garantia de operações da espécie: a alienação fiduciária de bens imóveis.

O SFI, cujo modelo institucional foi inspirado no que de mais moderno existe hoje no mundo, quer no tocante às exigências dos grandes investidores internacionais para aplicações de longo prazo, especialmente quanto a garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, quer na forma de sua concepção segundo diretrizes de mercado, desregulamentação, desestatização de atividades e desoneração dos cofres públicos, na medida em que permite maior interesse de participação de Bancos de Investimentos, Associações de Poupança e Empréstimo e Companhias Hipotecárias, dentre outros agentes privados autorizados a operar, além dos Bancos e Instituições Públicas, veio suceder, embora sem extinguir, o tradicional SFH que sofreu ao longo das últimas décadas um desequilíbrio acentuado pelos seguidos subsídios diretos e indiretos concedidos aos mutuários do Sistema Financeiro e pela própria ação nefasta produzida por um regime inflacionário que até recentemente corroía substancialmente os salários e fazia crescer os saldos devedores desses financiamentos.

Tal como ocorreu na maioria dos países desenvolvidos, a perspectiva aberta agora pelo SFI indica um promissor incremento na securitização de créditos imobiliários no país, permitindo a captação de maiores recursos para a produção de novas unidades habitacionais que reduzam o déficit de moradias que é hoje extremamente significativo, e revela a possibilidade de se dar maior segurança jurídica aos contratos dessa natureza, a depender da interpretação

judicial que venha a ser consolidada quanto ao real alcance e à efetiva aplicação do novel instituto da alienação fiduciária de bem imóvel, cuja realização da garantia se opera, nos termos da Lei, de maneira rápida e eficaz ante flagrantes e comprovados inadimplemento, e mora, do devedor fiduciante.

Não há dúvidas sobre a alienação fiduciária de imóveis se revestir de uma maior eficácia em relação às demais garantias reais que já integravam o direito positivo brasileiro antes da edição da Lei do SFI, representando um poderoso reforço para os negócios jurídicos, a teor de como muito bem a define o ilustre Melhim Namem Chalhub, em sua obra *Negócio Fiduciário*, Editora Renovar, 1998, à página 196: “...enquanto a hipoteca é um direito real em coisa alheia, a propriedade fiduciária é um direito real em coisa própria”. E imprimir *segurança jurídica* nesses contratos significa dizer que a esse novo instituto cabe de logo o importante papel de se tornar um novo marco nas relações contratuais envolvendo financiamentos imobiliários, de sorte a afastar o descrédito que se abateu sobre o instituto da hipoteca, que mesmo revestida de todas as formalidades albergadas na legislação e em especial no Código Civil anterior – contempladas com algumas alterações no novo Código – perdeu eficiência quer pela excessiva demora na retomada do bem pela via judicial e mesmo pelo rito do Decreto-Lei nº 70, isto nos casos do SFH quando manejada ação cautelar ou ordinária com deferimento liminar da antecipação de tutela ainda que não descaracterizada a mora, quer pela dificuldade crescente do exercício pleno do direito de seqüela e conseqüente redução da oponibilidade do direito do credor hipotecário a terceiros, sejam estes insontes ou não.

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, cuja legislação inclusive serviu de referência para a elaboração do SFI por dispor de um mercado secundário de créditos imobiliários bastante atuante e influente, e onde a garantia prevalecente nos financiamentos habitacionais é a hipoteca, porque reconhecida sempre como gravame absolutamente rígido e eficaz pelo próprio espírito da *Common Law*, que busca limitar de forma racional, pragmática e realista toda e qualquer discussão judicial em eventual ação de retomada, à existência ou não da mora do devedor hipotecário, inibindo e restringindo inclusive o uso dos recursos processuais aos sistemas do *lead case* e do *stare decisis*, no Brasil, essa discussão quando instalada em Juízo nas demandas do SFH se detém quase sempre em inúmeras questões de ordem tanto material quanto formal, geradas por um cipoal de leis, regulamentos, diretrizes legais e jurisprudenciais das mais diversificadas sobre um mesmo tema, que dificultam a rápida compreensão e solução do conflito, em detrimento da salutar, recomendável e

necessária rapidez de julgamento, e prejudicando qualquer tipo de previsibilidade quanto ao desfecho processual que possa servir de proteção à sociedade sem desacreditar as garantias contratuais legitimamente adotadas nos negócios jurídicos.

Nesse ponto, a instituição do regime fiduciário sobre créditos imobiliários – procedido pela companhia securitizadora mediante exclusão desses créditos de seu patrimônio comum, pondo-os à salvo em caso de falência – e, sobretudo, a introdução na legislação brasileira da garantia representada pela alienação fiduciária de imóveis nos contratos em geral servindo tanto a pessoas físicas quanto jurídicas e podendo ter como objeto imóveis concluídos ou em construção, especialmente nos financiamentos habitacionais pelo SFI, embora não privativa destes, celebrada com base em regras objetivas, simples e claras, permite agora maior segurança e celeridade em todas as fases envolvendo desde a contratação até eventual retomada do imóvel pela realização da garantia nos casos de mora do devedor-fiduciante.

A recuperação rápida da posse do imóvel assim garantido ao credor-fiduciário, no caso de consolidação da propriedade no nome deste após verificado o inadimplemento do devedor-fiduciante, e isto desde que cumpridos os prazos e demais requisitos legais para a caracterização da mora sem sua eventual purgação, pela via da Ação de Reintegração de Posse, como definido na Lei, representa importante avanço para assegurar a necessária eficácia ao novo instituto, não significando nenhuma afronta aos princípios constitucionais que protegem a propriedade imóvel, assim como o leilão extrajudicial previsto no SFI, a exemplo do que ocorre na execução extrajudicial do SFH pelo rito do Decreto-Lei nº 70, não se reveste de caráter inconstitucional porque permite sempre que se submeta ao Poder Judiciário qualquer eventual irregularidade ou lesão a direito.

E, visando justamente dar maior solidez e segurança ao instituto da alienação fiduciária de imóveis e ao próprio Sistema de Financiamento Imobiliário, é que se encontra em tramitação no Legislativo o Projeto de Lei nº 3.065, fomentando a construção civil e, dentre outros aspectos, trazendo a inclusão no próprio corpo do novo Código Civil de referência expressa às leis especiais que regulam ou venham regular as demais espécies de propriedade ou titularidade fiduciária, o que traz à baila a discussão sobre se teria ou não o novo Código que entrou em vigor no início de 2003, revogado a Lei nº 9.514/97 ao referir expressamente apenas à propriedade fiduciária de bem móvel infungível, sem qualquer menção a bens imóveis. Sobre essa polêmica, inobstante o Projeto de

Lei referenciado buscar eliminação total de dúvidas através de previsão expressa à respeito (em seu artigo 58 promove alteração no NCC, inserindo ainda o art. 1.368-A naquela Lei geral, com a seguinte redação: “*As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial*”), basta referir aqui ao princípio assente na doutrina de que lei posterior geral não derroga lei anterior especial, a menos que haja previsão expressa no texto da norma revogadora, para se afastar de antemão qualquer discussão mais acirrada sobre o tema.

Tanto mais isto se verifica neste caso específico da alienação fiduciária de imóveis, quando se observa inexistir incompatibilidade nos dois textos legais, tanto da Lei nº 10.406/02 (NCC) quanto da Lei nº 9.514/97 (SFI), sendo certo afirmar que o Novo Código em nenhuma de suas passagens proíbe ou impede dispondo de maneira diversa, sobre a regular utilização desse instituto enquanto negócio fiduciário válido. Portanto, os instrumentos jurídicos que podem dar maior segurança e sustentabilidade aos financiamentos de médio e longo prazos, atraindo novos e volumosos investimentos para o mercado imobiliário que atinjam todas as camadas sociais e faixas de renda da população, estão postos, e mesmo que não seja ainda possível considerar isoladamente o SFI como plenamente aceito pelos investidores privados, será sem dúvida, em curto espaço de tempo, importante mola propulsora para novos financiamentos imobiliários no País, cabendo ao Poder Judiciário interpretar com justeza o instituto da alienação fiduciária de imóveis em seu pleno alcance, de modo a assegurar o respeito aos negócios jurídicos entabulados entre as partes, desestimulando-se assim as aventuras jurídicas de alguns que se socorrem das demandas judiciais simplesmente com o desiderato procrastinatório ante evidente e injustificada mora.

## **DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA E O ESTATUTO DA CIDADE (Lei n.º 10.257/2001)**

**Maria Carolina Scheidgger Neves**

*Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE,  
Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade  
Federal de Pernambuco – UFPE.*

*SUMÁRIO: Introdução: A desapropriação como instrumento urbanístico. 1. Função social da propriedade urbana. 1.1. Função social da propriedade: considerações preliminares. 1.2. A função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. 1.3. A propriedade urbana e sua função social. 2. A Constituição Federal de 1988 e a questão urbana. 2.1. Competências em matéria urbanística. 2.2. A política urbana. 3. O Estatuto da Cidade. 3.1. O Estatuto da Cidade e os instrumentos constitucionais de política urbana. 3.2. Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. 3.3. IPTU progressivo no tempo. 4. Desapropriação para fins de reforma urbana. 4.1. Objeto. 4.2. Competência expropriatória. 4.3. Pressupostos. 4.4. Indenização. 4.5. Destinação do bem expropriado. 4.6. Procedimento expropriatório. Conclusões: A inaplicabilidade prática da desapropriação para reforma urbana. Bibliografia.*

### **INTRODUÇÃO: A DESAPROPRIAÇÃO COMO INSTRUMENTO URBANÍSTICO.**

Desde o século XIX, quando a Revolução Industrial foi o ápice de um processo de mutação da sociedade para o modelo capitalista, a civilização ocidental vem presenciando profundas transformações não apenas econômicas, mas, principalmente, sociais e políticas. A transposição do modo de produção agrícola pelo industrial propiciou uma gama de mudanças como a alteração na distribuição territorial da população. De fato, as pessoas deixaram o campo,

passando a viver próximas aos aglomerados industriais, onde havia mais e “melhores” oportunidades de trabalho, não restritas às próprias indústrias, mas também em todas as atividades e serviços que com elas se relacionavam. Eis o surgimento das grandes cidades.

No entanto, o adensamento populacional em áreas urbanas ocorreu de forma desordenada, ensejando, em contrapartida, a eclosão de problemas estruturais como a precariedade das vias de acesso, do saneamento e dos meios de transporte, a degradação do patrimônio histórico e paisagístico, a inexistência de áreas de lazer, a ocupação irregular do solo e, ainda, o déficit habitacional. Na tentativa de disciplinar o planejamento urbano, o uso e ocupação do solo e a ordenação urbanística da atividade edilícia, desenvolveu-se o Direito Urbanístico, como “ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística”<sup>1</sup>. E, nesse mister, foram desenvolvidos diversos instrumentos de atuação e intervenção do Poder Público na organização e na atividade urbana.

Dentre os instrumentos de intervenção, destacam-se as limitações ou restrições urbanísticas à propriedade privada. São elas formas de adequação do direito de propriedade às bases da ordenação da realidade urbana, ao planejamento e aos projetos urbanos fixados em lei, ou seja, trata-se da conformação à função social urbana. José Afonso da Silva<sup>2</sup>, costuma apontar como espécies de limitação à propriedade privada, as restrições, as servidões e a desapropriação, conforme atinjam, respectivamente, o caráter absoluto, exclusivo ou perpétuo da propriedade.

Dentre esses instrumentos, a desapropriação é, certamente, o mais drástico, pois se traduz na transferência compulsória de um bem do patrimônio particular para o patrimônio público municipal ou para outro particular, mediante uma reposição financeira. A conceituação do instituto em muito se assemelha à desapropriação tradicional. No entanto, o traço distintivo gira em torno dos fins a que se destina. Com efeito, em matéria de Direito Urbanístico, a desapropriação tem por escopo a conformação da propriedade privada ao planejamento urbanístico, ora porque determinado bem imóvel encontra-se em área integrante de projeto de urbanificação, ora porque seu proprietário está remisso no cumprimento da função social que lhe é legalmente atribuída.

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 359.

A desapropriação urbanística, em seu duplice aspecto, foi constitucionalmente prevista no art. 182 da Carta Magna de 1988<sup>3</sup>, que tratou da desapropriação para urbanificação no § 3º, fazendo, ainda, expressa menção à desapropriação por descumprimento da função social da propriedade urbana no § 4º, do mesmo dispositivo, atribuindo-lhe caráter sancionatório que se verifica pelo pagamento da indenização não em dinheiro, mas em títulos da dívida pública.

E é acerca dessa desapropriação de feição sancionatória que se ocupará este trabalho, por ser modalidade ainda pouco difundida e apreciada pela doutrina pátria, mas que, no entanto, após a edição do Estatuto da Cidade<sup>4</sup>, em julho de 2001, recebeu a regulamentação infraconstitucional de que carecia para ser efetivamente utilizada como instrumento de conformação da propriedade aos interesses urbanísticos.

De fato, já é assente na disciplina da propriedade em geral, que não mais detém ela o caráter absoluto de outrora. Ao contrário, se lhe atribui hoje uma função, uma finalidade, qual seja a de produzir riquezas para o crescimento e o desenvolvimento da coletividade. Não é diferente com a propriedade urbana. Não pode ser utilizada de acordo com o “bel prazer” do seu titular ou, pior, não pode ser inutilizada ou mesmo manter-se inerte com objetivos egoísticos de mera especulação imobiliária. O imóvel urbano deve fazer parte de um projeto maior, adequar-se a interesses meta-individuais no sentido de auxiliar na expansão da urbanificação, visando, sempre, o bem-estar e o interesse coletivo.

Assim é que a desapropriação para fins de reforma urbana torna-se instrumento imprescindível do administrador municipal para, penalizando o proprietário negligente, atribuir ao bem o seu aproveitamento adequado.

No entanto, conforme se demonstrará a seguir, a disciplina conferida ao instituto em exame pelo Estatuto da Cidade lhe impõe características particula-

---

<sup>3</sup> “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

<sup>4</sup> Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

res e requisitos específicos, cuja inobservância impossibilitarão sua utilização e lhe esvaziarão o conteúdo.

Realmente, a edição da Lei n.º 10.257/2001, intitulada Estatuto da Cidade, era ansiosamente aguardada pelos estudiosos do Direito Urbanístico e pelos próprios administradores pois, não só criou instrumentos inéditos no ordenamento brasileiro, como também trouxe a regulamentação de diversos institutos constitucionais que careciam de disciplina legal para serem amplamente difundidos. Dentre esses últimos encontra-se a desapropriação sanção para fins urbanísticos, que foi disciplinada pelo art. 8º do Estatuto<sup>5</sup>, e em cuja direção nos voltamos a partir de agora.

## **1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE DA PROPRIEDADE URBANA.**

A análise de qualquer instrumento de intervenção do Estado na propriedade privada, como o é a desapropriação e, mais especificamente aquela destinada à reforma urbana, não pode prescindir de prévio estudo acerca da caracterização da função social e de sua evolução no Direito.

### **1.1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.**

A relevância conferida ao direito de propriedade não é uma característica do estágio atual da civilização. É bem verdade, que em uma sociedade capitalista como a atual, a questão da propriedade dos bens e dos meios de produção é indissociável do próprio conteúdo ideológico e das formas de opressão e de concentração de riqueza e poder. No entanto, ao estudarmos os mais diversos

<sup>5</sup> “Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública. § 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano. § 2º O valor real da indenização: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. § 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos. § 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. § 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório. § 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.

períodos da história da Humanidade, deparamo-nos com um dado irrefutavelmente presente, qual seja, a importância atribuída ao direito de propriedade, o qual sempre esteve intrinsecamente ligado à divisão da sociedade em classes e à detenção do poder político e social.

Contudo, apesar de sua presença constante, a noção de propriedade não tem conteúdo estático, imutável. Ao contrário, como bem salientado por José Carlos de Moraes SALLES, “o direito de propriedade tem sido entendido de maneira diversa pelos povos, no tempo e no espaço, em razão das diferenças existentes entre os sistemas econômicos, políticos e jurídicos que adotaram”<sup>6</sup>.

Com efeito, a noção de propriedade evoluiu bastante desde os contornos que ostentava no Império Romano até os dias atuais.

De fato, na Roma Antiga, detinha a propriedade caráter absoluto<sup>7</sup>, o *dominus soli* poderia não apenas usar, gozar e dispor da coisa, como também não usar, não gozar e não dispor dela, até mesmo abandonando-a sem utilidade. Na Idade Média, por seu turno, devido à acentuada intervenção do Estado na esfera patrimonial do indivíduo, o exercício do direito de propriedade passou por profundas restrições quanto aos caracteres de exclusividade e extensão.

Na tentativa de insurgir-se contra esse modelo de intervenção estatal desmedida, eclodiu a Revolução Francesa e o pensamento liberal, cuja Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 17, consagrou a propriedade como inviolável e sagrada, somente permitindo que alguém fosse dela privado nos casos de manifesta necessidade pública e mediante justa e prévia indenização.

Durante esse período, a caracterização da propriedade como direito absoluto parecia ser a noção mais coerente, “talhada para garantir um modelo econômico e uma conseqüente necessidade prática: a de proteger o indivíduo contra o excessivo poder do Estado, permitindo-lhe o desempenho, totalmente

---

<sup>6</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. ed., São Paulo: RT, 2000 p. 82. A esse respeito acrescenta ainda o mesmo autor: “em determinada época da vida de um povo, a propriedade privada é tida como condição indispensável ao progresso social; noutra, submetido esse mesmo povo aos influxos de um novo sistema econômico e político (como o socialismo, por exemplo), passa o direito de propriedade a ser limitado ou até suprimido, encarado como obstáculo que emperra a produção e impede a justa distribuição da riqueza”.(SALLES, José Carlos de Moraes, ob cit., p. 87).

<sup>7</sup> Acerca da natureza absoluta ou não do direito de propriedade na Roma Antiga, conferir SALLES, op. cit., p. 61.

autônomo, de sua atividade”<sup>8</sup>. Qualquer interferência sobre o direito de propriedade somente poderia ser justificada pelo regular exercício do poder de polícia.

Tal concepção sucumbiu em face da necessidade crescente de harmonização entre o direito de propriedade, enquanto exercício da autonomia da vontade, com o interesse social e com as prioridades de uma sociedade cada vez mais dividida entre aqueles poucos que detêm grande parte dos bens, e aqueles que, ao contrário, não possuem riqueza alguma.

Foi então que surgiu a teoria da função social da propriedade, idealizada, dentre outros, por Leon DUGUIT, o qual assim a justificava:

Pero la propiedad no es um derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza, tiene, por ele hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.<sup>9</sup>

Ademais, toda a ideologia social surgida no contexto da Revolução Industrial, no século XIX, refletiu no conteúdo do direito de propriedade, convergindo para o estágio em que se encontra na atualidade.

O direito individual de propriedade continua protegido. Contudo, passa a apresentar uma função social, qual seja, a de possibilitar o crescimento econômico do Estado, diminuindo as desigualdades sociais e regionais. A função social, portanto, delimita o direito de propriedade, condiciona-o ao interesse da sociedade e lhe confere a definição e o conteúdo.

Assim, a noção de função social é parte integrante do próprio conceito de propriedade, não se confundindo, porém, com os diversos sistemas de limitação. Estes, como bem diferenciou José Afonso da SILVA, “são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário,

---

<sup>8</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. “Função social da propriedade”. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). Temas de Direito Urbanístico. V. 1, São Paulo: RT, 1987, p. 04.

<sup>9</sup> DUGUIT, Leon. Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. Trad. Carlos G. Posada. 2. ed. Madrid: Beltran, 1920, p. 37.

interferindo tão-só com o exercício do direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia”<sup>10</sup>. A função social, ao revés, diz respeito à estrutura interna do direito mesmo, à propriedade e ao conteúdo que ela encerra.

Por outro lado, o conteúdo desta função social dependerá, como afirmado anteriormente, das necessidades e escolhas do próprio ordenamento jurídico. A ele assiste a faculdade de, submetendo a propriedade aos objetivos sociais, fazer emergir certos deveres e obrigações consistentes em uma atuação positiva do proprietário para utilização do bem em prol da coletividade.

Conseqüentemente, o descumprimento das imposições legais, pelo uso nocivo ou, simplesmente, pelo não uso, confere ao Poder Público o dever de sujeitar o proprietário a penalidades, dentre as quais a mais drástica é, sem dúvidas, a desapropriação.

## **1.2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

A sujeição da propriedade ao interesse público adentrou no ordenamento brasileiro por meio da Carta de 1934 a qual, em seu art. 113, § 17, embora sem fazer expressa menção ao princípio da função social, garantia o direito de propriedade, destacando que o seu uso não poderia ser exercido em contraposição ao interesse social ou coletivo<sup>11</sup>.

A Constituição de 1946, por sua vez, também se inspirou no princípio em comento quando da criação da, até então inédita, modalidade de desapropriação por interesse social, a qual, conforme redação que lhe foi dada pela Emenda n.º 10 de 1962, passou a prever a possibilidade dessa forma expropriatória como sanção ao proprietário rural que não adequasse a utilização de seu imóvel ao bem-estar social, assegurando-lhe, em contrapartida, indenização a ser paga em títulos da dívida pública.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 273.

<sup>11</sup> “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

A função social da propriedade, de forma geral, desatrelada do instituto da desapropriação, só foi mencionada expressamente pela Constituição de 1967, cujo art. 157, III, elencou-a como um dos princípios da ordem econômica e social<sup>12</sup>.

No entanto, foi somente o Constituinte de 1988 que tratou de definir o conteúdo da função social da propriedade. E o fez não só quanto à propriedade rural<sup>13</sup> (art. 186), mas, também, quanto ao cumprimento da função social pela propriedade urbana (art. 182, §2º)<sup>14</sup>.

### **1.3. A PROPRIEDADE URBANA E SUA FUNÇÃO SOCIAL.**

A questão urbana começou a ganhar relevo nas discussões jurídicas após a Revolução Industrial. De fato, a industrialização impôs, à sociedade da época, profundas alterações quanto à distribuição populacional. Aos poucos as pessoas foram se fixando nas proximidades das indústrias, formando os primeiros grandes aglomerados urbanos.

A elevação da concentração populacional fez, então, emergir problemas típicos de grandes cidades, como escassez de espaços habitáveis, precariedade do saneamento e do transporte e elevação dos índices de poluição. A necessidade de organizar o desenvolvimento e o crescimento urbano e de diminuir o déficit habitacional, deu ensejo à criação de políticas públicas, realizadas por meio do planejamento urbanístico e de normas quanto ao uso e à ocupação do solo, direcionadas às áreas consideradas prioritárias e à solução dos problemas derivados da urbanização moderna.

<sup>12</sup> “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

<sup>13</sup> “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

<sup>14</sup> “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Como parte da política implantada, são atribuídas aos proprietários de imóveis situados nessas áreas, certas obrigações, que passam a imprimir à propriedade urbana significação pública específica. Não mais se admite o não uso do imóvel com fins meramente especulativos ou sua utilização para satisfação de interesses exclusivamente privados.

Trata-se da submissão da propriedade urbana a uma função social, como bem sumariado por Antonio Carceller FERNÁNDEZ:

Los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos a usos que no resulten incompatibles con el planeamiento urbanístico y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Quedarán sujetos igualmente al cumplimiento de las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos y sobre rehabilitación urbana.<sup>15</sup>

Desta forma, a função social da propriedade urbana está vinculada ao conteúdo dessas políticas de planejamento e ordenação urbana, que são delimitadas e especificadas no denominado plano diretor do Município.

## **2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A QUESTÃO URBANA.**

No Brasil, como de resto em todo o mundo moderno, o problema da superlotação das grandes cidades sempre preocupou os administradores e estudiosos, que clamavam por normatização e desenvolvimento de políticas públicas nesse sentido. A escassez de moradia e a favelização constituem alguns dos maiores problemas enfrentados pelos urbanistas brasileiros e, na verdade, constituem apenas uma vertente do problema maior que é a miséria em que se encontra grande parte da população nacional.

A estiagem no Nordeste, bem como a automação da produção agrícola, têm expulsado o homem do campo e o levado em direção às cidades, onde anseiam obter melhores empregos. No entanto, esse “êxodo rural” tem causado, desde a década de 70, o inchaço das capitais brasileiras, as quais, não possuindo infra-estrutura para absorver essa população excedente, marginaliza-a, ensejando o surgimento das denominadas favelas. Assim é que a constituição-

---

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ, Antonio Carceller. *Introducción al Derecho Urbanístico*. 3. ed., Madrid: Tecnos, 1997, p.38.

nalização de normas de direito urbanístico no País era mais do que necessária, era imperiosa.

No entanto, não obstante o Município, enquanto ente da Federação, já fosse objeto de disciplinamento pelas Constituições anteriores, a questão urbana<sup>16</sup> só recebeu regramento constitucional por meio da Carta de 1988, que, de forma inédita, não só repartiu as competências legislativas e executivas em matéria urbanística, como também dedicou um capítulo específico à política urbana.

## **2.1. COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA URBANÍSTICA.**

Em relação ao direito urbanístico, o Constituinte de 1988 atribuiu competências às três instâncias da Federação, o que foi bastante salutar porque a todas elas interessa obter a adequada ordenação do espaço urbano. A princípio, reservou à União Federal a competência para a edição de normas gerais (art. 24, I) e das “diretrizes para o desenvolvimento urbano” (art. 21, XX), resguardando aos Estados e ao Distrito Federal a competência suplementar, por se tratar de competência concorrente, nos termos do art. 24, §§ 1º e 2º.

Por outro lado, aos Municípios, por serem eles os entes políticos mais próximos dos problemas e das realidades dos cidadãos, a Constituição assegurou a competência legislativa urbanística, nos termos do art. 30, inciso I. Assiste-lhes, também, o encargo de “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII).

A repartição de competências, nos moldes em que procedida pelo Texto Constitucional pátrio, obedece a uma divisão lógica e coerente, em que cabem à União os assuntos de repercussão e interesse nacional, atribuindo, por seu turno, aos Estados e Municípios, os assuntos de interesse regional e local, conforme salientou Hely Lopes MEIRELLES:

[...] competem à União o estabelecimento do *Plano Nacional de Urbanismo* e as imposições de *normas gerais de Urbanismo* que assegurem

---

<sup>16</sup> Na verdade, o urbanismo transcende os limites estritos do Município, pois, conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles, “[...] prescreve impõe normas de desenvolvimento, de funcionalidade, de conforto e de estética da cidade, e planifica suas adjacências, racionalizando o uso do solo, ordenando o traçado urbano, coordenando o sistema viário e controlando as construções que vão compor o agregado humano, a urbe”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 483.

ao país a unidade de princípios essenciais à integração e ao desenvolvimento nacionais, dentro do regime federativo, mas que permitam a flexibilidade das normas de adaptação das normas de adaptação dos Estados-membros e Municípios para atendimento das peculiaridades regionais e locais, no uso de suas autonomias político-administrativas (CF, arts. 21, XX, 24 e §§, c/c arts. 25 e 30, VIII, e 182).<sup>17</sup>

## **2.2. A POLÍTICA URBANA.**

Consoante ressaltado em páginas anteriores, a política urbanística tem por escopo ordenar o meio urbano, propiciando condições adequadas de habitação, trabalho, recreação e circulação humana. Assim é que a Constituição Federal de 1988 disciplina a política nacional de expansão urbana, cujo objetivo é a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*) e, cujo instrumento de implantação é o plano diretor (art. 182, § 1º).

Por outro lado, o § 2º do mesmo art. 182 define o conteúdo da função social a ser cumprida pela propriedade urbana, remetendo-a às exigências de ordenação expressas no plano diretor.

Para implantação da política instituída pelos dispositivos citados, o Constituinte conferiu ao Município instrumentos para compelir o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, a promover o seu adequado aproveitamento. Desse modo, de acordo com o art. 182, § 4º, poderá impor-lhe o parcelamento ou edificação compulsórios e, sucessivamente, o IPTU progressivo no tempo. Se, contudo, ainda assim persistir o descumprimento da função social atribuída ao imóvel, poderá determinar a respectiva desapropriação, cujo pagamento será realizado em “títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (art. 182, § 4º, III).

Da análise das prescrições constitucionais acerca da questão urbanística, uma primeira conclusão resta evidente: a necessidade de edição de uma lei federal (no exercício da competência definida no art. 24, I da CF/88), não apenas para fixar as diretrizes gerais referidas no *caput* do art. 182, mas também para

---

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 491.

regulamentar a utilização dos instrumentos instituídos pelo parágrafo 4º do mesmo artigo.

A imprescindibilidade da edição da mencionada norma federal foi, de início, questionada por alguns autores, os quais alegavam que o Poder Público Municipal poderia, fundamentando-se unicamente no preceito do art. 182, § 4º, valer-se dos instrumentos mencionados, ainda que não houvesse lei federal regulamentando-os. Nesse sentido posicionavam-se Carlos Ari SUNDFELD<sup>18</sup>, bem como Vitor Rolf LAUBÉ, o qual justificava sua posição:

“Todavia, valendo-se de uma interpretação sistemática do Texto Constitucional, de logo se percebe que a falta dessa norma federal não constitui óbice à aplicação da desapropriação ‘para fins de reforma urbana’, já que, com base no artigo 30, II, combinado com o artigo 24, § 3.º, I, poderá o Município, valendo-se de sua competência suplementar, regular a matéria [...]”<sup>19</sup>

No entanto, tal posição restou ultrapassada tendo em vista a edição da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade.

### **3. O ESTATUTO DA CIDADE.**

Atendendo aos reclamos dos urbanistas e dos administradores municipais, após 12 anos de tramitação, foi editado o Estatuto da Cidade, a lei federal de diretrizes de política urbana exigida pelo art. 182 do Texto Constitucional para regulamentação e implantação de seus dispositivos, e cuja inspiração é atribuída ao direito urbanístico de países como Espanha, Portugal e Itália.

Trata-se, de certo, de diploma inovador, cujo objeto, conforme estatuído pelo parágrafo único, do art. 1º, constitui o estabelecimento de “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”. Dispõe ainda, em seu art. 2º, acerca dos objetivos da política urbana no sentido de ordenação do desenvolvimento das funções soci-

<sup>18</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Desapropriação. SÃO PAULO: RT, 1990

<sup>19</sup> LAUBÉ, Vitor Rolf. Desapropriação Urbanística. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 29, n. 114, p. 205/229, abr./jun. 1992, p.227.

ais da cidade e da propriedade urbana, de acordo com as diretrizes que estabelece.

O Estatuto da Cidade “nasce em meio a grande polêmica, própria dos textos que introduzem limitações ao exercício de direitos individuais, ensejando questionamentos acerca da constitucionalidade de vários de seus dispositivos”<sup>20</sup>. Sem embargo, não se restringe a regulamentar os instrumentos instituídos pela Carta Magna como o parcelamento e edificação compulsórios, o IPTU progressivo e a desapropriação, dispõe também acerca de institutos até então inéditos no direito urbanístico brasileiro, como os direitos de superfície (arts. 21 a 23) e de preempção (arts. 24 a 27), e a outorga onerosa do direito de construir (arts. 28 a 31).

Com efeito, é mister destacar que, não obstante a Lei n.º 10.257/2001 seja de suma importância para a implantação da política urbana, alguns de seus institutos, para serem plenamente aplicáveis, ainda necessitam de regulamentação, mediante a edição do respectivo plano diretor e, posteriormente, de leis específicas, ambos de competência do ente municipal.

### **3.1. O ESTATUTO DA CIDADE E OS INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE POLÍTICA URBANA.**

Consoante referenciado, o Estatuto da Cidade tratou de regulamentar os instrumentos criados pela Constituição para adequação da propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, à função social fixada pelo plano diretor de cada Município, disciplinando o procedimento que pode culminar na desapropriação para fins urbanísticos.

### **3.2. PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO OU UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS.**

O art. 5.º do Estatuto repete a previsão constitucional de imposição compulsória do parcelamento, da edificação ou da utilização ao imóvel urbano, situado em área incluída no plano diretor, descumpridor de sua função social. Note-se, porém, que “embora a Constituição refira-se, tão-somente, ao parcelamento e à edificação compulsórios, o Estatuto da Cidade agregou também a ‘utilização

---

<sup>20</sup> COSTA, Regina Helena. “O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana”. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 24, n. 51, jul./dez. 2001, p. 81.

compulsória”<sup>21</sup>. Tal acréscimo foi elogiável, pois se não houvesse a possibilidade de imposição da utilização, como determinar que um imóvel já edificado para os fins previstos no plano diretor, mas que estivesse abandonado pelo proprietário, pudesse ser parcelado ou edificado? Logicamente, o mais adequado é impor sua efetiva utilização.

O Estatuto conceituou unicamente o imóvel subutilizado, definindo-o no § 1º do art. 5º, como aquele cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor. Não seria realmente necessário caracterizar o imóvel não edificado ou o não utilizado, cujos conceitos decorrem da própria interpretação literal.

Quanto ao seu procedimento, determina, em linhas gerais, que o proprietário de imóvel remisso será notificado para cumprir sua obrigação, apresentando projeto nesse sentido em prazo não inferior a um ano e, após aprovação do projeto, disporá de, no mínimo, dois anos para iniciar as obras. Acrescenta que a notificação deve ser averbada no cartório de registro de imóveis para fins de conhecimento de terceiros, bem como que a transmissão do imóvel por ato *inter vivos* ou *causa mortis* posterior à notificação transfere as obrigações, sem interrupção de quaisquer prazos.

### **3.3. IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO.**

Mantendo-se inerte o proprietário, mesmo após as condições e os prazos concedidos, assiste ao Poder Público Municipal a imposição de sanções administrativas, escalonadas e sucessivas, sendo a primeira delas a aplicação do IPTU progressivo no tempo.

A progressividade do IPTU<sup>22</sup>, nesse caso, dar-se-á mediante a majoração anual de sua alíquota, cujo valor será fixado por lei municipal e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15% (art. 7º, § 1º). Além disso, o art. 7º do Estatuto determina, ainda, que a progressividade será mantida por um período de 5 anos. No entanto, acrescen-

<sup>21</sup> COSTA, Regina Helena. Ob. Cit., p. 87.

<sup>22</sup> Note-se que, conforme dispõe o art. 156, § 1º, I, da CF/88, o IPTU pode apresentar alíquotas progressivas também em razão do valor do imóvel, com o que não se confunde a progressividade prevista no art. 182, §4º, II, do Texto Constitucional. Aquele preceito autoriza o aumento da alíquota em função do aumento da base de cálculo do imposto (progressividade fiscal), enquanto que este artigo em comento disciplina a progressividade em função do tempo, como sanção pelo descumprimento da função social da propriedade urbana (progressividade extra-fiscal).

ta que, se a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não for atendida no quinquênio legal, o Município manterá a cobrança da exação pela alíquota máxima, até que seja adimplida a obrigação<sup>23</sup> (art. 7º, § 2º), podendo, se preferir, valer-se da desapropriação do imóvel, nos termos do art. 8º, do mesmo diploma legal.

#### **4. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA URBANA.**

A desapropriação é, indubitavelmente, a forma mais drástica de intervenção do Estado na propriedade privada. Constitui-se na transferência compulsória de um bem, da esfera patrimonial do particular, para o domínio estatal, o qual poderá, ainda, em casos excepcionais, atribuí-lo a outrem. De qualquer sorte, sempre será o expropriado ressarcido pela privação patrimonial sofrida, mediante pagamento de indenização.

Por ser medida extremamente invasiva, a desapropriação só poderá ser utilizada pelo Poder Público em casos previamente definidos pelo legislador, os quais, no Brasil, enquadram-se nas hipóteses de necessidade ou utilidade públicas (Decreto-lei n.º 3365/41) e interesse social (Lei n.º 4.132/62)<sup>24</sup>.

Assim, no dizer de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

À luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a in-

---

<sup>23</sup> Os dispositivos contidos nos §§ 1º e 2º do art. 7º do Estatuto têm gerado certa discussão doutrinária posto que alguns, como Maria Helena Costa (Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111) sustentam o caráter confiscatório de uma alíquota de 15%, bem como da manutenção por prazo superior a 5 anos dessa alíquota máxima. Há autores, porém, que fundamentando-se no caráter sancionatório e na função extrafiscal do IPTU nesse caso, entendem-no perfeitamente constitucional. Nesse sentido, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentários: arts. 4º. a 8º. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando dias Menezes de (coord.). Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: Comentários. São Paulo: RT, 2002, p. 63.

<sup>24</sup> Acerca da caracterização dos conceitos de necessidade ou utilidade públicas e interesse social, consulte-se MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 735.

denização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.<sup>25</sup>

No âmbito da intervenção urbanística, a desapropriação também é essencial para a execução de políticas de desenvolvimento e ordenação urbana, além de ser importante instrumento no combate à retenção especulativa e ao déficit habitacional. Nessas hipóteses, é então denominada pela doutrina “desapropriação urbanística” ou “desapropriação para fins de reforma urbana”.

No direito alienígena, principalmente em países como Espanha, Itália, França e Portugal, em que o direito urbanístico é bastante avançado em relação ao direito urbanístico pátrio, a desapropriação urbanística goza de regime jurídico próprio, diferenciado daquele adotado para os casos gerais.

Assim é que, na Espanha, por exemplo, a matéria é disciplinada pela Ley del Suelo a qual:

[...] acabó definitivamente com las pretensiones unificadoras del régimen expropiatorio al insertar la expropiación como una pieza más al servicio de um sistema inspirado em unos principios propios, sustancialmente divergentes de los de la LEF que, desde esse momento, quedo relegada a um papel secundario, limitada a integrar las lagunas de la Ley urbanística en los casos concretos en que ésta le llamase en su auxilio.<sup>26</sup>

E o artigo 206 da LS espanhola estabelece os fundamentos de aplicação da expropriação no âmbito urbanístico:

Por incumplimiento de la función social de la propiedad, como sistema de ejecución del planeamiento, como medio para la ejecución de los sistemas generales y de las donaciones locales previstas en los planes o para la obtención anticipada del suelo necesario para estos fines, como instrumento para la constitución o ampliación de patrimonios públicos de suelo y como mecanismo para la obtención de terrenos destinados en el planeamiento a la construcción de viviendas de protección oficial o a otros usos declarados expresamente de interés social.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 735.

<sup>26</sup> ENTERRÍA, Eduardo García; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Cuarta Edición, Madrid: Civitas, 1996, p. 339-340.

<sup>27</sup> ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 340.

No direito brasileiro, consoante asseverado no item 3 deste trabalho, a produção e a sistematização legislativa em matéria urbanística ainda são muito recentes e incipientes, de modo que a desapropriação urbanística não apresenta caracteres individualizadores em relação à desapropriação comum, o que seria extremamente aconselhável, tendo em vista o escopo específico de sua intervenção na organização do espaço urbano. O Estatuto da Cidade é, sem dúvidas, um primeiro passo em direção a um regramento específico nesse sentido. Contudo, vale ressaltar que disciplina a matéria unicamente em um artigo e somente se refere à hipótese de descumprimento da função social da propriedade urbana, a qual, como ressaltado na LS espanhola, não constitui a única hipótese de desapropriação de imóveis urbanos.

Com efeito, no Brasil, a propriedade urbana pode ser objeto de desapropriação como qualquer outro bem de propriedade privada. No entanto, o nosso ordenamento jurídico constitucional prevê dois tipos de desapropriação para o imóvel urbano. Inicialmente, dispõe a Carta de 1988 acerca da *desapropriação comum*, como sendo aquela decorrente de necessidade ou utilidade pública ou interesse social e ressarcida mediante indenização prévia, justa e em dinheiro, prevista nos arts. 5.º, XXIV, e 182, § 3.º, ambos da Constituição Federal. A segunda hipótese constitucional diz respeito à denominada *desapropriação-sanção*, que “é aquela destinada a punir o não cumprimento de obrigação ou ônus urbanístico imposto ao proprietário de terrenos urbanos”<sup>28</sup>. Este caso tem caráter sancionatório porque, como penalidade pelo descumprimento de um dever urbanístico, o Poder Público desapropriará o imóvel remisso e impor-lhe-á o pagamento mediante títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas<sup>29</sup>. Tal modalidade de desapropriação urbanística está prevista no art. 182, § 4.º, III, do Texto Constitucional e no art. 8.º, da Lei n.º 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, e é o objeto do nosso estudo a partir deste momento.

#### **4.1. OBJETO.**

Consoante se depreende da análise dos preceitos normativos constantes do art. 182, § 4.º, III, da CF/88, e do art. 8.º, do Estatuto da Cidade, a desapropriação aqui estudada e denominada pela doutrina “desapropriação para

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 749.

<sup>29</sup> Acerca da diferenciação entre desapropriação comum e desapropriação-sanção, consultar MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p.735.

fins de reforma urbana”, tem por objeto o solo urbano. No entanto, não é qualquer imóvel urbano que poderá ser objeto do procedimento expropriatório ali disciplinado. A esse respeito, oportuna a advertência de Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR:

Faz-se preciso que se trate de imóvel inserido em área delimitada no plano diretor do respectivo Município. Alfim, terá que se referir a solo urbano que não esteja edificado, ou esteja subutilizado, ou não utilizado. Em suma, há que se cuidar de imóvel não adequadamente aproveitado.<sup>30</sup>

Destarte, como visto em linhas anteriores, essa hipótese de desapropriação constitui uma sanção imposta ao proprietário que, titular de imóvel situado em área urbana a que o plano diretor atribui certa obrigação, quedou-se inerte. O seu “fato gerador” consubstancia-se, desta forma, unicamente no descumprimento de dever ou ônus urbanístico. Não há, portanto, exclusão dos imóveis públicos pertencentes aos demais entes políticos, e pessoas administrativas, os quais, uma vez remissos em relação ao aproveitamento urbanístico e não afetados a uma finalidade pública, podem perfeitamente se sujeitar à desapropriação em comento<sup>31</sup>.

#### **4.2. COMPETÊNCIA EXPROPRIATÓRIA.**

Consoante enunciado no *caput* do art. 8.º, do Estatuto da Cidade, a competência para promoção dessa espécie expropriatória é atribuída ao Município. No entanto, tal competência não lhe é privativa, sendo certo que o Distrito Federal, por força do art. 32, § 1.º, da Constituição da República, detém as mesmas competências que são próprias do ente municipal.

Diógenes GASPARINI<sup>32</sup> ressalta que antes da edição do Estatuto da Cidade havia certa discussão doutrinária acerca da extensão ao Distrito Federal da competência em foco, informando que alguns autores, como Celso Ribeiro Bastos, entendiam que, não obstante o disposto no art. 32, § 1º, da Constitui-

---

<sup>30</sup> NOBRE JR., Edílson Pereira. Desapropriação para fins de reforma urbana. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 39, n. 156, out./dez. 2002, p. 83.

<sup>31</sup> NOBRE JR., Edílson Pereira, op. cit., p. 84.

<sup>32</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 654.

ção, a competência era privativa do Município. Porém, o debate perdeu fundamento em face da prescrição do art. 51, da Lei n.º 10.527/2001, no sentido de se aplicar ao Distrito Federal as disposições legais referentes ao ente municipal.

Feita essa advertência inicial, é mister ressaltar, ainda, que a existência de competência privativa do Município e do Distrito Federal para a matéria não significa, conforme adverte Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR<sup>33</sup>, que estejam a União e os Estados impedidos de expropriar imóveis urbanos por interesse social. Ao contrário, poderão fazê-lo. No entanto, se assim desejarem proceder, deverão obedecer às exigências do art. 5.º, XXIV, da CF/88, mediante pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro e se adaptando às hipóteses dos incisos I, IV a VIII, da Lei n.º 4.132/62.

Por outro lado, consoante ressaltado anteriormente, a desapropriação em foco não é o único meio de que dispõe o Município para expropriação de imóveis urbanos. Como bem salientado por José Afonso da SILVA<sup>34</sup>, a desapropriação de tais bens pode ter por objetivo ainda a execução de planos de urbanização. Nesse caso, por não ter caráter sancionatório, o ressarcimento do proprietário é realizado mediante pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro e se fundamenta nos casos de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, disciplinados, respectivamente, no Decreto-lei n.º 3.365/41 e na Lei n.º 4.132/62.

Ainda no tocante à competência municipal para proceder a desapropriação para fins de reforma urbana, é mister destacar a existência de certa discussão no âmbito doutrinário acerca da configuração ou não da discricionariedade da competência do ente municipal, ao qual seria atribuída a “faculdade” de, após o decurso da cobrança do IPTU progressivo por 5 anos, optar entre manter tal exação, nos termos do art. 7.º, § 2.º, ou efetivar a desapropriação. Há quem entenda que tal atribuição consistiria, em verdade, em um poder-dever do Município e não mera faculdade. Filiam-se à primeira posição Fernando Dias Menezes de ALMEIDA<sup>35</sup> e Clóvis BEZNOS<sup>36</sup>, afirmando esse que o dispositi-

<sup>33</sup> NOBRE JR., Edílson Pereira, *op. cit.*, p. 84.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, 2 ed. rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 358.

<sup>35</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Comentários: arts. 4.º a 8.º*. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando dias Menezes de (coord.). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: Comentários*. São Paulo: RT, 2002, p. 69.

<sup>36</sup> BEZNOS, Clóvis. *Desapropriação em Nome da Política Urbana*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 130.

vo mencionado “estabelece uma faculdade ao Município no que tange à desapropriação, vez que utiliza o termo ‘poderá’, e não ‘deverá’”. E justifica-se:

Essa faculdade se explica, vez que os títulos que se constituem na moeda do pagamento da desapropriação dependem de prévia aprovação do Senado Federal, o que retira das mãos do Município a decisão plena sobre a efetivação das desapropriações.

Em sentido oposto, entendendo configurar verdadeiro dever, Maria Helena COSTA afirma:

Ademais, a dicção legal parece deixar transparecer que se trata de uma competência discricionária, cabendo ao Poder Executivo avaliar da conveniência e da oportunidade de efetivar-se tal desapropriação. No entanto, se assim se entender, ensejar-se-á ao Município adotar indefinidamente o IPTU progressivo, incorrendo na inconstitucionalidade apontada. Estamos, em verdade, diante de autêntico poder-dever, uma vez esgotados os instrumentos para a implementação da política urbana [...] <sup>37</sup>.

Entendemos defensáveis ambas as posições. De fato, sendo necessária a prévia autorização do Senado Federal para emissão dos títulos ensejadores da desapropriação, o Município não poderia, a princípio, ficar obrigado a efetivar a expropriação se o Senado não conferir tal autorização. De seu turno, a cobrança indefinida do IPTU pela alíquota máxima de 15% parece mesmo deixar o caráter meramente sancionatório para adquirir feições nitidamente confiscatórias. No entanto, o mais coerente, supomos, ainda é esse segundo entendimento, desde que acrescido das ponderações de Clóvis BEZNOS. Ou seja, uma vez autorizada a emissão de títulos municipais pelo Senado, o Município tem o poder-dever de aplicar o art. 8.º, do Estatuto da Cidade.

#### **4.3. PRESSUPOSTOS.**

A espécie expropriatória em comento não pode ser efetuada de forma aleatória pelo Município. Alguns pressupostos são exigidos pela doutrina como

<sup>37</sup> COSTA, Regina Helena. “O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana”. In Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 24, n. 51, jul./dez. 2001, p. 94.

pré-requisitos para sua adoção. O primeiro deles, requisito constitucional, consistia na edição de lei federal disciplinadora da matéria. Esse requisito já foi atendido com a entrada em vigor da Lei n.º 10.527/2001, lei disciplinadora das diretrizes gerais sobre política urbana.

É imprescindível, também, a existência de um plano diretor, o qual, editado pelo Município nos termos da competência atribuída pela Lei Fundamental, deverá “peculiarizar as necessidades de urbanificação existentes em concreto, impondo-se maiores ou menores exigências, cujo descumprimento configura a subutilização ou não-utilização dos imóveis urbanos”<sup>38</sup>. A prévia existência de plano diretor é imprescindível para que o Poder Público municipal possa utilizar-se da desapropriação para reforma urbana, ainda que possua menos de vinte mil habitantes. É o que dispõe o art. 41, III do Estatuto da Cidade.

Alguns autores entendem ser necessária ainda a promulgação de uma lei municipal de caráter concreto, além do plano diretor, a qual determinará, conforme o caso, o parcelamento, a edificação ou a utilização de solo urbano subutilizado ou não utilizado<sup>39</sup>. Posicionando-se de forma diversa, há doutrinadores que entendem que tal delimitação pode ser realizada pelo próprio plano diretor<sup>40</sup>.

Por fim, antes de viabilizar a desapropriação, é necessário o exaurimento de todas as medidas previstas como precedentes pelo diploma, consistentes na determinação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórias e, sucessivamente, na imposição de IPTU progressivo no tempo por mais de 5 anos.

#### **4.4. INDENIZAÇÃO.**

É pressuposto de qualquer hipótese de desapropriação, seja ela urbanística ou tradicional, o ressarcimento do expropriado, mediante pagamento de indenização. Conforme ressaltado anteriormente, a regra geral, contida no art. 5.º, XXIV, da Lei Maior, é de que essa desapropriação seja justa, prévia e paga em dinheiro.

Porém, quando se trata de desapropriação por descumprimento de função social, a chamada *desapropriação-sanção*, a indenização estará sujeita a

---

<sup>38</sup> BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 126.

<sup>39</sup> BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 129.

<sup>40</sup> Nesse sentido, NOBRE JR., Edílson Pereira, op. cit., p. 84.

peculiaridades, exatamente pelo caráter sancionatório ostentado. Assim é que alguns ordenamentos jurídicos, como o espanhol, optaram por conferir à indenização valor menor que o de mercado. Outros, como o português, no qual se espelhou o legislador pátrio nessa parte, a sanção consiste no pagamento mediante títulos especiais da dívida pública.

No Brasil, o Constituinte adotou a sistemática de pagamento integralmente realizado mediante títulos da dívida pública. Deste modo, acrescenta o § 1.º, do art. 8.º, do Estatuto, que tais títulos deverão ser previamente aprovados pelo Senado Federal e serão resgatáveis no prazo máximo de 10 (dez) anos, por meio de parcelas anuais e sucessivas, sendo-lhe assegurado o valor real.

Ademais, relativamente aos títulos emitidos para ressarcimento da desapropriação, dispõe ainda o § 3.º, do art. 8.º, que não terão eles poder liberatório para pagamento de tributos, ou seja, sendo os títulos emitidos para pagamento parcelado de indenização, aqueles ainda não vencidos não poderão ser utilizados para pagamento de tributos em atraso<sup>41</sup>.

Por outro lado, o § 2.º do mesmo art. 8.º, gerou certa peleja doutrinária, pois, ao invés de utilizar os termos “prévia e justa”, consagrados para a desapropriação tradicional, referiu-se unicamente ao “valor real da indenização”, o que levou alguns doutrinadores a supor que, para a desapropriação urbanística sancionatória, estariam afastados os requisitos de anterioridade e justiça da indenização.

Acerca da possibilidade de o pagamento da indenização não anteceder a perda da propriedade, a questão parece ser menos tormentosa de modo que, entendemos como o Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR, segundo o qual “na espécie em comento, não há garantia de que a indenização seja prévia. Poderá, portanto, o legislador estabelecer que a mutação dominial no registro imobiliário se dê antes de quitado o valor do ressarcimento devido ao proprietário”<sup>42</sup>.

No que tange à justiça da indenização, durante certo tempo, havia doutrinadores que supunham estar afastada a exigência de indenização em valor justo

---

<sup>41</sup> Sobre esta questão afirma Regis Fernandes de OLIVEIRA que “as parcelas vencidas e caso não resgatadas pelo Poder Público, evidentemente que adquirem poder liberatório, pelo só não pagamento no tempo” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da Cidade. São Paulo: RT, 2002, p. 49). No entanto, trata-se de matéria controvertida na jurisprudência, cujo deslinde dependerá de cada caso.

<sup>42</sup> Op. cit., p. 85. Porém, adverte o referido autor: “Havendo, no entanto, omissão legal nesse sentido, forçosa a incidência do art. 29 do Decreto-lei 3.365/41, na condição de norma genérica a disciplinar a matéria, estabelecendo que a imissão definitiva na posse, juntamente com a transcrição no registro imobiliário, somente ocorrerá com o pagamento da indenização, ou consignação de seu preço.”

por ter o Constituinte, bem como o legislador de 2001, utilizado a expressão “valor real”. Entretanto, também essa discussão resta esvaziada de fundamentos. Em verdade, na atualidade, a maior parte dos autores perfilha-se no sentido inverso. Clóvis BEZNOS<sup>43</sup>, por exemplo, conclui que “o desapropriado já é suficientemente sancionado pelo fato de não receber a indenização prévia e em dinheiro, mas sim em parcelas anuais, em até dez anos, em títulos que não se prestam sequer como meio de pagamento de tributos”. Acrescenta que da desapropriação para fins de reforma agrária, que tem a mesma natureza sancionatória, não foi excluída a indenização em valor justo, não havendo, portanto, “razão jurídica para o discrimen em idêntica situação de descumprimento da função social da propriedade”<sup>44</sup>.

No mesmo sentido posiciona-se Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR:

Daí decorre, portanto, que, na ponderação das vertentes exegéticas a disputar a primazia do significado do que se deva depreender por ‘valor real’, o primado tocará àquela que se incline pela justeza da indenização, até porque, em caso de suposta lacuna no texto do art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal, a franquia da justa reparação ao expropriado há de ser inferida como direito fundamental implícito (art. 5º, § 2º, CF), resultante do regime e dos princípios inerentes ao estado Democrático de Direito.<sup>45</sup>

De qualquer sorte, ainda que não conste do texto legal expressa referência ao valor justo da indenização, somente aduzindo ao valor real, temos que os entender como sinônimos, sendo certo que, mesmo em se tratando de desapropriação-sanção, a indenização há de ser justa e corresponder ao valor integral do bem, pois o caráter sancionatório advém da própria privação da propriedade, como também do pagamento mediante títulos da dívida pública.

Uma vez concluindo que o “valor real da indenização” afina-se com o conceito de “justa indenização”, parece-nos inconstitucional o dispositivo contido no art. 8.º, § 2º, I, do Estatuto da Cidade, segundo o qual “o valor da indenização refletirá a base de cálculo do IPTU [...]”. Com efeito, nem sempre o

---

<sup>43</sup> BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 132.

<sup>44</sup> BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 133.

<sup>45</sup> NOBRE JR., Edílson Pereira, op. cit., p. 85.

valor da base de cálculo do IPTU traduz, com precisão, o valor de mercado de um bem, não havendo como atrelar-lhe a fixação da indenização, sob pena de não estar conferindo ao imóvel seu justo valor, quando o valor venal for superior àquele apurado para fins de cobrança da exação referida. Nesse sentido, bastante elucidativo é o posicionamento de Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR que, pugnando pela inconstitucionalidade do dispositivo supra referido, assim se manifesta:

Não teria visto maiores problemas se perfilhado o critério do valor de mercado, porquanto esse condiz com a perda a ser suportada pelo proprietário e, portanto, hábil para o fim a que busca a garantia da justa indenização. Contrariamente se tem quando eleito, como limite insuperável da compensação, um valor abstrato, muitas vezes distanciado, na prática, da avaliação atual do imóvel, como se tem com a escolha do valor venal do imóvel, constante nos cadastros municipais para fins de cobrança do IPTU, na maioria das vezes desatualizado e, até mesmo, irreal.<sup>46</sup>

Creio que o preceito em comento resulta de inspiração no modelo da Ley del Suelo espanhola, a qual, conforme consta de análise anterior, atrela o valor da indenização ao valor fiscal<sup>47</sup>. No entanto, repita-se, naquele ordenamento jurídico a indenização não há de corresponder a valor justo, o que não pode ser concebido no modelo pátrio<sup>48</sup>.

O dispositivo do inciso I, do parágrafo segundo, em sua parte final, estabelece, ainda, que será descontado do montante indenizatório, o valor incorporado ao bem em razão de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o

<sup>46</sup> NOBRE JR., Edílson Pereira, op. cit., p. 86.

<sup>47</sup> No sistema espanhol o valor da indenização não é o valor de mercado. Consoante ensina García de ENTERRÍA, “la base de cálculo es, pues, siempre el valor fiscal [...], como para el valor urbanístico (aplicable al suelo urbanizable una vez urbanizado y adquirido, por lo tanto, po sus titulares el derecho al aprovechamiento urbanístico), que se fijará por aplicación al aprovechamiento adquirido del valor básico unitario de repercusión establecido por la Administración tributaria para cada polígono, corregido en función de la concreta situación de los terrenos dentro de éste (art. 53). (ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit. P. 350.

<sup>48</sup> Ainda a esse respeito, interessante é a lição de Fernando Dias Menezes de Almeida, para quem o inciso I, ao dispor que o valor da indenização “refletirá o valor da base de cálculo do IPTU”, quis apenas sugerir um parâmetro. Segundo ele, “isso significa que o valor da indenização levará em consideração o valor da base de cálculo do IPTU; e não que o valor da indenização será o mesmo que o valor da base de cálculo do IPTU”. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, op. cit., p. 73.)

mesmo se localiza. Comentando o preceito, Clóvis BEZNOS, suscita sua impropriedade, afirmando:

Com efeito, tal previsão nada mais configura que uma contribuição de melhoria; portanto, tributo que somente pode ser cobrado como tal mediante a edição de lei específica oriunda da pessoa política dele beneficiária, que obedeça a uma série de requisitos previstos nos arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional<sup>49</sup>.

No entanto, o desconto constitui, em verdade, forma de o Poder Público ressarcir-se de dispêndios por ele realizado e geradores de valorização em imóvel cujo proprietário não está sequer cumprindo os ônus a ele incumbido. Portanto, adequa-se às diretrizes gerais de política urbana. Nesse sentido, posiciona-se Fernando Dias Menezes de ALMEIDA:

Não parece ser regra injusta ou violadora da isonomia.

Em primeiro lugar, o proprietário está sofrendo sanção por não fazer sua propriedade cumprir a função social. Aliás, ele estará plenamente ciente disso, por força da notificação. E vale sempre lembrar que todas essas sanções podem ser evitadas caso o proprietário cumpra em tempo sua obrigação.

Em segundo lugar, no mesmo período em que o município será beneficiado com a cobrança de IPTU sobre base de cálculo valorizada, o proprietário poderá ser beneficiado se vender um imóvel valorizado.<sup>50</sup>

O inciso II do mesmo § 2º, do art. 8º, exclui ainda, do *quantum* indenizatório, os lucros cessantes e os juros compensatórios.

Acerca dos lucros cessantes, por certo que não há como serem eles incluídos, pois, se o proprietário está sendo penalizado exatamente por não estar conferindo ao seu imóvel o aproveitamento decorrente do cumprimento de sua função social, não há como se falar em lucros que poderiam ter sido obtidos não fosse a expropriação. Eis a posição majoritária entre os doutrinadores<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 134.

<sup>50</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, op. cit., 74.

<sup>51</sup> Nesse sentido, conferir ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, op. cit., 75 e NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira, op. cit., p. 86. Em sentido contrário, entendendo inconstitucional a exclusão dos lucros cessantes do valor da indenização, BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 134.

Questão mais tormentosa é a referente à incidência dos juros compensatórios. Segundo ensinamento de Celso Antônio Bandeira de MELLO<sup>52</sup>, juros compensatórios são devidos ao expropriado como compensação pela perda da posse. Têm, então, o objetivo de compensar a perda da renda que poderia ter auferido o proprietário e que não o fez em razão da privação *ab initio* da posse do bem.

Embora alguns autores entendam que a “imissão antecipada na posse, anterior à efetivação da desapropriação, que implique sua perda antecipada haverá de ser compensada pelo pagamento de juros compensatórios”<sup>53</sup>, suscitando a inconstitucionalidade do dispositivo referido, parece-me mais acertada a posição daqueles que entendem sua exclusão condizente com o regime da desapropriação-sanção. De fato, se o imóvel não estava sendo utilizado ou o uso que lhe era atribuído contrariava o plano diretor, não há como suscitar a existência de renda a ser compensada. Nesses termos, elucidativa é a lição de Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR, que ressalta:

Assim, considerando-se que, na expropriação para reforma urbana, a despeito de sua indenização encontrar-se jungida ao imperativo de justiça, não se impõe seja prévia, razão pela qual o seu não pagamento integral, quando da imissão na posse, não enseja compensação em prol do proprietário.<sup>54</sup>

Assim, somente serão devidos ao expropriado os juros legais de 6% ao ano para atualização do valor dos títulos, e os juros moratórios, também de 6% ao ano, nos termos da Súmula n.º 70 do STJ e incidentes, desde o trânsito em julgado, sobre a diferença obtida entre o valor da indenização e aquele ofertado.

#### **4.5. DESTINAÇÃO DO BEM EXPROPRIADO.**

A questão referente à destinação deferida ao bem após a efetivação da retirada compulsória do imóvel do patrimônio do ex-proprietário, é disciplinada pelo Estatuto da Cidade nos §§ 4.º a 6.º, do art. 8.º. Nessa matéria transparece

<sup>52</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 729.

<sup>53</sup>BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 135.

<sup>54</sup>NOBRE JR., Edílson Pereira, op. cit., p. 87.

uma das várias particularidades da desapropriação para reforma urbana em relação à desapropriação tradicional. É que nestas, via de regra, o bem passa a integrar o patrimônio do ente expropriante, enquanto que naquelas, embora o imóvel possa permanecer em poder do Município que o utilizará de acordo com sua função social, a regra geral é que haja uma transferência a terceiros, aos quais será atribuída a obrigação urbanística.

Destarte, o § 4.º do dispositivo mencionado determina que o Município terá o prazo de 5 (cinco) anos para proceder ao adequado aproveitamento do imóvel, prazo a ser contado a partir de sua incorporação ao patrimônio público. E o § 5.º, por seu turno, dispendo acerca das formas de aproveitamento do bem, faculta ao ente municipal procedê-lo diretamente, ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, obedecendo-se, nesse caso, ao respectivo procedimento licitatório.

Do cotejo desses dispositivos extrai-se que, após a efetivação da desapropriação, o Município tem um prazo para dar ao bem a destinação que lhe impõe o plano diretor e da qual o ex-proprietário estava remisso, ou seja, para efetuar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios. Poderá ainda o Poder Público optar por transferi-lo a terceiros. De qualquer sorte, não efetuando o adequado aproveitamento dentro do prazo estipulado, o próprio Estatuto da Cidade impõe ao administrador municipal as penas da improbidade administrativa, conforme preceituado no art. 52, II.

O preceito do referido §5º é, sem dúvidas, importante instrumento para a moralidade do procedimento expropriatório e para o desenvolvimento da ordenação urbana, pois fixa ao Município prazo para realizar o aproveitamento cuja omissão, por parte do expropriado, deu ensejo à desapropriação. Exaltando sua importância, Fernando Dias Menezes de ALMEIDA afirma que “seria inadmissível que o imóvel fosse retirado forçosamente do proprietário, em virtude do descumprimento da função social da propriedade, e que tal função social continuasse não sendo atendida estando o imóvel sob o domínio municipal”<sup>55</sup>.

Por seu turno, adquirindo o imóvel por alienação ou concessão, o beneficiário passará a ser o responsável pelo cumprimento daquelas obrigações impostas ao bem no plano diretor e constantes do art. 5.º do Estatuto.

Não fixa a lei, como fez em relação ao aproveitamento direto pelo Município, prazo para o cumprimento das obrigações que lhe assistem. Nesse aspec-

---

<sup>55</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, op. cit., p. 78.

to, conforme advertem Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR<sup>56</sup> e Clóvis BEZNOS<sup>57</sup>, caberá ao Poder Público estipular um prazo no próprio edital licitatório e no contrato aquisitivo ou de concessão, que constitua verdadeira condição resolutive. Desta forma, não cumprido o prazo, o bem retornaria imediatamente ao Município, sem necessidade de obediência dos prazos dos arts. 5.º e 6.º. Não constando, porém, do ato tal condição, não restará outra alternativa ao Poder Municipal senão aguardar o decurso de um ano para apresentação de projeto, outro, para início das obras e, posteriormente, a aplicação por cinco anos do IPTU progressivo.

Por fim, ainda no que se refere à destinação do bem expropriado, importante discussão doutrinária tem sido travada em torno da possibilidade ou não de vislumbrar nesses casos de desapropriação para reforma urbana, o instituto da retrocessão. Este, consoante ensinamento do professor Celso Antônio Bandeira de MELLO, “em sentido técnico próprio, é um *direito real*, o do expropriatório de reaver o bem expropriado, mas não preposto a finalidade pública”,<sup>58</sup>.

No caso de desapropriação para reforma urbana, poderíamos vislumbrar hipótese de retrocessão para o caso de o Município, assumindo a obrigação de proceder diretamente o aproveitamento do imóvel expropriado, não a cumpra dentro do prazo fixado pelo art. 8.º, § 4.º, do Estatuto. Seria então o caso de conferir ao ex-proprietário o direito de preferência para aquisição de tal bem, pois, consoante ensina Fernando Dias Menezes de ALMEIDA:

Ainda que se trate de desapropriação-sanção, não há porque se concluir de modo diverso: se tanto o antigo proprietário (expropriado) quanto o Poder Público expropriante descumprem a obrigação, é preferível que o imóvel retorne ao expropriado, em respeito ao direito constitucional de propriedade.<sup>59</sup>

Acerca da retrocessão na desapropriação em foco, duas questões devem ainda ser discutidas. A primeira é levantada por Edílson Pereira NOBRE JÚNI-

---

<sup>56</sup> NOBRE JR., Edílson Pereira, op. cit., p. 88.

<sup>57</sup> BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 135.

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 760.

<sup>59</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, op. cit., p. 79.

OR e diz respeito à possibilidade de exercer o ex-proprietário a retrocessão nos casos em que o Município, ao invés de cumprir diretamente as obrigações decorrentes da função social, atribui tal encargo ao terceiro, o qual mantém-se inerte. Segundo aquele professor, a inadmissão da retrocessão nesses casos poderia configurar desvio de finalidade. São suas palavras:

No particular da transferência do imóvel a terceiro, poder-se-á, caso o Município não atue com o cuidado necessário, inerente à fiscalização do adequado aproveitamento do bem, restar caracterizado, no mundo fático, desvio de finalidade, em virtude da indevida permanência do bem com aquele. É que se terá, sem causa jurídica, expropriação em benefício de interesse privado [...].<sup>60</sup>

Com efeito, a retrocessão nesse caso também se impõe em vista da moralidade administrativa e do respeito à proteção constitucional da propriedade privada. No entanto, somente mediante análise do caso concreto, será adequado falar de sua real utilidade, não obstante, repita-se, seja a providência mais justa.

Uma segunda questão cuja discussão ainda não foi solvida, refere-se à hipótese de o Poder Público Municipal, expropriando um imóvel por descumprimento da obrigação de adequação à função social imposta no plano diretor, ao final do prazo de 5 anos (art. 8º, § 4º do Estatuto), não lhe dá a destinação determinada pelo planejamento urbano, mas, confere-lhe destinação também de interesse social ou utilidade pública (como nos demais casos de desapropriação urbanística contidos no Decreto-lei n.º 3.365/41 e na Lei n.º 4.132/62). Entendemos que, também nesse caso, teria o expropriado direito de retrocessão.

Com relação à desapropriação tradicional, a doutrina nacional e estrangeira costuma entender que, sendo conferido ao bem expropriado destino que atenda ao interesse público, ainda que diverso daquele para o qual o imóvel foi expropriado, não há direito de retrocessão<sup>61</sup>. No entanto, em se tratando de desapropriação para reforma urbana essa orientação merece ser vista com certa reserva, pois, como se sabe, nas outras modalidades de desapropriação ur-

<sup>60</sup> NOBRE JR., Edilson Pereira, op. cit., p. 88.

<sup>61</sup> Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 771.

banística, o pagamento da indenização é efetuado em dinheiro e não em títulos da dívida pública e uma alteração de destinação como a aqui aventada, pode estar encobrendo uma tentativa do Poder Público municipal de eximir-se do pagamento em dinheiro e protelar o ressarcimento do expropriado, mediante emissão de títulos públicos.

#### **4.6. PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO.**

Conforme ressaltado no item 5.1., a desapropriação urbanística ainda não possui um regramento específico, como em outros países. Desse modo, somente dispomos do art. 8.º do Estatuto da Cidade o qual, no entanto, ainda carece de maior regulamentação. Falta, por exemplo, norma disciplinando o procedimento judicial a ser adotado pelo ente municipal para implementação da expropriação em caso de discordância do expropriado com o valor ofertado.

Nesse diapasão, o mais coerente é, sem dúvidas, a utilização da Lei Geral de Desapropriações, o Decreto-lei n.º 3.365/41, por regular procedimento mais assemelhado ao da desapropriação para fins de reforma urbana<sup>62</sup>.

#### **CONCLUSÕES : A INAPLICABILIDADE PRÁTICA DA DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA URBANA.**

O advento do Estatuto da Cidade, indubitavelmente, trouxe avanços nunca antes alcançados no Direito Urbanístico Brasileiro, o qual desde a Constituição Federal de 1988 clamava por mais destaque e regulamentação adequada. De fato, tanto os institutos inéditos, como aqueles já constantes do Texto Constitucional, visam a conformar a estrutura hoje existente nas grandes cidades ao planejamento e à ordenação do solo urbano, reduzindo os entraves causados por problemas como déficit habitacional e a conseqüente favelização, além de questões referentes à infra-estrutura e ao meio ambiente.

É certo, também, que dentre os meios de que dispõe hoje o Poder Público para implementação de sua política urbana, o procedimento expropriatório é o mais drástico, porquanto impõe ao particular a efetiva perda de seu bem. Porém, diante de casos como a necessidade premente de regularização popula-

---

<sup>62</sup> No mesmo sentido, NOBRE JR., Edílson Pereira, op. cit., p. 84. Em sentido diverso, entendo que deve ser aplicável o procedimento ordinário em face do art. 271 do Código de Processo Civil (BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 135).

cional e o combate à acumulação de bens com fins meramente especulativos, além das hipóteses de simples ordenação urbana, a desapropriação será, claramente, o instrumento mais eficaz a serviço do efetivo cumprimento da função social da propriedade urbana. Mesmo em países onde a política urbana é bastante desenvolvida, como na Espanha, o instituto da desapropriação tem importância crucial para a conformação da propriedade privada ao planejamento urbano.

No entanto, não obstante os avanços efetuados pelo Estatuto da Cidade, o regime da desapropriação para reforma urbanística existente atualmente, restringe consideravelmente sua aplicabilidade aos casos concretos de descumprimento da função social da propriedade urbana.

Um primeiro entrave a sua utilização consubstancia-se na necessidade de prévia produção legislativa e de adoção de procedimento preliminar, quanto à obrigação de apresentação de projeto e posterior imposição do IPTU progressivo. De fato, verifica-se que, antes de se utilizar da desapropriação em comento, o Município deverá editar plano diretor e, depois, lei específica determinando o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios. Deverá, então, notificar o proprietário para apresentar projeto em até um ano e, depois, aguardar outros dois anos para o início das obras. Desatendida a obrigação dentro desses prazos, deverá impor a cobrança do IPTU progressivo no tempo por, no mínimo, cinco anos. Só então, restando ainda inerte o proprietário, poderá o ente municipal efetuar a desapropriação do bem.

Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, verificando tal situação, critica-a, afirmando que “sem considerar os prazos para aprovação do plano diretor e da lei específica, os demais prazos previstos no Estatuto da Cidade estão a indicar que o decreto de desapropriação não poderá ser expedido antes do transcurso de aproximadamente oito anos”<sup>63</sup>.

Outro obstáculo à sua aplicação reside no fato de que o Constituinte vinculou a emissão de títulos da dívida pública municipal à prévia autorização do Senado Federal e este, por sua vez, editou a Resolução n.º 78, de 01/07/1998, que vedou aos Municípios a emissão de títulos da dívida pública, salvo para financiamento do principal de suas obrigações existentes representadas por essa espécie de título, até dezembro de 2010. Assim, os Municípios estão impossibi-

---

<sup>63</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 155. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

litados de emitir títulos para a finalidade da desapropriação por pelo menos sete anos<sup>64</sup>.

De tudo que foi demonstrado e comentado nesse trabalho, verifica-se que só o tempo dirá se a desapropriação para reforma urbana será efetivamente adotada pelos administradores municipais como parte de implementação do planejamento urbano instituído pelo plano diretor.

A princípio, somente após o transcurso de aproximadamente 10 anos poderemos nos deparar com algum caso de desapropriação por descumprimento da função social da propriedade privada. Tal previsão é, de fato, lamentável, tendo em vista o papel que esse instituto poderia apresentar na solução dos problemas habitacionais enfrentados hoje por todas as grandes cidades brasileiras.

No entanto, é imprescindível, ainda, uma maior regulamentação do instituto com vistas a inibir administradores inescrupulosos de utilizarem-se da desapropriação como forma de retaliação política, ou mesmo como instrumento para privilegiar seus apaziguados.

#### **BIBLIOGRAFIA.**

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Comentários: arts. 4º. a 8º. In: ME-  
DAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando dias Menezes de (coord.). Esta-  
tuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: Comentários. São Paulo:  
Revista dos Tribunais – RT, 2002.
- BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em Nome da Política Urbana. In: DALLA-  
RI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). Estatuto da Cidade: Co-  
mentários à Lei Federal 10.257/2001, São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsó-  
rios da Propriedade Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ,  
Sérgio (coord.). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/  
2001, São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos Constitucionais do Estatuto da  
Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). Esta-

<sup>64</sup> A esse respeito, conferir BEZNOS, Clóvis, op. cit., p. 131.

- tuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001, São Paulo: Malheiros, 2003.
- CERQUEIRA FILHO, Reginaldo de Castro Cerqueira Filho, Considerações acerca da Lei n.º10.257/01: Estatuto da Cidade. Texto extraído do Jus Navigandi ([www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3864](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3864))
- COSTA, Regina Helena. O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 24, n. 51, p. 81-98, jul./dez . 2001.
- \_\_\_\_\_. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001, São Paulo: Malheiros, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- DUGUIT, Leon. Las Transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. Trad. Carlos G. Posada. 2. ed., Madrid: Beltran, 1920.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Cuarta Edición, Madrid: Civitas, 1996.
- FERNÁNDEZ, Antonio Carceller. Introducción al Derecho Urbanístico. 3. ed., Madrid: Tecnos, 1997.
- FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. Breves comentários sobre a Lei n.º 10.257: Estatuto da Cidade. Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, n.37, p. 13-16, jul. 2001
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Desapropriação Urbanística: Um instrumento jurídico de desenvolvimento urbano. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 219, p. 153-177, jan./mar. 2000.
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- LAUBÉ, Vitor Rolf. Desapropriação Urbanística. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 29, n. 114, p. 205/229, abr./jun. 1992.
- MARTINS JR., Wallace Paiva. Estatuto da Cidade e improbidade administrativa. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v.25, n. 52, p.36-49.

- MEDAUAR, Odete. Comentários: arts. 1.º a 3.º. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando dias Menezes de (coord.). Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: Comentários. São Paulo: RT, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MUKAI, Toshio. O Estatuto da Cidade: Lei n.º 10.257, de 10.07.2001. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 225, p. 343-948, jul./set. 2001.
- NOBRE JR., Edílson Pereira. Desapropriação para fins de reforma urbana. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 39, n. 156, p. 81-91, out./dez. 2002.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da Cidade. São Paulo: RT, 2002.
- PEREIRA, Luís Portella. Estatuto da Cidade. Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, n. 40, p. 12, out. 2001.
- PESSOA, Robertônio. Direito às cidades sustentáveis. Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, n.37, p. 17-19, jul. 2001.
- PINHEIRO, Renata, Peixoto. A Desapropriação como Instrumento de Intervenção Urbanística. Forum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, a. 1, n. 7, p. 619-625, jan./fev. 2003.
- SALLES, José Carlos de Moraes. A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. ed., São Paulo: RT, 2000.
- SIMÕES, Eugênia. Aspectos Gerais do Estatuto da Cidade: Lei n.º 10.257/01. Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos, Recife, n. 9, p. 25-33, jan./jun. 2002.

## SUBSIDIARIEDADE E PARCERIA: O TERCEIRO SETOR (AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL)

**Luciana de Medeiros Fernandes**

*Mestre e Doutoranda em Direito Público pela UFPE*

*Professora Universitária*

*“Um povo no qual não há nenhum hábito de ação espontânea em prol do interesse coletivo – que costuma esperar que o governo o comande e o empurre em todos os assuntos que envolvem o interesse coletivo – um povo que espera que o governo faça por ele tudo, afora aquilo que é questão de simples hábito e rotina, tal povo só consegue desenvolver metade das suas faculdades; a educação desse povo é falha em um dos seus elementos mais importantes.”*

*(STUART MILL, John. Princípios de Economia Política com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social. Trad. Baraúna, João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, vol. II, p. 520)*

**Sumário:** *Introdução: As razões para a reforma do Estado administrante e os novos princípios de regência da Administração Pública 1. A tese da coordenação: subsidiariedade e parceria. O Terceiro Setor. 2. Antecedentes. 2.1. Um pouco de Direito Comparado: o concerto social nos Estados Unidos. 2.2. No Brasil: as entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos e os serviços sociais autônomos. 3. As organizações sociais (Lei nº 9.637, de 15.05.1998). 3.1. Conceito, natureza jurídica e características. 3.2. Processos de qualificação e desqualificação. 3.3. Estruturação e atuação. 3.4. O contrato de gestão e as incumbências do Estado. 3.5. Formas de controle. 4. As organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790, de 23.03.1999). 4.1. Definição. 4.2. Procedimentos. 4.3. O termo de parceria. Conclusão: Uma síntese dos pontos críticos. Bibliografia.*

**INTRODUÇÃO: AS RAZÕES PARA A REFORMA DO ESTADO ADMINISTRANTE E OS  
NOVOS PRINCÍPIOS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Analisar o tema reforma do Estado passa necessariamente pela compreensão dos modelos de organização política moderna que se buscou alterar, ou, dito de outro modo, pela perscrutação da evolução – expressão esta empregada sem qualquer carga valorativa, mas apenas designando, neutralmente, o processo de transformação – das formas e das medidas de atuação do Estado. Essa verificação se impõe com vistas à percepção da transmutação estatal em todos os seus meandros, com a identificação das suas causas, das deficiências que se pretendeu corrigir, dos mecanismos que se procurou implementar, do perfil de administração almejado, das conseqüências derivadas das alterações, das falhas e distorções renitentes, das perspectivas de melhoramento. Nesse sentido, convém observar que o Estado que, hodiernamente, se engendra – denominado de Estado Subsidiário – é associado, no enredo do Estado mínimo, à rejeição do modelo do *Welfare State*, do Estado providência-interventor, que, por sua vez, foi gestado para fazer frente à insuficiência do Estado liberal, sendo este, no encadeamento para o passado, concebido em oposição ao regime absolutista.

O liberalismo remonta ao século XVII. Constituiu-se na base ideológica das sublevações contra o absolutismo e o mercantilismo na Europa, manifestando-se como liberalismo político e como liberalismo econômico. “Fala-se numa era liberal, não apenas porque nesse período toma-se consciência da liberdade como valor supremo da vida individual e social, mas também porque a liberdade é categoria geradora que explica todo um conjunto de comportamentos políticos e sociais intimamente relacionados entre si”<sup>1</sup>.

No contexto econômico, preconizava-se a livre iniciativa e a livre concorrência, de modo que ao Estado era vedado interferir na economia, exceto para proteger e estimular esse sistema de liberdades. Tratava-se unicamente do Estado guardião do *laissez faire, laissez passer*. Ao indivíduo se conferia a possibilidade de agir e decidir, na medida em que a ele se reconhecia a capacidade de alcançar, por si mesmo ou em associação com outros homens – associacionismo – a satisfação de suas necessidades, o progresso econômico e social. Adam

---

<sup>1</sup> MATTEUCCI, Nicola. “Liberalismo”. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 690 (vol. II).

SMITH, um dos maiores teóricos do liberalismo econômico, asseverava que “o soberano fica totalmente desonerado de um dever que, se ele tentar cumprir, sempre o deverá expor a inúmeras decepções e para essa obrigação não haveria jamais sabedoria ou conhecimento humano que bastassem: a obrigação de superintender a atividade das pessoas particulares e de orientá-las para as ocupações mais condizentes com o interesse da sociedade”. E ainda: “Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres por certo de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade”<sup>2</sup>.

Na esfera política, o liberalismo manifestou-se como garantia dos valores liberdade e propriedade, através da restrição aos poderes do Estado, com a consolidação da democracia representativa e da separação de poderes (LOCKE<sup>3</sup> e MONTESQUIEU<sup>4</sup>). O liberalismo, como reação ao Estado absolutista, fundava-se na liberdade de discussão e exercitação pelos indivíduos e pela comunidade das diretrizes orientadoras do destino da vida social, política e econômica (autogoverno da sociedade civil), bem como na edificação de um conjunto de instrumentos que permitissem controlar as instâncias governamentais,

---

<sup>2</sup> SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Trad. Baraúna, Luiz João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, pp. 169/170 (vol. II).

<sup>3</sup> LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Fischer, Julio. São Paulo: Martins Fontes, 1998. “Tanto o poder absoluto e arbitrário como o governo sem leis e estabelecidas e fixas não podem ser compatíveis com os fins da sociedade e do governo” (p. 508). “... a sociedade política conserva perpetuamente um poder supremo de salvaguardar-se das tentativas e propósitos de qualquer pessoa, mesmo de seus próprios legisladores, sempre que estes sejam tolos e perversos o bastante para conceber e levar a cabo planos contrários às liberdades e propriedades de seus súditos” (pp. 518/519).

<sup>4</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Murachco, Cristina. São Paulo: Martins Fontes, 1996. “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite” (pp. 166/167).

seja através da edição de uma Constituição, produzida por instituições representativas, seja pelo delineamento limitador das áreas destinadas à atuação estatal.

O Estado liberal, assim, caracterizava-se pelo não intervencionismo. “O Estado que governa melhor é aquele que governa menos”<sup>5</sup>. Poder-se-ia afirmar consistir ele numa instância secundária de atuação, destinada unicamente a garantir o exercício das capacidades individuais de ação e direção, dos direitos individuais, civis e políticos, encontrando-se, destarte, o Estado liberal, sob controle por parte dos indivíduos. Deveria assumir uma postura não interferente, na medida em que o progresso social e econômico seria imanente à efetivação da liberdade dos sujeitos sociais.

O liberalismo, calcado na pregação radical do individualismo e da livre competição, contudo, cooperou grandemente para o estabelecimento de uma desigualdade profunda entre os atores sociais. Realmente, não se pode olvidar a monopolização de setores da economia, com a falência da idéia do automático equilíbrio que se estabeleceria entre os agentes econômicos (racionalidade espontânea), bem como não se pode desconsiderar o depauperamento crescente da classe trabalhadora, abandonada à regulação fixada unilateralmente pelos detentores dos meios de produção, sem a participação do Estado, fazendo com que à liberdade consagrada pelo Estado liberal fosse conferida feição meramente formal. Acresçam-se, a tal contextura, as várias crises que se verificaram nos sistemas capitalistas de cunho liberal. A quebra da Bolsa de Nova Iorque, as recessões pós-guerra, a grande instabilidade desse momento histórico, contribuíram para a invocação da figura do Estado agente, com o questionamento das bases sobre as quais se sustentava o modelo liberal. Nicola MATTEUCCI afirma que “o Liberalismo lutara fundamentalmente pelas liberdades *de* (isto é, de religião, de palavra, de imprensa, de reunião, de associação, de participação no poder político, de iniciativa econômica para o indivíduo), e conseqüentemente reivindicara a não interferência por parte do Estado e a garantia para estes direitos individuais, civis e políticos. O enfoque atual é orientado para as liberdades *do* ou *da* (isto é, da necessidade, do medo, da ignorância) e para atingir essas finalidades implícitas na lógica universalista do Liberalismo renunciou-se ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social”<sup>6</sup>. Por conseguinte,

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Org. por Bovero, Michelangelo. Trad. Por Versiani, Daniela Beccaccia. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.226.

<sup>6</sup> MATTEUCCI, Nicola. “Liberalismo”. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, pp. 702/703 (vol. II).

foi concebido o Estado social, também designado de Estado de Bem-Estar e de Estado Providência.

O Estado social identificou-se pelo fato de que o Estado passou a dirigir inúmeros setores da economia, com vistas a garantir seu equilíbrio e mesmo a sua manutenção. A intervenção estatal multiplicou-se para consubstanciar-se em interferência participativa, diretiva e indutiva<sup>7</sup>. Demais disso, centrou-se na Política de Bem-Estar Social, iniciada em 1880, na Alemanha, por meio da qual o Estado objetivava atenuar as desigualdades sociais produzidas pelo liberalismo, através da determinação da instrução obrigatória, no campo educacional, bem como da assunção pelo Estado da previdência social, no âmbito da seguridade, ao lado da progressiva tributação, na seara das finanças públicas, além da definição de outras medidas de amparo aos desvalidos. “A preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade”<sup>8</sup>. De outro lado, o Estado agente-interventor também se mostrou necessário em face do surgimento de vários organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional, e da assinatura de acordos internacionais, a exemplo do GATT – atual Organização Mundial do Comércio –, que, por suas conseqüências, imporiam reflexos na seara interna dos Estados, exigindo destes maior poder de comando das relações econômicas.

Desse panorama – de reconhecimento da necessidade do Estado assistencial, associado à proteção do bem comum – emergiu um Estado intumescido, cujas funções foram enormemente ampliadas. Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, várias foram as atitudes adotadas pelo Estado: “a. algumas atribuições foram assumidas pelo Estado como serviços públicos, entrando na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais; para desempenhar esses serviços, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações; b. outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou

<sup>7</sup> V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4a ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 122.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20. Interessantes, quanto à essa questão da relação entre liberdade e igualdade, são as discrepâncias entre as doutrinas de Benjamin CONSTANT (“o liberalismo contra a democracia”) e Alexis de TOCQUEVILLE (“a democracia liberal”), o primeiro apregoando o triunfo da individualidade sobre a autoridade estatal e sobre as massas, e o segundo vendo no associacionismo uma forma de garantir o desenvolvimento da igualdade combinada com a liberdade. Especificamente, v. CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier & PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Histórias das Idéias Políticas*. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Jorge Zaher Editor, 2000, pp. 105/114. A referência ora feita tem relevância, porquanto será posteriormente retomada, quando forem enfocadas as idéias de colaboração e parceria.

na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob controle acionário do Estado; c. finalmente, outras atividades, o Estado nem definiu como serviço público nem passou a exercer a título de intervenção no domínio econômico; ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las por considerá-las de interesse para a coletividade. Desenvolve-se, então, o fomento como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.)<sup>9</sup>. A mencionada autora realça, ainda, o processo de alargamento do poder de polícia estatal.

A dilatação sofrida pelo Estado é apontada como causa das trincas vislumbradas na sua estrutura, principalmente no respeitante às suas pretendidas eficiência e economicidade. Também é indicada como motivo para uma crise de legitimidade correspondente à crescente atuação normativa do Poder Executivo, em detrimento das funções típicas do Poder Legislativo. Afirma-se que tantas foram as responsabilidades assumidas pelo Estado, muitas das quais sequer abrangidas pelo conceito de interesse público, que o ente estatal não conseguiu desempenhar todas elas a contento, mostrando-se como aparelho excessivamente burocrático (procedimentos complexos e demorados), dispendioso (insuficiência dos recursos destinados às atividades estatais), ineficiente (improficiência quantitativa e qualitativa) e restritivo (exautoração da capacidade contributiva de outros agentes sociais). A grandiosidade do Estado agigantou o déficit público, a distinção entre Estado e sociedade civil foi se desvanecendo, a amplitude do Estado gerou apatia política nos cidadãos, que, de participantes (sujeitos ativos), passaram a pedintes do que a máquina estatal lhes poderia oferecer (paternalismo), o volume dos gastos públicos deu ensanchas à licenciosidade com o dinheiro público. O Poder Executivo túrgido, com ramificações em todos os setores da vida social e econômica, com poder de regulamentação expandido, fez, ademais, desacreditar os princípios da legalidade e da separação de poderes.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 21/22.

Foi em oposição ao Estado de Bem-Estar, em situação falimentar, que se projetou, o Estado neoliberal ou também denominado Estado Mínimo<sup>10</sup>, unicamente responsável pela estabilidade da moeda. Segundo o Consenso de Washington, ao (Neo)Estado caberia proceder às seguintes reformas: “1) disciplina fiscal para eliminação do déficit público; 2) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, com a superação dos subsídios; 3) reforma tributária, mediante a universalização dos contribuintes e o aumento dos impostos; 4) adoção de taxas de juros positivas; 5) determinação da taxa de câmbio pelo mercado; 6) liberalização do comércio exterior; 7) extinção de restrições para os investimentos diretos; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação das atividades produtivas; e 10) ampliação da segurança patrimonial, por meio do fortalecimento do direito à propriedade”<sup>11</sup>. Postulou-se, assim, a retomada das políticas de não intervenção, a redução do tamanho do Estado, com a limitação de sua interferência no campo econômico, que não lhe seria próprio, com a privatização dos setores não relacionados à atividade tipicamente estatal, bem como com a redefinição do seu papel, promovendo-se a passagem do Estado provedor, tido por lasso, ao Estado austero, com funções resumidas ao aconselhamento e à orientação. Pode-se afirmar que o neoliberalismo manifestou-se como liberalismo recrudescido.

O enxugamento da máquina estatal, contudo, passou a conviver, algum tempo depois, com políticas de incremento da participação popular nas decisões e no controle do Estado. Cuida-se do decaimento da separação rígida entre o público e o privado, com a conseqüente aproximação entre Estado e sociedade civil, não mais concebidos como reciprocamente excludentes, mas como partes, com a substituição das relações de comando pelo relacionamento dialogado e complementar. Desenha-se, hodiernamente, no embate entre intervencionismo e minimalismo estatal, o Estado subsidiário. Nicola MATTEUCI resume:

*O Liberalismo, fiel à sua vocação antiutilitarista, segundo a qual não se deve destruir o espírito livre do homem para alimentar o corpo,*

<sup>10</sup> Reputado, por alguns doutrinadores, como “o mais extenso que se pode justificar”, diante mesmo da diversidade (de interesses, objetivos, formas de vida) inerente às pessoas e às comunidades que elas formam. Segundo, NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. Trad. Jungmann, Ruy. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 170.

<sup>11</sup> FARIA, José Eduardo. “Democracia e Governabilidade: Os Direitos do Homem à Luz da Globalização Econômica”. In FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Globalização Econômica. Implicações e Perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

*fiel à sua velha aversão aristocrática por tudo o que vem do alto, pode optar pela sociedade civil, de modo que a resposta aos problemas da justiça e da segurança social seja dada ao nível da sociedade civil e não ao nível institucional-estatal, mediante subsistemas autônomos do sistema político, mediante iniciativas independentes e convergentes, realizadas por forças sociais espontâneas, e não mediante ações burocráticas-administrativas. Em outras palavras, os problemas históricos, que atualmente está agitando o pensamento liberal – de direito e de esquerda –, é uma nova descoberta e uma adaptação a novos contextos da função anteriormente desenvolvida pelas autonomias locais contra o Estado burocrático-centralizador; é a afirmação sempre renovada da primazia da sociedade civil, buscando formas novas para que esta primazia possa se exprimir, deixando com o Estado apenas a tarefa de garantir para todos a lei comum, bem como a função de órgão equilibrador e incentivador de iniciativas autônomas da sociedade civil. A única alternativa desta volta à sociedade civil e ao mercado é o NEOCOPORATIVISMO ou Estado de corporações, que se baseia nas organizações dos grandes interesses privados e na sua colaboração, a nível político, nas decisões estatais. Desse modo, tais organizações se incorporam ao Estado<sup>12</sup>.*

Diante desse quadro, ao Estado administrante se atribui novo perfil. No Brasil, esse novo viés é representado pelas reformas administrativas iniciadas, fundamentalmente, em 1995 e que tiveram o seu ápice com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998. Pretende-se, hoje, uma Administração Pública centrada nos seguintes preceitos: imparcialidade e moralização; transparência e publicidade; eficiência (produção, qualidade, maximização da satisfação e desburocratização); consensualidade (estímulo ao debate, à negociação entre a Administração, os administrados, os particulares e os prestadores de serviços públicos); flexibilidade (decorrente do consenso, impondo o equilíbrio dos acordos firmados entre o Estado e os demais atores sociais); discricionariedade (para tornar possível o exercício da flexibilização, na averiguação da conveniência ou oportunidade de uma mais intensa descentralização ou da adoção de certas políticas públicas); democratização (participação direta de todos na Administra-

<sup>12</sup> MATTEUCCI, Nicola. "Liberalismo". In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, pp. 704/705 (vol. II).

ção Pública e na proteção da coisa pública); redutibilidade, privatização, desestatização e desmonopolização (diminuição do tamanho e do plano de interferência estatal, com a sua saída da seara econômica, mas tendo por contrapartida a priorização de suas funções ordenadoras); economicidade; descentralização dos serviços públicos (concepção do público não-estatal); colaboração e coordenação entre os setores público e privado, entre Estado, indivíduo e sociedade; realce na atividade administrativa de fomento (estímulo à iniciativa privada, quando esta se propõe a prestar serviços públicos). O Estado concentrado e onipresente é substituído pelo Estado pluriclasse, fundado, substancialmente, nas idéias de gestão participativa – também chamada “gestão-cidadã”<sup>13</sup> –, de associação e de parceria, noção esta correspondente à reunião de pessoas para lograr desígnios comuns ou, pelo menos, reciprocamente dependentes<sup>14</sup>. Busca-se a substituição da administração pública burocrático-hierárquica por uma administração pública gerencial<sup>15</sup>, a deslocação da ênfase, da forma/meios (racionalidade instrumental) para os resultados/fins (racionalidade substancial).

É de se observar que, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Brasileiro (de 21.09.1995), de autoria do Ministério da Administração e Reforma do Estado - MERE, foram fixadas metas para cada uma das áreas de atuação do ente estatal, segundo os princípios acima apontados. Para o “**núcleo estratégico**”, concernente aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, propôs-se a renovação do aparelho estatal, mediante “política de profissionalização do serviço público” (política de carreira, anuidade dos concursos públicos, administração salarial) e realce na capacidade de gerenciamento; para as “**atividades exclusivas de Estado**”, ou seja as que apenas o Estado pode executar, definiu-se a necessidade de incremento dos instrumentos de participação e controle popular, bem delineou-se a figura das agências autônomas com escopos fixados em contratos de gestão; para o “**setor de produção de bens e serviços para o mercado**”, atinente às atividades econômicas com intuito lucrativo, buscou-se a consolidação do programa de privatização e a instalação de agências reguladoras; e, especialmente, para os “**serviços não exclusivos**”,

<sup>13</sup> Cf. PINTO, Luiz Fernando da Silva. *Gestão-Cidadã. Ações Estratégicas para a Participação Social no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

<sup>14</sup> V. capítulo específico sobre a reforma administrativa, em FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania e Processos de Integração: O Novo Conceito de Soberania em face da Globalização*. Curitiba: Juruá, 2002.

<sup>15</sup> Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 22.

assim, compreendidos os serviços sociais (educação, saúde, cultura, previdência), cuja prestação se dá pelo Estado e pelas entidades da iniciativa privada, com e sem fins lucrativos, concebeu-se um programa de publicização, com a instituição de organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado que viessem a desempenhar serviços públicos, sem finalidade lucrativa, mediante fomento do Estado (repasso de dotações orçamentárias, utilização de bens e servidores públicos, regras próprias de licitação e contratação) e acompanhamento de suas atividades segundo as balizas e finalidades estabelecidas em contrato de gestão firmado com a União<sup>16</sup>.

Em seu programa de governo, editado sob o título “Avança Brasil”, o então candidato à reeleição para o cargo de Presidente da República, Fernando Henrique CARDOSO, destacava, como um dos seus objetivos, a “modernização do Estado”. Nesse sentido, discursava sobre a necessidade de se estabelecer novos mecanismos de “interlocução entre o governo e a sociedade civil”, especialmente através da promoção da participação comunitária, inclusive no controle de instituições públicas e privadas, e do estímulo à solidariedade social (filantropia e voluntariado). Asseverava:

*Pelo menos por dois motivos essenciais, o aprofundamento da reforma do Estado é indispensável à construção de uma sociedade mais democrática e participativa: por um lado, o fato indissfarçável de que, em todos os seus níveis, o Estado, do modo como se foi constituindo ao longo da história e da forma como ainda funciona, inibe a democratização das relações entre povo e governo. Não só ele tende a se fechar às iniciativas da sociedade civil; tampouco se julga no dever de lhe prestar contas, como parte inseparável de suas incumbências.*

*(...)*

*Por outro lado, há o fato – este talvez ainda pouco nítido, porém não menos verdadeiro – de que, a nova divisão entre poder público e cidadania, o Estado terá responsabilidades ainda maiores – e não menores –, embora diversas das tradicionais. Pois, além de conservar*

---

<sup>16</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 44/46. Também BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 117/118.

*suas atribuições intransferíveis no campo social – muito ao contrário do que alguns propagam, por desconhecimento ou má-fé –, União, estados e municípios terão também de apresentar padrões de desempenho compatíveis com as novas exigências da população que os sustentam e com a qual deverão formar parcerias*<sup>17</sup>.

Sob a epítome “mais sociedade, menos Estado”<sup>18</sup>, exurge o Terceiro Setor, objeto do estudo ora encetado.

### **1. A TESE DA COORDENAÇÃO: SUBSIDIARIEDADE E PARCERIA. O TERCEIRO SETOR.**

Pode-se afirmar que há, nos tempos atuais, um movimento intenso e significativo em torno da busca de novos paradigmas, que se consubstanciam numa opção aos já consagrados, mas também, de certa forma, já extenuados. Fala-se, assim, numa “terceira via”, além da social-democracia clássica e do neoliberalismo, bem como num “terceiro setor”, além do Estado e do mercado.

Numa perspectiva eminentemente política, Anthony GIDDENS modela a terceira via, e a ela associa um “processo de aprofundamento e ampliação da democracia”<sup>19</sup>. Cotejando a social-democracia clássica – também chamada de “velha esquerda”, caracterizada pelo domínio da sociedade civil pelo Estado, cujas malhas de interferência se estenderiam por toda a vida social e econômica, materializando-se num “*welfare state* abrangente, protegendo os cidadãos ‘do berço ao túmulo’” – com o neoliberalismo, ou “thatcherismo”, ou “nova direita” – tipificado pelas teses de abreviamento do Estado, de negação do *welfare state* e de autonomia da sociedade civil, cuja integridade, entretanto, seria garantida pelo mercado, que, por sua vez, seria ditoso na medida da capacidade

---

<sup>17</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. *Avança, Brasil: Proposta de Governo* / Fernando Henrique Cardoso. Brasília: s/ed, 1998, pp. 271-272.

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 93.

<sup>19</sup> GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 79. Sobre a origem da expressão “terceira via”, v. pp. 35/36: “tentativa de transcender tanto a social-democracia do velho estilo quanto o neoliberalismo”.

de iniciativa individual (individualismo econômico) –<sup>20</sup>, o autor aponta para a terceira via, concebendo-a com fundamento na tríade descentralização/transparência/eficiência do Estado e na valorização da participação e da responsabilidade da sociedade civil (democratização): “o governo pode agir em parceria com instituições da sociedade civil para fomentar a renovação e o desenvolvimento da comunidade”<sup>21</sup>. Assim, um dos principais pilares da denominada terceira via é o estímulo à sociedade civil ativa. Especificamente, quanto ao *welfare state*, a terceira via proporia, segundo se diz, a permuta pela “sociedade de *welfare*”, em que “a concessão de benefícios de cima para baixo [do Estado para a sociedade civil] deveria ceder lugar a sistemas de distribuição mais localizados [concernentes às organizações da sociedade]”<sup>22</sup>.

Realça, outrossim, GIDDENS: “A coesão social não pode ser assegurada pela ação de cima para baixo do Estado ou pelo apelo à tradição. Temos de moldar nossas vidas de uma maneira mais ativa do que o fizeram gerações anteriores, e precisamos aceitar mais ativamente responsabilidades pelas consequências do que fazemos e dos hábitos de estilo de vida que adotamos. O tema da responsabilidade, ou da obrigação mútua, estava lá na social-democracia do velho estilo, mas permanecia em grande parte latente, já que era submergido no conceito de provisão coletiva. Temos de encontrar um novo equilíbrio entre indivíduo e responsabilidades coletivas hoje”<sup>23</sup>. Em síntese: “não há direitos sem

<sup>20</sup> GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, pp. 17/18. À “social-democracia do velho estilo”, associa, o autor, a visão de que “uma forte presença do governo na economia, e também em outros setores da sociedade, é normal e desejável, uma vez que, numa sociedade democrática, o poder público representa a vontade coletiva”. Afirma, ainda que, os social-democratas da antiga desconfiavam das associações voluntárias: “Tais grupos freqüentemente fazem mais mal do que bem porque, comparados com os serviços sociais fornecidos pelo Estado, tendem a ser não profissionais, e a ser erráticos e condescendentes para com aqueles com quem lidam” (p. 19). Acerca do neoliberalismo, expõe que “a tese do Estado mínimo está estreitamente ligada a uma visão peculiar da sociedade civil como um mecanismo auto-gerador de solidariedade social” (p. 21), bem como que “do Estado, em particular o *welfare state*, diz-se ser destrutivo para a ordem civil, mas os mercados não o são, porque prosperam a partir da iniciativa individual” (p. 22).

<sup>21</sup> GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 79. Assim, o cerne da discussão não seria “mais governo” ou “menos governo”, mas sim renovação da forma de governo (p. 82).

<sup>22</sup> GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 128.

<sup>23</sup> GIDDENS, Anthony. A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 47.

responsabilidades”<sup>24</sup>, ou, dito de outro modo, direitos apenas existirão, na medida em que todos os indivíduos se convençam e atuem no sentido da responsabilidade coletiva que os vincula, responsabilidade esta que não pode ser atribuída integralmente ao Estado, como se fossem apenas dele os deveres de ordenar, aprovisionar e acudir. Isso porque os direitos não são “exigências incondicionais”, encontrando-se atrelados a obrigações correlatas, que os garantem e mesmo justificam. De outro lado, ao Estado se impõe a admissão e a fomentação de instâncias extra-estatais de atuação, também orientadas para a satisfação do bem comum.

Acerca da base econômica da parceria a ser estruturada entre o Estado e a sociedade civil, GIDDENS menciona a “nova economia mista”. Esta buscaria “uma nova sinergia entre os setores público e privado, utilizando o dinamismo do mercado mas tendo em mente o interesse público”, ou seja não trataria a geração de riqueza nem como uma eventualidade (social-democracia clássica), nem como uma prioridade (neoliberalismo), mas em equilíbrio com as necessidades de caráter não-econômico<sup>25</sup>. Nessa contextura, disserta o autor sobre o papel dos movimentos sociais, do voluntariado e das organizações não-governamentais (o chamado “terceiro setor”), destacando que, não obstante sua ascendência, no mundo contemporâneo, ao Estado continua sendo conferida a função de governar, não se podendo falar em substituição do Estado pela sociedade civil, mas, de modo positivo, na qualificação do Estado como investidor social, como parceiro da sociedade civil, com a qual estaria, de conformidade com seu novo perfil, coordenado e não contraposto.

Emerge, em consequência desse panorama, o princípio da subsidiariedade<sup>26</sup>.

Segundo José Alfredo de Oliveira BARACHO, o conceito jurídico de subsidiariedade poderia ser mais adequadamente compreendido através da idéia de supletividade, sendo que esta, por seu turno, envolveria as noções de complementariedade e de suplementariedade. “A suplementariedade é o que se acres-

---

<sup>24</sup> GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 75.

<sup>25</sup> GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 109.

<sup>26</sup> A análise do princípio da subsidiariedade será aqui feita, fundamentalmente, com base na obra do professor José Alfredo de Oliveira BARACHO, intitulada *O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

centa, entende-se que ela representa a questão subsidiária, destinada suplementariamente a desempatar os concorrentes”, de modo que não haveria como associar a subsidiariedade à idéia de algo secundário, dado o seu caráter decisório (“designar o vencedor”). “A subsidiariedade implica, nesse aspecto, em conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem uns dos outros por suas relações entre si”, definindo qual dessas categorias se impõe numa dada realidade (alternatividade frente à dualidade de categorias aplicáveis). Por outro lado, a feição complementar, que é mais dilatada, repousa no reconhecimento de uma situação de pluralidade e diversidade de necessidades, no contexto de uma mesma estrutura, a exigirem respotas apropriadas, que resultarão, estas, do adicionamento congruente entre regimes possíveis (assistência). Afirma o professor BARACHO: “de um lado está o poder público, cuja própria existência é um fato incontornável, qualquer que seja a teoria que pretenda explicá-lo. Do outro lado, estão as pessoas privadas que, em uma democracia, podem agir livremente, sob certas reservas, em todos os domínios. O Direito Público explica a intensidade de suas regras, ao passo que o Direito Privado aparece como complementar um do outro”<sup>27</sup>. Tanto na suplementariedade, como na complementariedade, a idéia-base é a da coexistência coordenada.

Ainda segundo BARACHO, o princípio da subsidiariedade encontra antecedentes em Encíclicas da Igreja Católica, que reputava injusto “retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer”<sup>28</sup>. Sua relevância jurídica se deve ao fato de estar associado diretamente à organização social e política, ao reconhecimento de um pluralismo que é inato à sociedade, bem como à idéia de se conferir autonomia a coletividades menores, diante de comunidades maiores, com o conseqüente compartilhamento de atribuições (função descentralizadora). Diz-nos, o professor referido:

*Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento*

<sup>27</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 24-25.

<sup>28</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 26.

*para conter ou restringir a intervenção do Estado. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade.*

(...)

*A compreensão do princípio da subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio da subsidiariedade intui certa idéia de Estado, sendo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio da subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletividades. Através de sua aplicação, todas as conseqüências que não são imperativamente devidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ser reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida, em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência definida. Nem sempre o princípio da subsidiariedade dá resposta precisa a todas essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa a orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização<sup>29</sup>.*

Em síntese, o princípio da subsidiariedade aponta para a necessidade de repartição de poderes e atribuições, de sorte a que estes sejam distribuídos às coletividades, segundo a sua capacidade para exercitá-los, ou ainda, em virtude das especialidades atrativas consagradas pela coletividade.

No âmbito internacional, o princípio da subsidiariedade deve ser considerado em face das finalidades e dos mecanismos de atuação que se conferem aos Estados, assim como dos tipos de relação que a sociedade internacional engendra. Ensina BARACHO: “Às federações e à sociedade internacional, (*commu-*

---

<sup>29</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 26 e 30/31.

*nitas orbis*) aplica-se o princípio da subsidiariedade, objetivando a integração, sem reduzir as potencialidades dos entes circunjacentes”. E, em parágrafo seguinte: “O princípio da subsidiariedade leva-nos a considerar a coexistência de fins inferiores e superiores, através de suas coexistências”<sup>30</sup>. Depreende-se que o estatocentrismo ou estatalismo arraigado obscurece o princípio da subsidiariedade, na medida em que nega ou limita substancialmente o agir de outros atores sociais não-estatais. Por outro lado, o internacionalismo, embora pressupondo a existência de Estados, identifica-os enquanto um dos elementos integrantes de uma realidade mais abrangente, denominada sociedade internacional, sociedade esta que pretende seja transformada em uma comunidade internacional. Trata-se, assim, de um projeto de convivência, pelo reconhecimento – repita-se – do pluralismo social.

Tem-se visto uma evolução expressiva das relações internacionais, resultado sobretudo da interdependência entre os Estados. Conseqüentemente, surge a necessidade de composição de forças. “Para o novo internacionalismo propõe-se, também, a construção da sociedade internacional com os princípios configuradores de subsidiariedade. Assenta-se, essa compreensão, no fato de que além dos governos e nações, surgem na vida da humanidade necessidades que não podem ser apenas consideradas isoladamente pelos Estados, desde que é necessária a *coordenação de esforços*”<sup>31</sup>. Mas essa coordenação deve ser feita de forma equilibrada e tolerante em relação à capacidade e às condições dos grupos menores (heterogeneidade), de sorte que, em sendo eventualmente consolidada a comunidade mundial, ou o Estado Único, este não se converta em opressor das comunidades menores nele abrangidas. “As propostas de um mundo homogeneizado, do Estado-nação ou do Estado Federal, não podem assentarem categorias institucionalizadas, esquecendo-se das comunidades menores. A organização temporal da sociedade e do mundo parte da proclamação da igualdade essencial dos homens, favorecedora da comunicação fraternal entre os seres humanos, através de políticas conciliatórias entre as nações, o Estado e as comunidades inferiores ou primárias, no que diz respeito às suas origens. **O princípio de subsidiariedade, na ordem internacional ou na ordem interna de cada Estado, toma como pressuposto essencial a consideração das entidades menores.** (...). A convivência das estruturas nacionais, com a supranacional é vista através do respeito ao princípio da subsidiariedade. O supergoverno mundial seria legitimado pelo cumprimento do princí-

<sup>30</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

<sup>31</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35.

pio de subsidiariedade, respeitando o que, por sua própria conta, façam ou possam fazer os Estados”<sup>32</sup>.

O princípio da subsidiariedade, assim, está embutido em todos os projetos de integração regional. Está no Tratado de *Maastricht* (União Européia). Inspirou o tratado de formação do MERCOSUL. “Os estados-membros confiam às instituições comuns, nos termos do princípio da subsidiariedade, as competências necessárias para manter as tarefas que podem realizar, de maneira mais satisfatória do que os estados isoladamente”<sup>33</sup>. Demais disso, o princípio da subsidiariedade também se materializa e tem particular relevância no contexto dos instrumentos de proteção dos direitos humanos. Sublinhe-se, nesse tocante, a regra da “aplicação da norma mais favorável”, na qual está pressuposta um alto grau de coordenação entre o direito nacional dos Estados e o direito internacional, com vistas à perfectibilização, em nível ótimo, do objetivo pretendido (resguardo dos direitos de humanidade). Destarte, independentemente de se tratar de direito interno ou de direito internacional, ou de serem eles conflitantes, deve ser aplicada a norma que expresse o maior nível de favorecimento dos direitos humanos.

No contexto do direito interno, é evidente a força influenciadora do princípio da subsidiariedade, podendo ser realçado, no caso brasileiro, tratar-se de princípio diretor da recente reforma administrativa, baseada na figura do Estado Subsidiário<sup>34</sup>, que resultou no afastamento do Estado-agente em relação àque-

---

<sup>32</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 35-36. Negritos que não estão no original.

<sup>33</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 72.

<sup>34</sup> Convém sublinhar que alguns autores utilizam a expressão “Estado subsidiário” como sinônimo de “Estado mínimo”. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, contudo, apresenta salutar distinção: “Não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo; neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal, naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e da livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 31. Segundo BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 48: “a subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável. O princípio de subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de ante-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado. A inversão da fórmula, contrariando a subsidiariedade, leva a uma posição estatista”.

las atividades de índole eminentemente privada (diminuição do volume do Estado, mediante processos de privatização), e na ênfase à parceria entre o público e o privado (repartição de poderes entre o Estado e a sociedade. Acerca dessa concepção de Estado, resume, com primor, José Alfredo de Oliveira BARACHO:

*A colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade. O Estado não pode ser considerado como corpo estranho, no qual os cidadãos são vistos burocraticamente. Suas atividades precisam ser compreendidas, em relação às comunidades menores e aos particulares.*

(...)

*O princípio da subsidiariedade, visto em confronto com a noção de Estado, na teoria do controle, deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramento do Estado através das coletividades secundárias. A natureza dessas coletividades impõe que sejam as mesmas depositárias de certas parcelas de poder público, principalmente em nível local.*

(...)

*O princípio de subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competências entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio da subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo em que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio da subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social<sup>35</sup>.*

<sup>35</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 40 e 48/49.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta as idéias inerentes ao princípio da subsidiariedade:

*De um lado, de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, têm primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em conseqüência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira idéia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente<sup>36</sup>.*

A parceria liga-se, assim, à compreensão de comunidade, que, por seu turno, refere-se à organização concertada (com repartição de tarefas e encargos e compartilhamento dos benefícios) e ao controle mútuo. A associação entre Estado e sociedade se sustenta, em suma, no respeito ao senso de que o ente estatal – o “grupo maior” – deve admitir e incitar a capacidade produtiva e distributiva das instituições organizadas pela sociedade – “grupos menores” – seja em razão de retratarem estes, mais fidedignamente, os anseios da comunidade que eles representam e da qual estão mais próximos, seja em virtude do próprio reconhecimento, pelo ente público, da impossibilidade de, sozinho, fazer frente a todas as necessidades que lhe são apresentadas. Em suma, define-se pelas idéias de composição e assistência. Fala-se, nesse contexto, numa “interdependência inevitável”, conceito segundo o qual “nenhuma entidade isolada possui todos os elementos necessários para abordar com eficácia uma necessidade social identificada”, de sorte que “a cooperação torna-se um pré-requisito para a eficácia”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

<sup>37</sup> AUSTIN, James E. *Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 25. Sobre o “direito de parceria”, v. WALD, Arnoldo, MORAES, Luiza Rangel de & WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, pp. 27/34.

A parceria abrange, segundo DI PIETRO – ao apreciar o conceito no âmbito do direito administrativo –, “todas as formas de sociedade que, sem formar um nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público”, manifestando-se como delegação (concessão e permissão de serviços públicos), fomento (convênio, contrato de gestão e termos de parceria), cooperação (terceirização) e desburocratização (administração gerencial)<sup>38</sup>.

Esse referencial teórico é personificado, pelo menos em tese, pelo terceiro setor<sup>39</sup>.

O terceiro setor compreende as organizações que não se enquadram nem no primeiro setor (Estado) e nem no segundo setor (mercado)<sup>40</sup>, revelando-se como manifestação da atuação da sociedade, especialmente através do trabalho voluntário, que se organiza e se estrutura com vistas à realização de atividades que não visam ao lucro, mas à satisfação de anseios públicos ou de interesse geral da coletividade. O primeiro setor corresponde às atividades conduzidas mediante exercício de poder coercitivo institucionalizado e burocratizado. O segundo setor relaciona-se às atividades desenvolvidas com intuito lucrativo. O terceiro setor, enfim, reúne as entidades que atuam sem fins lucrativos (ausência de caráter mercante, de modo que os resultados positivos, em termos financeiros, são reinvestidos na própria atividade), mas que não se ligam ao aparelhamento estatal, nem estão presas às suas amarras – mesmo porque são pessoas privadas –, não obstante se dediquem à prestação de serviços que, por sua índole, são serviços públicos, e patrocinem o bem comum. “Expressa uma alternativa para as desvantagens tanto do mercado, associadas à maximização do lucro, quanto do governo, com sua burocracia inoperante. Combina a flexibili-

---

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33.

<sup>39</sup> Fala-se em hipótese, porquanto, como será visto mais adiante, os instrumentos nos quais tem se materializado o Terceiro Setor vêm se apresentando com distorções significativas em relação aos processos de instituição e às funções que deveriam exercitar, bem como no tocante ao papel que competiria ao Estado nesse novo modelo de administração dos interesses públicos.

<sup>40</sup> Há autores (especialmente os americanos) que afirmam que o primeiro setor corresponde ao mercado, enquanto o segundo setor é retratado pelo Estado. Essa variação deve-se à opção doutrinária quanto à definição de que setor é o primogênito historicamente ou de que setor se impõe pela saliência no contexto social. Sobre a observação, v. COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 39.

dade e a eficiência do mercado com a equidade e a previsibilidade da burocracia pública”<sup>41</sup>.

Luiz Carlos Bresser PEREIRA e Nuria Cunill GRAU denominam de terceiro setor o “setor produtivo público não estatal” – ou simplesmente o “público não-estatal” – “são organizações ou formas de controle ‘públicas’ porque voltadas ao interesse geral; são ‘não-estatais’ porque não fazem parte do aparato do Estado”. Afirmam, os autores, a existência de “quatro esferas ou formas de propriedade relevantes no capitalismo contemporâneo”: a) a **pública estatal**, detentora do poder de Estado, respeitante às atividades tipicamente estatais, que o Estado executa por serem manifestação de seu poder soberano (justiça, legislação, polícia); b) a **pública não-estatal** (terceiro setor), “voltada para o interesse público, não tem fins lucrativos, ainda que regida pelo direito privado”; c) a **corporativa**, também sem intuito lucrativo, mas dedicada, restritamente, à promoção dos interesses de um setor ou grupo limitado; d) a **privada**, movida pelas possibilidades de lucro<sup>42</sup>. Realçam, ademais, quanto ao terceiro setor, que ele cumpre um duplo papel: a) de democratização, em termos de revelação da importância da sociedade, não apenas como cliente do Estado, mas também na definição da vontade estatal e no seu controle; b) e de atribuição de responsabilidades à sociedade na perfeição das suas necessidades<sup>43</sup>. Apontam, ainda, como vantagens do público não-estatal, no tocante à produção social, a ampliação, quantitativa, da oferta de serviços públicos, cuja qualidade, por outro lado, é garantida pelo próprio sentido da voluntariedade que norteia as organizações do terceiro setor; a desburocratização da gestão dos serviços, com a flexibilização dos instrumentos correlatos (maior discricionariedade se comparado com os agentes da esfera pública estatal); formação da responsabilidade do administrador e dos agentes da organização pública não-estatal.

<sup>41</sup> COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 58. Para CAMARGO, Mariângela Franco et al. Gestão do Terceiro Setor no Brasil. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 15, o terceiro setor seria um “‘meio-termo’ do ambiente político-econômico, intermediando as relações entre o Estado e o mercado no que tange às questões da melhoria social. Seu principal mérito é agregar modelos organizacionais eficientes aos seus objetivos voltados à filantropia”. Há, ainda, que atribua à expressão terceiro setor a identificação dos marginalizados e excluídos. V. PINTO, Luiz Fernando da Silva. Gestão-Cidadã. Ações Estratégicas para a Participação Social no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p.19. Por fim, há autores que empregam o termo terceiro setor como sinônimo de organizações não-governamentais (ONGs).

<sup>42</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 16/17.

<sup>43</sup> Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 30.

James AUSTIN defende que “o século XXI será a *era das alianças*”<sup>44</sup>, a era das relações de cooperação, às quais, mais do que um sentido altruísta, se confere uma compleição estratégica. De fato, a colaboração entre Estado e sociedade civil, encarnada na forma de entidades privadas sem fins lucrativos prestadoras de serviço público, deveria ser percebida, não simplesmente como forma de melhor atender às expectativas sociais relacionadas à satisfação do interesse público, mas como mecanismo que possa contribuir para o desenvolvimento nacional, tomado este em sentido mais alargado, através da conscientização da co-responsabilidade pela *res publica*.

No Brasil, tem-se buscado corporificar o terceiro setor nas organizações sociais – OSs, criadas, no âmbito federal, pela Lei nº 9.637, de 15.05.1998, e nas organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, instituídas, também na esfera federal, pela Lei nº 9.790, de 23.03.1999, cujos instrumentos de parceria são o contrato de gestão e o termo de parceria, respectivamente.

Passemos às origens do atual modelo brasileiro de terceiro setor.

## **2. ANTECEDENTES.**

Definido o terceiro setor – entidades particulares, sem fins lucrativos, que se destinam à prestação de serviços de interesse público –, pode-se destacar as formas pelas quais ele tem se materializado no ambiente jurídico brasileiro. Nessa direção, aponta-se, na esfera federal, para as organizações sociais e para as organizações da sociedade civil de interesse público, títulos específicos com os quais o Poder Executivo, nos moldes em que autorizado pelas Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99, poderá qualificar pessoas jurídicas de direito privado, que atuam na área dos serviços sociais ou serviços não-exclusivos de Estado, sem escopo lucrativo, porquanto unicamente voltadas à promoção do interesse público. Dessa qualificação e da pactuação de contrato de gestão ou termo de parceria – conforme o caso –, decorrerá a atribuição de certas vantagens e benefícios, a título de fomento, pelo Estado às organizações distinguidas por sua condição de prestadoras de serviços socialmente relevantes.

Convém ressaltar que, não obstante a instituição desses dois tipos de organização – que em muito se aproximam, conforme será visto mais adiante –

---

<sup>44</sup> AUSTIN, James E. *Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 17.

seja algo recente, a idéia que as embasa já foi exercitada em oportunidades anteriores, bem como encontra precedentes em outros ordenamentos jurídicos. Eis o que se pretende agora apontar.

## **2.1. UM POUCO DE DIREITO COMPARADO: O CONCERTO SOCIAL NOS ESTADOS UNIDOS.**

Não se objetiva, neste item, esmiuçar, com todos os detalhes, as características que o terceiro setor assume no ordenamento jurídico americano. Buscasse, tão-somente, tecer algumas considerações sobre o terceiro setor, para fins de definição de bases de confrontação com as organizações sociais brasileiras. A seleção da ordem jurídica americana se justifica por se constituir em “parâmetro mundial de comparação”, haja vista serem os Estados Unidos “o país onde o terceiro setor mais se desenvolveu, em virtude (...) de uma cultura política voltada para o associativismo e o voluntarismo”<sup>45</sup>.

Simone de Castro Tavares COELHO, analisando o modelo americano, numa perspectiva político-sociológica, destaca que três são as concepções desenvolvidas acerca do relacionamento entre Estado e sociedade civil, nos EUA: a) o Estado continua a deter a iniciativa da ação voltada à solução dos problemas sociais, apenas sendo recomendável o enxugamento da máquina estatal (OSBORNE & GAEBLER); b) o Estado deve ter as atividades de sua incumbência consideravelmente reduzidas (Estado mínimo), com transferência efetiva de poderes de atuação para a comunidade (EGGERS & O’LEARY); c) entre o Estado e a sociedade civil deveriam ser admitidas estruturas mediadoras (como associações de bairro, igrejas, família, associações voluntárias), porquanto elas representariam as reais necessidades dos indivíduos (BERGER & NEUHAUS). Não obstante as diferenças teóricas entre elas, a autora afirma que as três teses se aproximam no ponto em que consideram relevante o encurtamento da distância existente entre Estado e sociedade civil<sup>46</sup>. Mais que isso, os estudiosos têm notado a necessidade de coordenação entre todos os setores (Estado, mercado

<sup>45</sup> COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, p. 21. Também traçando um paralelo entre os dois países, v. BRANCO, Vera Sylvia Venegas Falsetti. “Imunidade Tributária e Terceiro Setor (Filantrópico): Por Maior Transparência e Regulamentação”. In Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. N. 26. Jan./Mar., 1999, pp. 31-42.

<sup>46</sup> Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, pp. 45/55.

e sociedade civil). Especificamente, acerca da “cooperação intersetorial entre organizações com fins lucrativos e empresas do terceiro setor”, James AUSTIN analisa que, “nos Estados Unidos, as administrações Reagan, Bush e Clinton conclamaram as empresas com fins lucrativos e as organizações do terceiro setor a assumir um papel maior na resolução dos problemas da sociedade. Essa mudança de mãos das responsabilidades sociais está intensificando cada vez mais as exigências sobre os setores industriais e os setores sem fins lucrativos, pressionando-os a cooperar”<sup>47</sup>. Isso demonstra o grau de desenvolvimento assumido pelo terceiro setor americano.

Simone de Castro Tavares COELHO ressalta, ainda, que, nos EUA, as organizações qualificadas como *public charities* – ou seja, as que se destinam a realizar um fim público ou de utilidade pública e nas quais 5% dos serviços, pelo menos, são prestados gratuitamente –, são destinatárias de subsídios governamentais (em maior escala, se comparado com o caso brasileiro), bem como caracterizam-se como resultado de uma participação maciça da comunidade, atuando na esfera do voluntariado, sendo este um aspecto marcante da sociedade americana (comparativamente, no Brasil, a “ação espontânea”, em verdade, tem sido assinalada pela implementação de políticas estatais de estímulo).

Desse envolvimento maior da comunidade, bem como considerando uma forma de atuação mais comercial (inclusive com cobrança de taxa dos usuários, a partir sobretudo do corte de verbas estatais destinadas às organizações), decorre o fato de que as *nonprofit organizations* (organizações sem fins lucrativos) americanas passaram a apresentar lucros significativos e a concorrer com as empresas do segundo setor (mercado), o que gerou a acentuação das políticas estatais de fiscalização. Por outro lado, as entidades brasileiras tem se caracterizado pela dependência expressiva em relação aos recursos de origem governamental e pela gratuidade dos serviços (ou cobrança de valores irrisórios) a que se dedicam, além do que o voluntariado no Brasil ainda demonstra carências<sup>48</sup>.

Ainda comparando os dois sistemas, a autora sublinha os seguintes aspectos – dentre outros: a) no caso brasileiro, o terceiro setor é dirigido à satisfa-

---

<sup>47</sup> AUSTIN, James E. *Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001, p. 23.

<sup>48</sup> Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, pp. 60/66. Sobre voluntariado, v. PEREZ, Clotilde & JUNQUEIRA, Luciano Prates (orgs.). *Voluntariado e a Gestão das Políticas Sociais*. São Paulo: Editora Futura, 2002.

ção das necessidades da população carente; nos EUA, a clientela do terceiro setor são grupos sociais, incluem ou não os mais carentes, o que é expressão da própria cultura americana; b) em ambos os países, as organizações do terceiro setor são eminentemente urbanas; c) o terceiro setor, no Brasil, sofre forte influência política e religiosa, enquanto, nos EUA, está centrado em valores fundamentalmente sociais; d) “a estrutura formal existente nas entidades americanas é mais integrada à instituição do que a das brasileiras, nas quais sua atuação tem mais o sentido de cumprir uma formalidade”; e) no tocante aos profissionais que atuam no terceiro setor, nos EUA são mais qualificados e preocupados com o aspecto gerenciamento; no Brasil, são menos qualificados e particularmente concentrados nas atividades-meio; f) o trabalho voluntário é mais expressivo na realidade americana<sup>49</sup>.

## **2.2. NO BRASIL: AS ENTIDADES DE UTILIDADE PÚBLICA E DE FINS FILANTRÓPICOS E OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS.**

O incitamento à iniciativa da sociedade civil, através da atribuição de títulos distintivos, por meio dos quais as correspondentes organizações tivessem acesso a benesses conferidas pelo Estado, em virtude de atuarem na prestação de serviços de interesse público ou na promoção do bem comum, pode ser vislumbrado, inicialmente, com a previsão legal de concessão do denominado **título de utilidade pública**, através da Lei nº 91, de 28.08.1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 02.05.1961, título este decorrente de ato do Ministro da Justiça, de acordo com delegação de competência do Presidente da República (Decreto nº 3.415, de 19.04.2000).

Nos termos da Lei nº 91/35, as sociedades civis, associações e fundações constituídas no Brasil, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade (portanto, destituídas de interesse lucrativo), podem ser declaradas de utilidade pública – a pedido ou *ex officio* –, desde que preencham cumulativamente os seguintes requisitos: tenham personalidade jurídica, estejam em efetivo funcionamento, dediquem-se à servir altruisticamente a coletividade, não remunerem os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos (art. 1º). Especificando essas condições, o Decreto nº 50.517/61 estabeleceu que as entidades pretendentes ao título devem comprovar: “a) que se

---

<sup>49</sup> Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2a ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002, pp. 105/144.

constitui no País; b) que tem personalidade jurídica; c) que esteve em efetivo e contínuo funcionamento, nos três meses imediatamente anteriores, com exata observância dos estatutos; d) que não são remunerados, por qualquer forma, os cargos de diretoria e que não distribui lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretextos; e) que, comprovadamente, mediante apresentação de relatórios circunstanciados nos três anos do exercício anteriores à formulação do pedido, promove a educação ou exerce atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, ou filantrópicas, estas de caráter geral ou indiscriminado, predominantemente; f) que seus diretores possuam folha corrida e moralidade comprovada; g) que se obriga a publicar, anualmente, a demonstração de receita e despesa realizadas no período anterior, desde contemplada com subvenção por parte da União, neste mesmo período” (art. 2º). Por outro lado, uma vez declaradas de utilidade pública, as entidades ficam obrigadas a, anualmente, apresentarem relatório circunstanciado dos serviços que tiverem sido prestados, por elas, à coletividade (art. 4º, da Lei nº 91/35), devidamente acompanhado do demonstrativo da receita e da despesa realizada no período, ainda que não tenham sido subvencionadas (art. 5º, do Decreto nº 50.517/61).

O art. 3º, da Lei nº 91/35, reza que “nenhum favor do Estado decorrerá do título de utilidade pública, salvo a garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça, e a da menção do título concedido”. Assim, num primeiro momento, o título de utilidade pública tinha função, unicamente, de estabelecer uma condição de honorificência. Essa previsão, contudo, não foi repetida no Decreto nº 50.517/61. Leis posteriores estabeleceram benefícios a serem gozados pelas entidades que estivessem enquadradas como de utilidade pública. Eduardo SZAZI cita as referidas vantagens:

- *possibilidade de oferecer dedução fiscal no imposto de renda, em doações de pessoas jurídicas;*
- *acesso a subvenções e auxílios da União Federal e suas autarquias;*
- *possibilidade de realizar sorteios, desde que autorizada pelo Ministério da Justiça*<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> SZAZI, Eduardo. Terceiro Setor: Regulação no Brasil. 2a ed. São Paulo: Peiropólis, 2001, p. 91.

O título de utilidade pública também garante, às entidades beneficentes de assistência social, a isenção das contribuições a cargo da empresa, devidas ao INSS, desde que preenchidos os demais requisitos previstos no art. 55, da Lei nº 8.212/91. Dentre esses outros requisitos, conta o de que a pessoa jurídica deve ser portadora do certificado e do registro de entidade de fins filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, com renovação a cada três anos.

Consoante dispõe o art. 18, III e IV, da Lei nº 8.742/93, compete ao CNAS “fixar normas para a concessão de registro e certificado de fins filantrópicos às entidades privadas prestadoras de serviços e assessoramento de assistência social”, bem como “conceder atestado de registro e certificado de entidades de fins filantrópicos, na forma do regulamento a ser fixado”.

**O certificado de entidade de fins filantrópicos** será obtido através do cumprimento das determinações constantes do Decreto nº 2.536, de 06.04.1998, alterado pelo Decreto nº 3.504, de 13.06.2000, e da Resolução CNAS nº 177, de 10.08.2000. Inicialmente, é de se notar que apenas fazem jus ao certificado de entidade de fins filantrópicos, que é válido por três anos e renovável, as entidades beneficentes de assistência social, assim compreendidas as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que se dediquem a: “proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; amparar crianças e adolescentes carentes; promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência; promover, gratuitamente, assistência educacional e de saúde; promover a integração no mercado de trabalho” (art. 2º, do Decreto nº 2.536/98), bem como a “promover o atendimento e o assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica de Assistência Social e a defesa e garantia de seus direitos” (art. 2º, da Resolução nº 117/2000). Tais entidades deverão demonstrar, em suma, nos três anos imediatamente anteriores ao requerimento, cumulativamente: que estão legalmente constituídas no País e em efetivo funcionamento; que estão previamente inscritas no Conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede, se houver, ou no Conselho Estadual de Assistência Social, ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal; que estão previamente inscritas no CNAS; que aplicam suas rendas, recursos e resultados operacionais integralmente no território nacional e na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais; que aplicam as subvenções e doações recebidas nas finalidades a que estejam vinculadas; que aplicam, anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de loca-

ção de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruída; que não distribuem resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto; que não remuneram ou concedem vantagens a seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, em razão das suas atividades; que destinam, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública; que não constituem patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social; que sejam declaradas de utilidade pública (art. 3º, do Decreto nº 2.536/98). Depreende-se do enumerado que a obtenção do certificado pressupõe a anterior aquisição do registro no CNAS, nos moldes do determinado na Resolução CNAS nº 31, de 24.02.1999.

Afora essas experiências, reputa-se que a grande inspiração para as OSs e OSCIPs foram os **serviços sociais autônomos**<sup>51</sup>, assim compreendidas as pessoas jurídicas de direito privado (fundações, sociedades ou associações), sem intuito lucrativo, que, situando-se ao lado do Estado, com ele cooperam, na execução de interesses públicos. São tipificados como entidades paraestatais. Hely Lopes MEIRELLES os define como “todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”<sup>52</sup>. Deles são exemplos as entidades componentes do “Sistema S” (SENAI, SENAC, SESC, SESI, SEBRAE, SENAT). O que vai distinguir os serviços sociais autônomos das organizações sociais é, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a prestação ou não de serviço público:

*Comparando essas entidades [serviços sociais autônomos] com as organizações sociais, verifica-se que, naquelas, o Estado não abriu mão da execução de serviço público que a lei lhe atribuiu, nem extinguiu qualquer de seus órgãos ou entidades. O Estado manteve intactas suas atividades e entidades e apenas **fomentou, ajudou, subsi-***

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 219.

<sup>52</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26a ed. Atual. por Azevedo, Eurico de Andrade et al. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 353/354.

*diou a iniciativa privada na instituição de entidades que iriam exercer serviços de interesse público (**não serviço público**), instituindo, para esse fim, contribuição parafiscal para ajudá-las em sua atividade. No caso das organizações sociais, o Estado está delegando uma atividade sua, deixando de exercê-la; está extinguindo uma entidade pública para, em seu lugar, deixar nascer uma entidade privada. No caso dos serviços sociais autônomos, surge uma entidade paraestatal, que vai funcionar paralelamente ao Estado; no caso das organizações sociais, há uma substituição de uma entidade pública, que vai desaparecer, por uma entidade privada (dita “**pública não estatal**”).*

*Os serviços sociais autônomos exercem atividades sociais não exclusivas do Estado, porém em colaboração com o poder público e sem perder, o serviço, a natureza de atividade privada de interesse público.<sup>53</sup>*

Outra fonte de aproximação apontada é o **Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais**, instituição criada pela Lei nº 8.246, de 22.10.1991, em substituição à Fundação das Pioneiras Sociais, extinta na mesma oportunidade. Cuida-se de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, reputada de interesse coletivo e de utilidade pública, que se destina a “prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde em cooperação com o Poder Público” (art. 1º, da Lei nº 8.246/91 e do Decreto nº 371/91), cuja gerência é supervisionado pelo Ministério da Saúde, através de contrato de gestão (instrumento de definição de balizas) firmado entre ela e a União.

Acerca da natureza da entidade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que ela não poderia ser corretamente enquadrada como um serviço social autônomo, avizinhandose mais do modelo de organização social que se pretendeu adotar atualmente. Mais que isso, destaca que a Associação das Pioneiras Sociais - APS não possui um patrimônio ou recursos próprios, vivendo unicamente de dotações orçamentárias da União, administra bens e dinheiro públi-

---

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 221/222. Negritos que estão no original.

cos, bem como que apresenta outras características que a identificariam como pessoa integrante da administração pública indireta. Expõe que, como o Estado não teria pretendido atribuir à APS a condição de componente da administração pública indireta, e não sendo ela propriamente serviço social autônomo, a entidade estaria, em consequência, numa situação irregular, representando forma deplorável de parceria, concebida unicamente para garantir a não incidência das normas do regime jurídico de direito público<sup>54</sup>. Também cotejando as entidades do sistema “S” com a APS, Fernando Facury SCAFF acentua que a diferença entre os dois seria palpável, tendo em conta que, nos serviços sociais autônomos, a autonomia seria muito mais acentuada, dado que “seus recursos têm origem distinta da orçamentária”, enquanto que, nas Pioneiras Sociais, existiria “tão-somente um rótulo de Serviço Social Autônomo, mas nenhuma autonomia frente ao orçamento público”, “uma contrafação, um simulacro de descentralização”<sup>55</sup>.

O Tribunal de Contas da União, entretanto, já se manifestou no sentido de que a Associação das Pioneiras Sociais teria a natureza de serviço social autônomo (Decisão nº 66/2000, no Processo nº 014.877/1999-6, sessão de 09.02.2000). Disse mais que “o regime do contrato de gestão instaurado pela Lei nº 8.246/91 visou, em primeiro lugar, a restabelecer amplitude mais razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir os recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser desenvolvidas, com vistas a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário” (Acórdão nº 112/1995, no Processo nº 014.236/94-0, sessão de 06.09.95). Na decisão TCU nº 24/1993 (Processo nº 010.982/92-2, sessão de 17.02.93), fez-se referência à Exposição de Motivos nº 57/GM, de 28.05.1991, firmada pelo Ministro da Saúde, relativa à Lei nº 8.246/91, da qual importa transcrever o seguinte trecho, porquanto revela as razões governamentais para a criação da entidade e a definição do contrato de gestão como mecanismo de acompanhamento governamental quanto às suas atividades:

*Excelentíssimo Senhor Presidente da República,  
O Hospital Sarah Kubitschek, da Fundação das Pioneiras Sociais, é*

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 223/224.

<sup>55</sup> SCAFF, Fernando Facury. “Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado”. In Revista de Direito Administrativo. N. 225. Jul./Set., 2001, pp. 286/287.

*uma das poucas instituições governamentais que escapou do processo de decadência da rede pública de assistência médica. Como fundação instituída em virtude de lei, a entidade sempre operou com recursos do Orçamento da União, única forma de atender gratuitamente à população, sem distinções.*

*Entretanto, como a Constituição de 1988 caracterizou tais instituições como “fundações públicas” e a elas estendeu o “regime jurídico único” em matéria de pessoal, os hospitais da Fundação das Pioneiras se transformarão em repartições públicas.*

*A aplicação desse modelo de organização ao setor de saúde não se pode fazer de maneira indistintamente generalizada.*

*(...)*

*Os administradores dos hospitais, além disso, devem ter segurança na continuidade dos planos e programas de atividades e autonomia para executá-los. Para isso, o processo de escolha dos dirigentes das instituições gestoras dos hospitais deve ser defendido de ingerências externas.*

*Esses pressupostos, que vigoravam até agora na Fundação das Pioneiras Sociais, desaparecerão com a adoção do regime jurídico único e a conseqüente degradação dos seus atuais padrões de assistência. Para evitar esse desastre, “é preciso manter o regime de entidade privada na administração dos hospitais da Fundação das Pioneiras Sociais”. Para isso propomos a Vossa Excelência implantar e testar, nesse conjunto hospitalar, um novo modelo de organização que, ao preservar o seu alto padrão de serviços, criará um instrumento renovador da ação do Estado no setor de saúde.*

*Esse modelo se baseia no contrato de gestão, a ser firmado pelo Ministério da Saúde com entidades privadas sem fins lucrativos, para que essas entidades administrem os hospitais públicos segundo planos, diretrizes e objetivos pré-estabelecidos. Os planos serão custeados com recursos governamentais, e fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União. A Secretaria de Administração Federal definirá os termos do contrato, assegurando liberdade administrativa às entidades privadas contratadas, caracterizadas juridicamente como serviços sociais autônomos, de direito privado.*

*Para implementar esse novo modelo, é necessário extinguir a Fundação das Pioneiras Sociais e adotar disposições de acordo com o*

*acima descrito, cuja implementação seria conduzida pelos integrantes do atual Conselho Comunitário da Fundação (...), que passariam a compor o Conselho de Administração da nova Associação (...).*

Interpretando a Exposição de Motivos, para fins de esclarecimento acerca do disciplinamento a ser dado aos procedimentos licitatórios da Associação das Pioneiras Sociais – se estariam ou não submetidos aos arts. 85 e 86, do Decreto-lei nº 2.300/86 –, o TCU, no Processo nº 010.982/92-2, em que foi relator o Ministro Luciano Brandão Alves de SOUZA, manifestou-se contrariamente às conclusões da Unidade Técnica e do Ministério Público, que entenderam pela submissão dos serviços sociais autônomos, inclusive da APS, às normas de administração financeira da Administração Pública, nos seguintes termos:

*À vista dessas justificativas, parece-nos lícito inferir que, ao propor a criação da APS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, a intenção do Governo Federal, homologada pelo Congresso Nacional, foi, principalmente, conferir à entidade natureza jurídica que lhe permitisse atuar sem a incidência de preceitos incompatíveis ou de aplicação desaconselhável em instituições com essas características e finalidades.*

*Buscou-se, sem dúvida, o equilíbrio ideal entre a autonomia da entidade – imprescindível para garantir-lhe a mobilidade que inspirou sua criação – e os controles mantidos pelo Poder Oficial, visando assegurar o cumprimento dos fins públicos, de natureza médico-hospitalar, que presidem a existência da organização.*

*Não podemos desconhecer que a flexibilidade gerencial é inerente ao modelo organizacional previsto na Lei nº 8.246/91, cuja formulação se baseia no contrato de gestão. Sua implementação pressupõe o cumprimento, pela APS, de objetivos previamente definidos em plano operacional elaborado em consonância com o estabelecido na Lei nº 8.080/90, que regulamentou as ações e serviços de saúde em todo o território nacional e instituiu o Sistema Único de Saúde, nos termos dos arts. 197 e 198 da Constituição Federal.*

*Inegavelmente, eventuais barreiras ou exigências burocráticas, quando não situadas em grau razoável e indispensável, poderão prejudicar ou inviabilizar os resultados perseguidos com o inovador método*

*institucional criado à vista da importante função governamental de prestar assistência médico-hospitalar quantificada e gratuita a todos os níveis da população.*

(...)

*Todo esse modelo característico da Associação das Pioneiras Sociais parece-nos plenamente compatível com a sua atual situação jurídica. Trata-se de entidade autônoma que atende ao processo de descentralização por cooperação. É diferente, portanto, das pessoas administrativas resultantes do processo de descentralização institucional, e que compõem a Administração Indireta.*

(...)

*Temos para nós que a Associação das Pioneiras Sociais não é destinatária das regras impostas pelo art. 86 do Decreto-lei nº 2.300/86. Salvo quanto aos princípios básicos expressamente anunciados no art. 3º do citado Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos, a teor das normas específicas contidas na Lei nº 8.246/91 (art. 3º - XV) e na regulamentação objeto do Decreto nº 371/91 (art. 11).*

Pronunciando-se sobre o voto do Relator, o Ministro Presidente Carlos Átila Alves da SILVA assim se expressou:

*A formulação a que confere a esse contrato de gestão abre um campo excepcional. É diferente desses contratos de gestão que estão sendo assinados, por decisão do Poder Executivo, com empresas estatais e sociedades de economia mista [refere-se aos contratos de gestão firmados com supedâneo no Decreto nº 137, de 27.05.91], porque me parece que nesses casos continua prevalecendo a íntegra do Decreto-lei nº 2.300, vez que não se altera por Decreto o regime inscrito em lei e essas entidades continuam integrando a administração indireta, se estendendo, portanto, a elas todo o complexo normativo previsto para os quatro gêneros de entidades da administração indireta especificados no art. 4º do Dec.-Lei 200. Já o caso desses entes de cooperação – como os tratadistas os classificam, citados pelo Ministro-Relator – o caso dessas entidades é diferente porque a elas se estendem o normativo mais genérico. De forma que é uma colocação extremamente feliz diferenci-las exclusivamente ao art. 3º do Decreto-lei 2.300. Não só o Dec.-Lei 2.300 como a própria Constituição subordina todos os atos administrativos de entidades governamentais ou paraestatais ao princí-*

*pio da publicidade, moralidade, etc, que são incorporados ao Decreto-lei 2.300, art. 3º, de forma que, realmente, eu creio que estabelece uma linha muito original e muito importante para que esse contrato de gestão possa prosperar.*

A idéia, por conseguinte, que norteou a instituição da APS foi a de garantir maior liberdade à entidade, no sentido de desobrigá-la de certas exigências normativas impostas às instituições dedicadas à exercitação de serviços de interesse geral da coletividade. Compreendeu-se que a manutenção de certos procedimentos burocráticos constituiria um empecilho ou um complicador para a adequada prestação de certas atividades de fins públicos, de modo que se imporia a flexibilização de gerenciamento das instituições em comento. O germe das organizações sociais, então já implantado, se desenvolvia.

Celso Antônio Bandeira de MELLO historia que a primeira menção ao termo organizações sociais se deu com o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, segundo o qual o INSS poderia firmar convênios, acordos ou contratos com organizações sociais. Através da MP nº 1.591, de 09.10.1997, regulou-se a matéria, sendo ela reeditada várias vezes, posteriormente substituída pela MP nº 1.648-6, de 24.03.1998, até ser convertida na Lei nº 9.637, de 15.05.1998. Antes, contudo, em 10.10.1997, foi editado o Decreto nº 2.344, que instituiu o processo de inventário de entidades estatais em extinção a serem transformadas em organizações sociais<sup>56</sup>. Esse apanhado concerne ao âmbito legislativo. Em sede de Executivo, entretanto, as organizações sociais foram mencionadas, em meados de 1995, com o lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no qual elas foram definidas como “entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária”<sup>57</sup>.

### **3. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (LEI Nº 9.637, DE 15.05.1998).**

A possibilidade de qualificação de entidades como Organização Social – OS, na esfera federal, foi instituída através da Lei nº 9.637, de 15.05.1998, que,

---

<sup>56</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 154/155.

<sup>57</sup> Trecho do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, transcrito em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 212.

simultaneamente, autorizou a criação, pelo Poder Executivo, via decreto, do Programa Nacional de Publicização – PNP e dispôs sobre a extinção de órgãos e entidades públicas, com a assimilação de suas atividades pelas organizações sociais.

O mencionado PNP corresponde, num primeiro momento, ao conjunto de medidas a serem adotadas com vistas à transmissão e ao espargimento dos serviços públicos não exclusivos de Estado, às instituições privadas reconhecidas como mais capacitadas a desenvolvê-los, desobrigando-se o Estado de exercê-los diretamente. Segundo os ditames da lei, o PNP concerne ao estabelecimento de “diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas áreas referidas no art. 1<sup>o</sup><sup>58</sup>, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I – ênfase no atendimento ao cidadão-cliente; II – ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III – controle social das ações de forma transparente” (art. 20).

Iniciando, de logo, o programa de publicização dos serviços sociais, a Lei nº 9.637/98 (arts. 21 e 22) determinou a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron (integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ) e da Fundação Roquete Pinto (vinculada à Presidência da República). Em decorrência da extinção, o Poder Executivo foi autorizado a qualificar como organizações sociais as recém-nascidas, em evidente substituição, Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLuS e Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto – ACERP, bem como a permitir a incorporação das atividades de incumbência das entidades extintas pelas novas pessoas de direito privado prestadoras dos correlatos serviços sociais. De se ressaltar, outrossim, os efeitos decorrentes da extinção dos órgãos ou entidades públicos apontados, com a conseqüente assimilação das suas atividades pelas pessoas privadas, qualificadas de organização social. Nesse sentido, autorizou a lei que os servidores das entidades extintas, integrantes, em virtude da extinção, de quadros em extinção em outros órgãos ou entidades, fossem cedidos, com encargo para a origem, às organizações sociais, bem como que parcela dos recursos orçamentários, destinados aos órgãos ou entidades extintos, fosse reprogramada para o fomento das atividades sociais,

---

<sup>58</sup> Quais sejam: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

“assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social”. Mais que isso, a lei anuiu que a essa parcela fossem adicionados mais recursos “decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas”. Houve, por assim dizer, um remanejamento: as atribuições, assim como os bens, recursos e servidores das entidades públicas que desapareceram foram traspassados às pessoas jurídicas de direito privado criadas com essa finalidade específica de permutação.

Analisando-se o mencionado art. 20, da Lei nº 9.637/98 (associado às regras específicas dispostas nos arts. 21 e 22, do mesmo diploma legal), infere-se o caráter marcadamente artificial com que se assinalou as organizações sociais. Nasceram elas como designativos de pessoas jurídicas de direito privado, instituídas com feição nitidamente substitutiva de órgãos ou entidades de direito público, cujas atribuições devem ser incorporadas pelos novos agentes privados, através da celebração de contratos de gestão. Negou-se, por assim dizer, às organizações sociais, a espontaneidade de atuação da sociedade civil, elemento que está na base teórica das noções de parceria entre público e privado e de Estado subsidiário. De certo modo, o que se tem, segundo o sistema instituído por lei, é mecanismo voltado à permutação de entidades públicas por pessoas jurídicas de direito privado, sendo que estas – com criação compelida, irresistivelmente, pelo Estado – exercitarão as mesmas atividades anteriormente atribuídas àquelas, através de servidores e bens públicos e da utilização de recursos orçamentários, não estando, contudo, diferentemente do que ocorria com as primeiras, submetidas aos rigores das normas de direito público. Cuida-se de desvirtuamento gritante em relação às finalidades que se atribuem às organizações sociais, como entidades do terceiro setor. Acerca do processo de constituição das organizações sociais – e demonstrando o artificialismo das OSs – expõe Maria Inês BARRETO:

*Em linhas gerais, o processo de constituição de organizações sociais envolve sete etapas, a saber:*

- a decisão do governo;
- a criação da entidade pública não-estatal;
- a proposta de publicização;
- a aprovação legal;

- o inventário simplificado;
- a implementação do contrato de gestão;
- a gestão do contrato de gestão e
- a gestão das organizações sociais.

*Por iniciativa do Ministério interessado, este e o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – Mare propõem a publicização de atividade desempenhada por entidade estatal vinculada ao primeiro e, para essa finalidade, assinam protocolo de intenções, definem e instituem equipe para induzir o processo e aprovam o plano de trabalho.*

*A entidade estatal proponente do protocolo é incumbida de constituir nova entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado sem fins lucrativos [para a constituição é necessário: aprovação e registro do estatuto, instalação do conselho de deliberação superior e eleição da diretoria]. A questão crucial, nesse momento, reside na definição da composição e das atribuições de seu órgão de deliberação superior – com representantes do poder público e da sociedade –, que deterá exclusivamente o poder decisório da organização social assim constituída.*

*As etapas de publicização e aprovação legal consistem na elaboração e encaminhamento da proposta de publicização às instâncias de aprovação, quais sejam o Congresso Nacional e a Presidência da República. Nesse processo, o mais importante reside na negociação política dessa proposta no âmbito do Congresso.*

*Uma vez sancionada e publicada a lei, o presidente da República baixa decreto qualificando a entidade como organização social, determinando a realização de inventário simplificado e nomeando o inventariante. Além disso, abre créditos orçamentários destinados a viabilizar o funcionamento da nova organização. O processo de inventário simplificado resulta na transferência dos recursos orçamentários, humanos e patrimoniais da entidade estatal para o ministério supervisor, que deverá repassá-los à nova organização social. É interessante notar que, diferentemente dos casos de inventário tradicional, nesse processo simplificado as atividades são transferidas antes*

*do encerramento da entidade estatal, logo após o arrolamento de contratos, bem e pessoal.*<sup>59</sup>

As organizações sociais, cujo surgimento decorre de induzimento pelo Estado, em virtude da extinção de entidades públicas e da necessidade de que os serviços até então prestados por estas passem a ser exercitados por outros agentes, passam, na nova contextura que caracteriza a Administração Pública brasileira, a conviver com pessoas jurídicas de direito privado espontaneamente criadas pelos particulares para atender determinadas necessidades de feição pública, socialmente relevantes, em atuação complementar e não supressiva das incumbências do Estado. Esse cotejo traduz as distorções que se percebem no projeto de parceria concebido pelo Estado, rotulado de Programa Nacional de Publicização, em que, à sociedade civil, se confere unicamente (além da atribuição de co-financiamento) alguns assentos no conselho de administração da OS, sob o fundamento de que esses postos dão ensanchas ao controle social, no qual têm sido concentradas todas as responsabilidades pelo sucesso do programa.

Críticas vigorosas e pertinentes têm sido tecidas à Lei nº 9.637/98, cuja constitucionalidade, inclusive, foi contestada através de ações diretas de inconstitucionalidade<sup>60</sup>, ainda não apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Assevera-se que o Estado está buscando desincumbir-se de seus deveres, constitucionalmente definidos, chegando ao ponto de converter “serviço público” em “atividade privada de interesse público”, pela “transmutação” de entidades públicas em pessoas privadas. Contesta-se a alargada discricionariedade atribuída ao Estado na seleção das instituições que gozarão das benesses oriundas da qualificação como organizações sociais, bem como a desconsideração das normas constitucionais e legais com incidência exigida quando se trata de gestão de bens, dinheiro e servidores públicos. Essas questões serão objeto de mais detida análise em item seguinte. Por enquanto são colocadas como um referencial

<sup>59</sup> BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 123/124.

<sup>60</sup> V. ADIN 1923/DF, pendente de julgamento: após o Relatório, na sessão plenária de 24.06.99, o julgamento foi adiado por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), indeferindo o pedido de medida liminar, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim (sessão de 05.08.1999). V. também ADIN 1943/DF.

da análise, de modo que ao arcabouço teórico apresentado no início do trabalho se associem as práticas adotadas na realidade dos fatos.

De pronto, convém, ainda, advertir que a Lei nº 9.637/98 trata das organizações sociais no âmbito federal. Os Estados-membros poderão também, nas esferas de sua competência, instituir organizações sociais. Apenas como exemplo, é de se citar o caso do Estado de Pernambuco, que dispôs sobre a qualificação de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público através da Lei Estadual nº 11.743, de 20.01.2000, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 23.046, de 19.02.2001. Dentre as organizações sociais do Estado de Pernambuco, destaca-se, inclusive pelas referências internacionais, a Associação Núcleo de Gestão do Porto Digital – qualificado por meio do Decreto Estadual nº 23.212, de 20.04.2001 –, com atuação da área de tecnologia de informação e comunicação, com vistas ao desenvolvimento da economia digital. As *consideranda* desse decreto salientam a “necessidade de formação de parcerias que possibilitem a interação e cooperação entre universidades, órgãos e entidades públicas e privadas para a estruturação de um ambiente de negócios capaz de criar e consolidar empreendimentos de classe mundial em tecnologia da informação e comunicação”.

### **3.1. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS.**

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que se dedicam a atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, da Lei nº 9.637/98), assim qualificadas pelo Estado, com o qual celebram contrato de gestão, em que ao ente público cabe a condição de financiador e às organizações sociais o dever de alcançar os resultados almejados no prazo estipulado. São ditas organizações públicas não-estatais ou “organizações de propriedade pública que não pertencem ao Estado”<sup>61</sup>. Maria Coeli Simões PIRES define a organização social como “pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída como fundação ou associação civil, e qualificada, na forma da lei, pelo Poder Público, para serviços públicos não exclusivos ou de caráter competitivo nas áreas de ensino, pesquisa científica,

---

<sup>61</sup> MORALES, Carlos Antonio. “Provisão de Serviços Públicos através de Organizações Públicas Não-Estatais: Aspectos Gerais”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Refirma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 64.

desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, em sistema de parceria nos termos de contrato de gestão, de natureza administrativa<sup>62</sup>.

Note-se que não se está diante de uma nova entidade, mas sim de um título concedido pelo ente estatal como forma de garantir a identificação das instituições que, em razão das atividades que exercitam, devam ser subsidiadas, financiadas ou fomentadas.

DI PIETRO entende que as OSs – assim como as OSCIPs, os serviços sociais autônomos e as entidades de fins filantrópicos e de utilidade pública – são entidades paraestatais, tendo todas as mesmas características: a) são pessoas jurídicas de direito privado; b) com regime jurídico de direito privado, permeado por normas de direito público; c) sem fins lucrativos; d) prestam serviços não exclusivos de Estado; e) são destinatárias de medidas de estímulo implementadas pelo Estado, por, com ele, colaborarem; f) estão sujeitas a controle, inclusive pelo TCU, por gerenciarem dinheiro público<sup>63</sup>. Essa asseveração, contudo, não obscurece as especificidades que individualizam cada uma dessas instituições.

### **3.2. PROCESSOS DE QUALIFICAÇÃO E DESQUALIFICAÇÃO.**

Para fins de habilitação à qualificação como organização social, as entidades deverão cumprir os requisitos fixados na lei de regência (art. 2º). Assim, deverão comprovar o registro de seu ato constitutivo, no qual constem: a natureza social dos seus objetivos atinentes à área de sua atuação (dentre aquelas enumeradas no art. 1º); a finalidade não lucrativa; a previsão expressa de existência de um conselho de administração e de uma diretoria, com composição e atribuições; a previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior (conselho de administração), de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, selecionados segundo sua capacidade profissional e idoneidade moral; a aceitação de novos associados, em se tratado, a pessoa de direito privado, de associação; a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; a previsão de incorporação inte-

<sup>62</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. “Terceiro Setor e Organizações Sociais”. In Boletim de Direito Administrativo. Abril, 1999, p. 248.

<sup>63</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 211/212.

gral do patrimônio, dos legados e doações que lhe forem destinados, bem como dos excedentes financeiros, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

A qualificação como organização social é decisão que incumbe, discricionariamente, ao Poder Executivo, mais especificamente ao Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objetivo social e do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado. Trata-se de autorização que se defere segundo, unicamente, juízos de conveniência e oportunidade, diante do preenchimento dos requisitos expressos em lei. Pode-se afirmar que a outorga da qualificação é ato discricionário, quanto à utilidade e ao momento propício, mas, de outro ângulo, é ato vinculado ao preenchimento das condições impostas pela lei a autorizar o reconhecimento de uma organização social.

Esse é, por certo, como se destacará avante, um dos pontos que causam mais aversão aos doutrinadores. A discricionariedade conferida ao Poder Executivo e, mais especificamente, à parcela desse Poder, ausentes quaisquer critérios objetivos ou diretrizes de seleção e fiscalização, tem sido tratada como aniquiladora das conquistas do Estado Democrático de Direito, representadas, em particular, pelos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

A desqualificação, de outro lado, decorrerá do descumprimento das determinações constantes do contrato de gestão e deve ser precedido de processo administrativo regular (art. 16). Embora a lei reze que o Poder Executivo “poderá” desqualificar a entidade se constatar o inadimplemento das obrigações assumidas pela pessoa jurídica, trata-se, na verdade, de um dever, e nessa direção deve se interpretar o dispositivo. Conseqüências da desqualificação serão a responsabilização dos dirigentes pelos danos que tiverem sido ocasionados, bem como a reversão dos bens e valores públicos até então utilizados pela organização social, além de outras sanções cabíveis segundo os atos praticados.

### **3.3. ESTRUTURAÇÃO E ATUAÇÃO.**

Na estrutura da OS, o destaque é atribuído ao Conselho de Administração, no qual foram concentrados os mais significativos poderes de regramento, decisão e fiscalização. De fato, a ele cabe não somente definir o âmbito de atuação da entidade, mas também aprovar as propostas de contrato de gestão e

de orçamento, bem como do programa de investimentos, fixar a remuneração dos membros da diretoria, aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade, aprovar o regimento interno, aprovar regulamento próprio com os procedimentos atinentes à contratação de obras, serviços, compras e alienações e ao plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade (apartado do regime jurídico de direito público), aprovar e encaminhar os relatórios gerenciais e de atividades, inspecionar o adimplemento das metas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais.

Diante da autoridade atribuída ao Conselho de Administração, convém realçar sua composição, vez que esta se dá com predominância de representação do Poder Público e da sociedade civil. De fato, segundo a Lei nº 9.637/98, o referido conselho será composto por: 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público; 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil; até 10% de membros eleitos dentre os membros ou associados (em se cuidando de associação civil); 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; até 10% de membros indicados ou eleitos na forma determinada pelo estatuto (art. 3º).

Pode-se asseverar que o conselho de administração é tratado, pelos mentores do programa de publicização, como o coração da estrutura das organizações sociais. E isso não tanto pelo fato dele deter significativos poderes normativos e decisórios (monopolizados, inegavelmente, pelo Estado), mas, sobretudo, porque a maioria (mais de 50%, a teor do inciso III, do art. 3º, da Lei nº 9.637/98) do conselho deve ser composta de representantes do poder público e de entidades da sociedade civil. Sustenta-se que o referido conselho personifica a participação da sociedade civil nas OSs, garantindo o controle social, que é reputado o “elemento de contrapeso da balança”, o único capaz de inibir a “utilização dessas entidades para fins políticos ou econômicos”<sup>64</sup>.

Acerca da vultosa participação estatal no órgão, há os que sustentam que sua previsão teve por objetivo evitar a privatização das atividades. De outro ângulo, há os que indicam que ela poderá inibir a iniciativa particular, por “tender à dominação”, desprestigiando a tese da parceria<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 133.

<sup>65</sup> Cf. PIRES, Maria Coeli Simões. “Terceiro Setor e Organizações Sociais”. In *Boletim de Direito Administrativo*. Abril, 1999, p. 249.

De se destacar que, embora não recebam remuneração pelo serviços que prestam à organização social, os conselheiros fazem jus a uma ajuda de custo, por reunião de que participarem. Ademais, diferentemente do que ocorre nas entidades de utilidade pública e de fins filantrópicos, os dirigentes e empregados das organizações sociais – estes sujeitos a regime celetista –, enquanto no exercício de suas atividades, são remunerados, observando-se, contudo, para tal fim, os limites e critérios, previamente estipulados no contrato de gestão, para as despesas da organização a título remuneração. Isso é apontado, por alguns autores, como um ponto particularmente positivo em favor das organizações sociais, haja vista o seu papel estimulante de uma participação mais efetiva dos indivíduos. Assim, na medida em que passam a contar com os meios necessários à sua subsistência, as pessoas se tornam mais comprometidas com as tarefas que abraçam, a elas dedicando maior tempo e atenção (profissionalização do terceiro setor).

Vale salientar também que, segundo previsão expressa da lei, quaisquer excedentes financeiros ou resultados positivos que venham a se apresentar, em razão do desenvolvimento das atividades pelas organizações sociais, devem, necessariamente, ser revertidos em proveito das próprias atividades, correspondendo a mais uma fonte de investimentos nos serviços que são prestados. Trata-se de conclusão embutida na própria consideração da natureza não lucrativa dessas instituições.

Nos termos do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação para fins de “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”. Ou seja, os bens, servidores e recursos públicos destinados às organizações sociais poderão, na forma da norma transcrita, ser direcionados à prestação de serviços para o próprio Estado. Conseqüentemente, o ente estatal remunerará as tarefas executadas pelos seus próprios servidores e com emprego de recursos orçamentários. Eis mais uma norma de constitucionalidade duvidosa.

O relacionamento entre a organização social e o Estado é regido pelas disposições constantes de contrato de gestão.

### **3.4. O CONTRATO DE GESTÃO E AS INCUMBÊNCIAS DO ESTADO.**

É através do contrato de gestão – similar ao contrato de programa francês – que se aperfeiçoa juridicamente o relacionamento entre o Estado e as

organizações sociais. Através dele, firmam-se duas posturas: a do poder público, como fomentador da iniciativa particular, subsidiando-a com dotações orçamentárias, bens e servidores públicos; e a da pessoa jurídica de direito privado, como colaboradora do Estado, no fornecimento de serviços sociais, cumprindo as metas de desempenho definidas nos prazos ajustados.

Não obstante haja, atualmente, uma tendência a se associarem os contratos de gestão com as organizações sociais, o fato é que esses instrumentos têm sido manejados já há algum tempo e com outros sujeitos envolvidos.

Nesse sentido, nota-se que o Programa de Gestão das Empresas Estatais, instituído através do Decreto nº 137, de 27.05.91, trouxe em seu bojo o contrato de gestão como forma de relacionamento da Administração central com empresas estatais (da Administração Indireta). Os primeiros contratos de gestão com essa base foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce (Decreto s/nº, de 10.06.92) e a Petrobrás (Decreto nº 1.050, de 27.01.94), tendo sido concebidos, de acordo com o Governo, como forma de eximir essas empresas dos entraves burocráticos da Administração, garantindo-lhes maior autonomia administrativa, financeira e empresarial, e, pois, aumento da eficiência e da competitividade. Analisando a sistemática então adotada, o TCU, em decisão tomada em 02.02.1994 (Processo nº 3.518/94-9), entendeu que o mencionado instrumento não desobrigaria as empresas estatais “do cumprimento de preceitos constitucionais e legais pertinentes à espécie”, quais sejam: realização de concurso público para fins de seleção e admissão de pessoal (art. 37, II, da CF/88); observância do limite máximo fixado no art. 37, XI, da Constituição, no tocante à remuneração de dirigentes e servidores; feitura de licitação na contratação de obras e serviços, aquisição e alienação de bens (art. 37, XXI, da CF/88 e Lei nº 8.666/93); prestação de contas ao Tribunal de Contas. Esclarece Maria Sylvania Zanella DI PIETRO que os decretos em referência, ao ampliarem a autonomia das empresas públicas à custa do afastamento das regras legais de controle da atuação dos entes componentes da Administração Pública, teriam subvertido a hierarquia das normas, haja vista que, sendo a matéria de controle estabelecida por lei, não poderia esta ser derogada por decreto do Poder Executivo<sup>66</sup>.

Quanto ao contrato de gestão instaurado pela Lei nº 8.246/91, que criou o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, visou, de acordo

---

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 205/206.

com o TCU (Processo nº 14.236/94-0 – Sessão de julgamento de 06.09.95), “a restabelecer amplitude mais razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir os recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser devolvidas, com vistas a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário”.

O fato é que apenas com a Emenda Constitucional nº 19/98 foi inserida, na Carta Magna, a previsão do contrato de gestão, instrumento que, de acordo com Marcos Juruena Villela SOUTO, “tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como metas a redução de controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações das empresas estatais, e desde o início fixa os resultados pretendidos, de forma que sejam periodicamente aferidos. Enfim, pretende a modernização das empresas estatais”<sup>67</sup>. Dispõe o § 8º, do art. 37, da CF/88, *verbis*:

*Art. 37. (...)*

*§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:*

*I – o prazo de duração do contrato;*

*II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;*

*III – a remuneração do pessoal.*

Realce-se que esse dispositivo refere-se aos contratos de gestão que podem ser firmados entre a Administração Direta e um órgão (de validade duvidosa, porquanto órgãos não possuem personalidade jurídica própria) e entre a Administração Direta e uma entidade da Administração Indireta. O contrato de gestão a ser estipulado com as organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado encontra embasamento na própria Lei nº 9.637/98. Diferenciando os

---

<sup>67</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização. Privatização, Concessões e Terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 285.

dois instrumentos, quanto aos seus efeitos, DI PIETRO assinala que “o contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrados com organizações sociais, restringue sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão de sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão”<sup>68</sup>.

O contrato de gestão é definido pelo art. 5º, da Lei nº 9.637/98, como o “instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”. Consoante dispõe o art. 6º, o documento será elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social – o contrato deverá ser aprovado pelo conselho de administração da entidade –, com a discriminação das atribuições, obrigações e responsabilidades de cada uma das partes. O contrato de gestão deverá especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, bem como fixar escopos a serem alcançados e os prazos de execução desses objetivos. Demais disso, deverá prever critérios objetivos de avaliação, destinados à medição do desempenho da OS e da sua eficiência (quantitativa e qualitativa).

Discute-se a natureza contratual do contrato de gestão. Há os que defendem que, tratando-se de parceria entre público e privado e, portanto, de relação de cooperação, a natureza contratual do ajuste restaria comprometida, na medida em que não estariam envolvidos interesses distintos ou contrapostos, mas sim de ordem comum. Eduardo SZAZI assevera que “essa nova modalidade – embora denominada ‘contrato’ – é, na essência, um convênio, pois prevê a destinação de recursos a uma entidade sem fins lucrativos controlada pelo Estado, sem estabelecimento de processo licitatório e com distribuição de atribuições que pressupõe mútua cooperação e interesse recíproco”<sup>69</sup>. Contudo, de outro lado, o caráter contratual do ajuste se revela quando considerada a artificialidade de criação das OSs.

A Lei nº 9.637/98 repetiu, como de obrigatória observância pelo contrato de gestão, os princípios que, nos termos da CF/88, regem a Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Quanto à eficiência, a menção não se fez necessária no corpo da lei, na medida em que

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 214.

<sup>69</sup> SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: Regulação no Brasil*. 2a ed. São Paulo: Peiropólis, 2001, p. 109.

este princípio constituiu mesmo um dos motivos apontados como justificadores da instituição das organizações sociais, encontrando-se na base da reforma administrativa, no âmbito da qual as OSs foram concebidas. De outro lado, a esse conjunto de princípios, incorporou-se o preceito da economicidade, com vistas a retratar a orientação geral no sentido da modicidade de gastos.

A obrigação do Estado, no contexto das organizações sociais, concerne ao fomento. Com a qualificação como organização social, as entidades qualificadas passam, automaticamente, a usufruir as condições de entidades de interesse social e de utilidade pública (art. 11). Além disso, a elas são destinados recursos orçamentários e bens públicos. Quanto aos recursos, é assegurado às OSs “os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão”. No tocante aos bens, sua destinação às OSs se fará mediante simples permissão de uso, independentemente de licitação. A propriedade dos bens persiste com o Estado, ainda que, eventualmente, tenha se verificado a permuta, devidamente autorizada e respaldada em prévia avaliação, de bens móveis públicos por outros de igual ou maior valor. Também constitui medida de fomento, nos moldes da lei, a cessão de servidores públicos para as OSs, com ônus para a origem.

Citando como exemplo de fomentação, em nível estadual, tem-se noticiado, em relação ao Porto Digital, a concessão de incentivos fiscais que implicam na redução da alíquota do imposto sobre serviços, de 5% para 2%. Demais disso, também se tem concedido isenção de pagamento do IPTU às empresas que se dispuserem a investir na recuperação dos prédios que compõem o entorno das dependências do Porto Digital. Não se pode olvidar, outrossim, o aporte de recursos estaduais, bem como oriundos da iniciativa privada e de instituições financeiras internacionais<sup>70</sup>.

### **3.5. FORMAS DE CONTROLE.**

Uma das principais características das organizações sociais concerne à mudança do rumo quanto ao tema controle. De fato, com a implementação das organizações sociais, as preocupações do poder público foram concentradas na eficiência com que as novas entidades deveriam atuar, e não, propriamente, na

---

<sup>70</sup> Informações oferecidas pelo Diretor-Presidente do Núcleo de Gestão do Porto Digital, colhidas no site [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br), em 29.04.2003.

forma pela qual elas deveriam alcançar os resultados de que se encarregaram. Assim, mais do que os meios de ação, importam, na sistemática das OSs, os fins a serem atingidos. O controle de forma é substituído pelo controle de proveitos. E mais, o controle social toma o lugar – pelo menos, em certa medida – do controle de base estatal. Quadra fixar as prescrições da Lei nº 9.637/98 no respeitante à matéria.

A responsabilidade pela fiscalização da execução do contrato de gestão é do órgão ou entidade supervisora da área de atuação da organização social. Esta deverá apresentar ao Poder Público, ao final de cada exercício ou sempre que solicitado, em face do interesse público, relatório concernente à execução do contrato de gestão, com o cotejo entre as metas propostas e os resultados alcançados e com a prestação de contas do exercício financeiro. Os resultados apresentados serão avaliados por comissão indicada pelo órgão ou entidade supervisora, e, uma vez procedida a análise, deverá ser expedido relatório conclusivo pela referida comissão (art. 8º, da Lei nº 9.637/98). Particular realce é de ser dado à exigência legal consistente no fato de que a comissão de avaliação deve ser integrada por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. Com essa determinação, uma das únicas que se manifestam úteis, a norma legal cumpriu dupla função: a) por um lado, terá o condão de evitar que o relatório em apreço se converta em mera formalidade, o que ocorreria se à avaliação não fosse conferido caráter técnico; b) por outro lado, traduz, de certo modo, a idéia de controle de resultados, mesmo porque estes apenas poderiam ser identificados por profissionais com conhecimento da área. Dúvidas existem quanto à concretização dessa norma.

Frise-se que “os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária” (art. 9º).

Por fim, o art. 10 determina que os responsáveis pela fiscalização, nas hipóteses em que o exigir a gravidade dos fatos e o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, se dirijam ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira, perante o Poder Judiciário, “a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”.

Ao Conselho de Administração, de outro ângulo, cabe também fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade. Auditorias externas estão previstas (art. 4º, X, da Lei nº 9.637/98).

Por outro lado, o principal tipo de controle que se busca instituir é o controle social – em desfavor ao controle do tipo burocrático –, consubstanciado na participação de representantes da sociedade civil nos conselhos de administração das organizações sociais. Teoricamente, o controle social teria o condão de aproximar as políticas sociais das necessidades efetivamente sentidas pela comunidade, bem como seria instrumento de cobrança de eficiência e transparência. Na prática, contudo, algumas questões se impõem: “qual o alcance da participação social nas decisões estratégicas afetas às políticas sociais?” e “até que ponto a participação de membros da comunidade no Conselho é suficiente para o exercício efetivo da participação e do controle social?”<sup>71</sup>. É fato que a sociedade civil não participa do núcleo estratégico do Estado, de modo que ela, provavelmente, não interferirá na formulação de planos de ação. Sua participação limita-se ao âmbito de organismos de execução, e, nesse degrau, deve ser levada em conta a possibilidade de influência social na condução das políticas públicas. Entrementes, essa capacidade de direção pressupõe entendimento e liberdade que, por sua vez, dependem de acesso à educação e à formação profissional e de ausência ou neutralização de forças de manipulação da vontade dos representantes da comunidade, aspectos que, no Brasil, ainda não se apresentam a contento, em vista dos poderosos influxos dos elementos econômico e político.

#### **4. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (LEI Nº 9.790, DE 23.03.1999).**

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs foram criadas pela Lei nº 9.790, de 23.03.1999, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30.06.1999.

Na Exposição de Motivos nº 20, de 23.07.1998, que acompanhou o projeto de lei das OSCIPs, lê-se a definição de sua índole espontânea, no que

---

<sup>71</sup> BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 133.

especialmente difere da artificialidade marcante com que foram projetadas as OSs:

*No Brasil, como em toda parte, o Terceiro Setor – não-governamental e não-lucrativo – coexiste hoje com o Estado (primeiro setor) e com o mercado (segundo setor), mobilizando um volume crescente de recursos e energias para iniciativas de desenvolvimento social. Essa multiplicação de iniciativas privadas com sentido público é um fenômeno recente, massivo e global. O protagonismo dos cidadãos e de suas organizações rompe a dicotomia entre público e privado, na qual público era sinônimo de estatal e, privado, de empresarial. A expansão do Terceiro Setor dá origem, portanto, a uma esfera pública não-estatal.*

*As características do Terceiro Setor são a espontaneidade e a diversidade. (...) Hoje o conceito de Terceiro Setor é bem mais abrangente. Inclui o amplo espectro das instituições filantrópicas, dedicadas à prestação de serviços nas áreas da saúde, educação e bem-estar social. Compreende também as organizações voltadas para a defesa dos direitos de grupos específicos da população, como mulheres, negros e provos indígenas, ou de proteção ao meio ambiente, promoção de esporte, cultura e lazer. Além disso, engloba as experiências de trabalho voluntário, pelas quais cidadãos exprimem sua solidariedade através da doação de tempo, trabalho e talento para causas sociais.<sup>72</sup>*

OSs e OSCIPs, é certo, são estruturalmente semelhantes: são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com escopos essencialmente públicos, concebidas sob as prédicas em torno da imprescindibilidade de transferência de atividades não exclusivas de Estado, do ente público para a iniciativa privada, com eficiência vinculada à autonomia gerencial. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sintetiza essas semelhanças, indicando também os pontos de divergência, situados estes, especialmente, no campo finalístico:

*O objetivo de ambas as entidades é o mesmo: instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental, qualificada*

<sup>72</sup> Trecho extraído do relatório do Processo nº 14.334/1999-2, do Tribunal de Contas da União. Rel. Min. Marcos Vilaça.

*pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado. Os dois tipos de entidade atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado ou, mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura etc. Só que, em um caso, a entidade assim qualificada recebe o título de **organização social** e, no outro, o de **organização da sociedade civil de interesse público**; no primeiro caso, o instrumento jurídico pelo qual se concretiza a parceria é denominado de **contrato de gestão**; no outro, é denominado de **termo de parceria**. O instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas pelo legislador. Trata-se de miscelânea terminológica para designar entidades que, em termos genéricos, apresentam características muito semelhantes e que, por isso mesmo, mereciam submeter-se ao mesmo regime jurídico.*

*(...)*

*Como se verifica, embora haja pontos comuns entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, o objetivo é diverso nos dois casos: nas primeiras, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas segundas, essa intenção não existe, pois a qualificação da entidade como organização da sociedade civil de interesse público não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública. Além disso, a entidade privada, para ser qualificada, tem que ter existência legal, já que, entre os documentos exigidos para a obtenção da qualificação, estão o “balanço patrimonial e demonstrativo de resultados do exercício” e a “declaração de isenção do imposto de renda (art. 5º, III e IV, da Lei nº 9.790/99). Isso evita que entidades fantasmas, sem qualquer patrimônio e sem existência real, venham a pleitear o benefício.*

*Em relação às organizações da sociedade civil de interesse público, o Poder Público exerce verdadeira atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. Ao contrário do que ocorre na organização social, o Estado não abre mão de serviço*

*público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la a exercer atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas*<sup>73</sup>.

Aspecto interessante de se notar é que a lei que instituiu as OSCIPs – considerado, ademais, o decreto que a regulamentou<sup>74</sup> – é mais detalhada, cuidadosa e coerente do que a lei das OSs. O rigor com que trata certos temas, discrepando, nesse contexto, das OSs, parece estar associado, em termos proporcionais, aos objetivos almejados através de cada uma das modalidades de qualificação. A impressão é que, como as organizações sociais foram formuladas, especificamente, para servir de instrumental à concretização do projeto governamental de publicização, que pressupõe maior abertura e menos entraves, o Estado simplesmente optou por uma regulação de feição mais flexível, que lhe permitisse moldar, com certa liberdade, as estruturas nascentes. Com as OSCIPs, em que o escopo parece ter sido, efetivamente, incrementar as esferas complementares prestadoras de serviços de interesse comum, e não convertê-las em substitutivos da iniciativa pública, preferiu-se adotar legislação mais esculpida.

#### **4.1. DEFINIÇÃO.**

As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs – são, a exemplo das organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, assim qualificadas pelo Poder Público. Destarte, correspondem, de igual maneira, a um título que será outorgado em face do preenchimento dos requisitos prescritos pela Lei nº 9.790/99.

Um dos requisitos é que as entidades interessadas na qualificação não possuam fins lucrativos. Definição importante, que não constou de forma explícita da Lei das OSs – está incrustada na alínea b, I, do art. 2º, da Lei nº 9.637/98 –, mas a essas se aplica, dado o seu caráter generalizador, é a concernente à expressão sem fins lucrativos. “Considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídi-

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 210 e 218/219.

<sup>74</sup> Especificamente sobre o Decreto nº 3.100/99, v. estudo feito pelo TCU, no Processo nº 14.334/1999-2.

ca de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social” (§ 1º, do art. 1º, da Lei nº 9.790/99).

Ademais, a qualificação de OSCIPs apenas se confere às entidades cujos objetivos sociais tenham pelos menos uma das finalidades enumeradas no art. 3º, observado em qualquer caso o princípio da universalização dos serviços:

- I – promoção da assistência social<sup>75</sup>;*
- II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;*
- III – promoção gratuita<sup>76</sup> da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;*
- IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;*
- V – promoção da segurança alimentar e nutricional;*
- VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;*
- VII – promoção do voluntariado;*
- VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;*
- IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;*
- X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;*
- XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;*

<sup>75</sup> Assim entendida enquanto envolvendo as atividades previstas no art. 3º, da Lei Orgânica de Assistência Social (segundo o art. 6º, I, do Decreto nº 3.100/99).

<sup>76</sup> Promoção gratuita: “prestação de serviços mediante financiamento com recursos próprios”. Recursos próprios: “não são considerados recursos próprios aqueles gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsória” (art. 6º, II, e § 1º, do Decreto nº 3.100/99).

*XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, promoção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.*

Para não deixar dúvidas, a lei ressaltou, inclusive, o sentido que se pretendeu atribuir à determinação de que, para fins de qualificação, as entidades deveriam se dedicar às atividades especificadas no mencionado art. 3º: “a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins” (parágrafo único, do art. 3º).

A Lei da OSCIPs também foi cuidadosa – e até mesmo tautológica – quanto à enumeração (art. 2º) das pessoas que não poderiam ser assim qualificadas, ainda que desempenhassem as atividades listadas no art. 3º, acima transcrito. Sociedades comerciais, sindicatos, instituições religiosas, partidos políticos, entidades de benefício mútuo, hospitais e escolas privados não gratuitos, entidades que comercializam planos de saúde, cooperativas, fundações públicas, organizações creditícias vinculadas ao Sistema Financeiro Nacional, bem como fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas, não podem ser qualificadas como OSCIPs. De igual modo, as organizações sociais não podem receber o título de OSCIP, ou seja, a mesma instituição privada não pode deter, concomitantemente, os títulos de OS e OSCIP.

A qualificação como OSCIP também está condicionada à posse, pelas pessoas jurídicas, de estatutos que contenham disposições obrigatórias, nos moldes em que detalhado na norma de regência (art. 4º). Assim, os estatutos não podem prescindir de determinação no sentido de que sejam observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Note-se que, em relação à Lei das OSCIPs – diferentemente da Lei das OSs –, constou referência expressa ao princípio da eficiência. Demais disso, os estatutos deverão trazer em seu bojo: a adoção de práticas de gestão administrativa dirigidas a refrear atuações voltadas ao patrocínio de interesses pessoais; a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, que a lei determinou seja “dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil”; a previsão de transferência do patrimônio

líquido para outra OSCIP, na hipótese de dissolução; a previsão de transferência a outra OSCIP do acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que qualificada estava a pessoa jurídica que vier a perder a qualificação; as normas de prestação de contas a serem observadas (garantindo-se obediência aos princípios de contabilidade e às Normas Brasileiras de Contabilidade, ampla publicidade, realização de auditorias e conformidade com o que determina o parágrafo único, do art. 70, da CF/88).

Além disso, os estatutos das entidades interessadas deverão prever a “possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação” (art. 4º, VI). No dispositivo em questão, nota-se, afora o incentivo à maior dedicação do profissional, em virtude da previsão de remuneração (como se dá nas OSs), uma cautela mais acentuada em relação aos parâmetros que serão considerados com vistas à determinação do *quantum* remuneratório. Diferentemente do que se vislumbra da Lei das OSs, cujas amarras de mostram mais frouxas e os conceitos com maior grau de indeterminação, a Lei das OSCIPs expressamente estabelece que a remuneração dos dirigentes – sendo estes apenas os que atuem de modo efetivo na gestão executiva – e do pessoal que prestar serviços específicos deve ser compatível com os realizados no mercado.

#### **4.2. PROCEDIMENTOS.**

A qualificação como OSCIP deve ser buscada junto ao Ministério da Justiça, através de requerimento, no qual seja demonstrado o cumprimento dos requisitos legalmente exigidos, devendo o pleito ser instruído com cópias do estatuto devidamente registrado, da ata de eleição da atual diretoria, da inscrição no CGC, da declaração de isenção do imposto de renda, bem como de balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício.

Diferentemente do que se verifica no caso das OSs, o processo de qualificação como OSCIP tem menor carga de discricionariedade. Tanto é assim, que o § 3º, do art. 6º, da Lei nº 9.790/99, determina que o indeferimento do pedido de qualificação apenas pode se dar em hipóteses bem específicas: se a postulante se enquadrar em um dos casos do art. 2º, da mesma lei; se não forem adimplidos os requisitos impostos nos arts. 3º e 4º, do diploma legal; se a documentação exigida pelo art. 5º estiver incompleta. Não se tratando de qualquer

dessas hipóteses, a autoridade competente tem o dever de deferir o pedido, fazendo emitir o certificado de qualificação. Comparativamente, pode-se asseverar que, enquanto pela sistemática da Lei das OSs, a pessoa jurídica não tem direito subjetivo à qualificação como organização social, ainda que preencha os requisitos legais, pelo regramento determinado na Lei das OSCIPs, a pessoa jurídica que não se enquadre em nenhuma das situações descritas no já mencionado art. 6º, é titular de direito subjetivo à qualificação.

A desqualificação, de outro lado, pode se dar a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa do particular ou do Ministério Público, garantidos contraditório e ampla defesa (arts. 7º e 8º).

#### **4.3. O TERMO DE PARCERIA.**

Até que seja firmado o termo de parceria, a OSCIP não detém qualquer liame com a Administração Pública. O termo de parceria é “instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução das atividades de interesse público” (art. 9º), atividades estas enumeradas no art. 3º, da Lei nº 9.790/99. Através dele, fixam-se metas para as partes envolvidas: para o poder público, prevê-se atuação como fomentador; para a OSCIP, definem-se metas a serem alcançadas. Não possui natureza propriamente contratual, assemelhando-se mais aos convênios, aos quais constitui uma alternativa.

Enquanto, em relação às organizações sociais, não há referência legal à realização de procedimento para fins de seleção da mais habilitada a executar contrato de gestão, no tocante às OSCIPs, o Decreto nº 3.100/99 reza que a celebração do termo de parceria será realizada com organização que poderá ser escolhida através de concurso de projeto, cujo edital será publicado pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria (art. 23). Mais que isso, o diploma normativo determina que a OSCIP interessada deverá apresentar, ao órgão parceiro, seu projeto técnico e o detalhamento dos custos correspondentes (art. 26). Segue, estabelecendo a necessidade de que, na seleção e julgamento dos projetos, sejam observados: “I – o **mérito intrínseco** e adequação ao edital do projeto apresentado; II – a **capacidade técnica e operacional da candidata**; III – a **adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados**; IV – o **ajustamento da proposta às**

**especificações técnicas**”, além da regularidade jurídica e institucional da OSCIP e análise documental (art. 27). Fixa, outrossim, elementos não aceitáveis a título de critérios de seleção (art. 28). Demais disso, a comissão julgadora deverá ter, entre os seus integrantes, um especialista no tema do concurso (art. 30).

Com a previsão desse procedimento seletivo – não obstante tenha sido assentado como faculdade: “a escolha ... poderá ser feita...” –, conferiu-se, ao termo de parceria, uma aparência de maior transparência e preocupação com a capacidade da entidade que firmará o ajuste com o poder público, de sorte que todas elas possam participar equitativamente do certame, sendo, a selecionada, a que se apresentar como o parceiro mais adequado do ponto de vista estritamente técnico. Em estudo sobre a temática, Grupo de Trabalho do TCU afirmou que “a realização de concurso para a seleção de projetos objeto de Termo de Parceria é facultativa (art. 23), deixando à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo certame; tendo em vista os trâmites burocráticos inerentes ao concurso, que oneram o processo de seleção, esse dispositivo pode tornar-se inócuo; o concurso visa preservar a isonomia no tratamento com as OSCIPs; assim, o concurso deveria ser, em tese, obrigatório, exceto de se verificadas condições que lhe inviabilizem a realização (ausência de interessados, relação custo/benefício desvantajosa etc)”. A preocupação da Corte de Contas deveria ser estendida, com ainda maior razão, às organizações sociais. O mesmo Grupo de Trabalho opinou no sentido de que fossem incluídas “algumas vedações aos termos de parceria e/ou às OSCIPs, a saber: terceirização de atividades-meio no Setor Público, utilização de instalações públicas para realização dos serviços contratados e aquisição de bens e serviços para uso pela Administração Pública”<sup>77</sup>.

O termo de parceria terá como cláusulas essenciais: a do objeto, que conterà as especificações do programa de trabalho proposto pela OSCIP; a de estipulação de metas e resultados a serem atingidos, com os correspondentes prazos de execução ou cronograma; a de previsão de critérios de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultados; a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, com detalhamento, inclusive, das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria; a de apresentação, pela OSCIP ao poder público, de relatório periódico (a cada exercício) sobre a execução do

---

<sup>77</sup> Decisão nº 931/1999, no Processo nº 14.334/1999-2.

objeto do termo; a de publicidade de extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira (art. 10, § 2º).

Por fim, “a execução do termo de parceria deve ser acompanhada e fiscalizada pelo órgão do poder público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo” (art. 11). No tocante ao controle das OSCIPs, especialmente quanto às comissões de avaliação e ao controle social, seguem-se basicamente as mesmas regras fixadas para as OSs.

#### **CONCLUSÃO: UMA SÍNTESE DOS PONTOS CRÍTICOS.**

Procurando sintetizar o atual momento histórico vivenciado pelo Estado e, mais particularmente, pela Administração Pública, Roberto DROMI enfatiza:

*La sociedad reivindica para sí el intransferible derecho a la iniciativa privada “privilegiada”, de intervención estatal “restringida”, que permita el desarrollo social pluralista, con división de competencias, sin monopolios y con servicios públicos prestados desde fuera del Estado por un modelo de “administración pública no estatal”. Sólo después que el hombre no pueda, que el mercado no acceda, el Estado debe. Antes no.*<sup>78</sup>

De fato, não há como se negar que a nova ambiência política, econômica e social envolve os conceitos de subsidiariedade, de cooperação e de corresponsabilidade. Nesse sentido, nos últimos anos, tem-se observado a retomada do conceito de sociedade civil – “esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais”<sup>79</sup> –, dirigida, grandemente, a reduzir o campo de interferência do Estado e a garantir o reconhecimento de outras formas de atuação, além do Estado, reputado este ineficiente e repressor das iniciativas individuais e coletivas. A admissão de instâncias não-estatais, com

<sup>78</sup> DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 7a ed. actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 33.

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto. “Sociedade Civil”. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Varriale, Carmen et al. 11a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1210 (vol. II).

capacidade produtiva e auto-regulatória, revela deferência em relação às potencialidades dessas realidades particulares e acatamento quanto à sua aptidão para contribuir mesmo com o crescimento do grupo maior no qual se encontram inseridas e pelo qual são, na medida de suas habilidades, responsáveis. Destarte, o agir subsidiário – que deveria caracterizar o Estado contemporâneo – é aquele que se exercita em respeito às esferas de atuação dos entes de menor dimensão (particulares), seja porque eles operam na condição de colaboradores, seja porque também eles respondem pelos destinos da comunidade como um todo. A subsidiariedade, assim, está ligada às idéias de cooperação (somação de esforços) e de co-responsabilidade (comprometimento recíproco), ambos, por sua vez, voltados à maximização dos proveitos.

O terceiro setor é visto enquanto inserido nesse arcabouço teórico. Correspondendo à conjunção entre o público não-estatal e o privado não-mercatório, o terceiro setor – o da sociedade atuante, sem intuito lucrativo, em áreas de interesse público – desponta como a opção à estagnação ocasionada pelo gigantismo do Estado, na medida em que, superdimensionado, o ente estatal se viu lento e ineficiente, na mesma proporção em que as demandas sociais se avolumaram e se complexificaram. Não se discute aqui que a participação da sociedade, na produção de bens e serviços a ela mesma destinados, se constitua uma necessidade. Nessa direção, também não se contesta que o Estado não pode ser o único responsável pela satisfação de todas as carências. É correto e inevitável que à sociedade se confira parcela de atribuições que, executadas à título de colaboração e mediante estímulo do poder público, venham a integralizar o conjunto dos serviços públicos, democratizando o seu acesso e melhorando as suas condições.

Com o que, por certo, não se concorda, é que o Estado, sob o argumento de democratização, publicização, eficiência, respeito à capacidade e à iniciativa particular, abandone os deveres que lhe são próprios, por natureza e por determinação constitucional, transferindo à sociedade todas as obrigações, em troca de fomento livre de restrições – com liberdade maior gozada pelo Estado e não pela própria coletividade –, ou que ele promova essas modificações estruturais mediante normas jurídicas violentadoras da Constituição e das leis. Se mudanças devem ser feitas, para tanto devem ser utilizados os meios adequados, de conformidade com o ordenamento jurídico, sob pena de fragilizá-lo, o que colocaria em risco a própria manutenção do Estado. Demais disso, é importante que se frise que a noção de complementariedade pressupõe composição segundo as capacidades dos entes envolvidos, bem como que falar em parceria entre públi-

co e privado e em participação da sociedade significa reconhecer que, do cerne da coletividade, espontaneamente, emergem movimentos e organizações dirigidas a auxiliar o Estado na gestão da coisa pública e na prestação de serviços de interesse comum.

Por todos esses aspectos, existem percipientes alterações quanto às medidas implementadas pelo Estado brasileiro, nas reformas que tem promovido, especialmente na área administrativa, com fundamento na idéia de parceria. Pode-se afirmar que a introdução das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público, no sistema jurídico nacional, tem se dado de forma traumática, seja porque irrompem mais como fenômenos artificiais, do que como resultantes da conscientização e da manifestação social voluntária, seja porque vêm sendo postas como substitutivas, e não como complementares, da atuação do Estado, seja porque, no seu regramento, foram simplesmente desconsideradas as disposições constitucionais. Diante da relevância desses questionamentos, buscou-se sintetizar os pontos críticos, nesta conclusão, ainda que eles já tenham sido objeto de apreciação no corpo do trabalho.

**a) Desvirtuamento do Terceiro Setor (artificialismo das organizações da sociedade civil e sua concepção como substitutivo de entidades estatais extintas).**

As organizações sociais, no direito brasileiro, foram artificialmente construídas. Resumem-se, formalmente, a um título, e, na essência, correspondem a pessoas jurídicas de direito privado criadas, por indução, pelo Estado, de modo a permitir a extinção, por incorporação de atribuições, de entidade pública. Afirma-se, por isso, que o programa de publicização, na verdade, do modo como estruturado, se constitui, diversamente, em forma de privatização, em que o Estado pretende desincumbir-se dos serviços públicos até então por ele prestados, convertendo-os em serviços privados de interesse coletivo. Tanto é assim, que a lei das OSs refere-se, como obrigação do Estado, nessa parceria, ao fomento. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO elucida:

*A intenção do Governo é transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades hoje desempenhadas por órgãos públicos. Só que a entidade prestará o mesmo serviço, não mais como serviço público (daí excluir-se a idéia de descentralização) e sim como atividade privada de interesse público, a ser fomentada pelo Estado mediante a celebração do contrato de gestão.*

*Exatamente por isso é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização sob outra modalidade que não a venda de ações, já que a qualificação da entidade como organização social implica a extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia ou fundação) e, em seu lugar, o surgimento de uma pessoa jurídica de direito privado não enquadrada no conceito de Administração Pública, seja direta ou indireta<sup>80</sup>.*

Conseqüentemente, as organizações sociais, como nascidas, negam as idéias que, em tese, as sustentariam – de parceria e de terceiro setor. Não é possível mencionar terceiro setor, como abrangente da sociedade, se as organizações sociais são criadas pelo próprio Estado, com este guardando laços estreitos, deste recebendo os valores que aplica, os bens de que se utiliza e os servidores que executam suas atividades. De igual modo, não há como enxergar nessa fórmula uma parceria entre público e privado, se a esfera pública pretende dissolver-se, tornando-se o Estado mero financiador provisório, até o momento em que entenda deva identicamente de afastar.

Não se olvide que, às OSCIPs, essa artificialidade não é oponível, na medida em que elas preexistem, com patrimônio material e humano próprios, ao momento da vinculação com o Estado, através do termo de parceria.

#### **b) Discricionariedade excessiva atribuída ao Poder Executivo.**

A discricionariedade conferida ao Poder Executivo, em relação às organizações sociais, é perceptível em todas as fases de seu processo de estruturação e no desenvolvimento de suas atividades. Nas OSCIPs isso se verifica em menor intensidade.

Detém, o Poder Executivo, e apenas ele, a autoridade para selecionar a entidade a ser qualificada como organização social. Também a ele cabe desqualificar. Especificamente, quanto ao ato de qualificação, é de se considerar que não foi previsto processo seletivo, nem fixadas balizas orientadoras de como se proceder à seleção da pessoa jurídica de direito privado, que vai ser agraciada com o título de organização social. A gravidade da situação é ainda mais acentu-

---

<sup>80</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 213.

ada diante da possibilidade de existência de mais de uma entidade interessada na qualificação, quando esta apenas poderá ser atribuída a uma delas.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO – mais uma vez citada – aponta, com razão, para o fato de que se se pretende atribuir, à pessoa jurídica de direito privado, as atividades pertencentes à entidade pública, de modo a permitir, inclusive, a extinção desta, não se poderia prescindir, nesse processo de transferência, de licitação ou de outro procedimento destinado à seleção da pessoa privada mais capacitada, dentre as interessadas, para substituir o ente público, medida que se destina a garantir isonomia de tratamento e impessoalidade na escolha e, particularmente, a evidenciar a conformidade, quanto aos fins, da opção feita pela autoridade ministerial. Destaca, também, a jurista, que a gerência de bens e dinheiro público apenas poderia ser autorizada à entidade que demonstrasse gozar de idoneidade financeira e qualificação técnica<sup>81</sup>. De fato, cuida-se de demonstração que, independentemente de previsão legal, nela pode ser reputada implicitamente inserida, vez que corresponde à exigência basilar, fundada no princípio da razoabilidade, aos que buscam participar da gestão da coisa pública. Considerando que a iniciativa privada tem sido apontada como parâmetro de eficiência, dela se pode extrair aspecto que colide frontalmente com a postura munificente atual do Estado brasileiro. Nesse sentido, é certo que nenhum particular, por mais otimista que seja, entregaria os seus bens para serem administrados por empresas não suficientemente capacitadas. Se a iniciativa privada não admite tal situação, com maior razão não poderia o Estado conceber a entrega do patrimônio público a entidades destituídas de quaisquer condições de funcionamento ou atividade. Em tal direção, Paulo MODESTO fala da conveniência de se exigir, das entidades interessadas na qualificação, um tempo mínimo de atuação na área e a existência de patrimônio ou habilidade técnica<sup>82</sup>.

Sobre a questão, Sílvia Luís Ferreira da ROCHA defende a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 2º, da Lei nº 9.637/98, haja vista que o dispositivo macularia o princípio constitucional da igualdade, “pois se duas pessoas jurídicas preenchem os requisitos exigidos pelo referido artigo, e ambas pedem a

---

<sup>81</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 216.

<sup>82</sup> MODESTO, Paulo. “Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil”. In *Interesse Público*. N. 1, 1999, p. 40.

qualidade de organização social, a Administração não poderá escolher uma das duas<sup>83</sup>.

Ao Poder Executivo cabe, outrossim, decidir sobre a cessão de bens, recursos e servidores públicos às organizações sociais. É o Poder Executivo que formula o contrato de gestão e influencia decisivamente os rumos de atuação do conselho de administração. O Poder Executivo é também o responsável pela fiscalização na execução dos serviços.

Essa discricionariade em excesso, associada às inconstitucionalidades vislumbradas na lei que instituiu as organizações sociais, poderá resultar em prejuízos consideráveis ao patrimônio público. A um, por se atribuir a qualificação de OS a entidade sem qualquer idoneidade técnica ou financeira, de modo que os recursos públicos ou serão mal empregados ou não serão empregados, destinando-se a outros fins, que não os eminentemente sociais. A dois, por se converter a qualificação – e as benesses que dela procedem – em moeda de troca no jogo político, inclusive através da indicação para funções de relevância no âmbito das OSs. A três, por não haver instrumentos de controle mais eficazes, diante da autonomia de gerenciamento, que se apregoa como salvadora da ineficiência do aparato estatal.

**c) O desarranjo do Texto Constitucional (o fictício conflito entre controle de resultados e controle do ato).**

A reforma, levada a efeito sem cuidado com a harmonia e inteireza da Constituição, produziu evidentes incompatibilidades das normas reformadoras com o Texto Constitucional.

Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta tais inconstitucionalidades, em trechos, cuja transcrição se impõe pela relevância:

*Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.*

*O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie.*

---

<sup>83</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116.

*Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) e do Ministro da Administração.*

*Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras, o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado (...)*

*Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente de outro propósito (a busca do melhor negócio).*

*(...)*

*Seja como for, o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõe no caso e a outorga de tal nível de descrição não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa ao cânone básico da igualdade, seja por desacato ao princípio da razoabilidade (...).*

*Já, no caso em que se pretenda promover a absorção de serviços públicos por organizações sociais, irrompe uma aberrante ofensa ao art. 175 da Constituição, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Demais disto, cumpre tomar tento para o fato de que no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é “dever do Estado” e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais.*

*Anote-se que, como 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. Aliás, se entrasse, seria obrigatória a aplicação do art. 175 da Constituição Federal, que estabelece que tanto a concessão como a permissão serão “sempre” precedidas de licitação.*

*Assim, os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação se constitui em “dever do Estado”, ..., este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de “adjudicá-los” a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.<sup>84</sup>*

Ao lado dessas inconstitucionalidades, o autor aponta outras: a impossibilidade de as organizações sociais receberem bens, dotações e servidores públicos sem processo regular, assegurada a isonomia entre os interessados e exigida a habilitação patrimonial, financeira e técnica; e a inadmissibilidade de situação em que o Estado seja “provedor de pessoal de entidades particulares” ou obrigue servidores públicos a prestarem serviços a entidades particulares<sup>85</sup>.

O terceiro setor concebido pelo Estado brasileiro tem existência e imprescindibilidade respaldadas na sua potencialidade para produzir resultados positivos, na medida em que liberado de certos entraves e limites impostos ao setor público estatal. Associa-se, destarte, a eficiência da organização à maior autonomia que detenha na administração dos negócios de interesse público e ao controle *a posteriori* dos resultados, e, conseqüentemente, do lado oposto, a ineficiência, à preocupação com controles burocráticos apriorísticos. Assim, controle de resultados e controle de meios (ou do ato) estariam em conflito. Em verdade, trata-se de falso dilema. Os dois controles mostram-se imprescindíveis e deveriam ser buscados em simultaneidade e não com exclusão. O controle de resultados não pode prescindir da verificação da regularidade da forma. Há muito que se considera ultrapassado e perigoso o preceito de que “os fins justificam

---

<sup>84</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 157-159.

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11a ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 159-160.

os meios”. Por outro lado, o controle do ato não pode desprezar o controle de resultados, sob pena de se tornar insubsistente.

**d) A evasão ao regime jurídico de direito público.**

Inquietação é o efeito da afirmação de que “com essa iniciativa [consistente na absorção dos serviços públicos pelas OSs, cabendo ao ente estatal o financiamento total ou parcial], o Estado oferece aos dirigentes de órgãos e entidades públicas estatais responsáveis pela prestação de serviços sociais a possibilidade de se libertarem das **disfunções operacionais** do Estado e, portanto, de assumirem plenamente a gestão estratégica de suas respectivas organizações”<sup>86</sup>. O que se chamou de “disfunções operacionais” são as regras de direito público, mais rigorosas por versarem sobre a coisa pública.

Com autoridade, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta que as organizações sociais foram concebidas, precipuamente, para afastar a incidência das normas de direito público:

*Pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contida na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão.*

*Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absolver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma ativi-*

---

<sup>86</sup> BARRETO, Maria Inês. “As Organizações Sociais na Reforma do Estado Brasileiro”. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 121.

*dade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública*

*(...) Trata-se de entidades constituídas ad hoc, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público<sup>87</sup>.*

**e) A negação dos objetivos da reforma pelo próprio instrumento de implementação (questionamentos sobre eficiência, economicidade, democratização, publicização e transparência).**

Do que ficou dito, não é difícil concluir que a forma através da qual foi regulado o projeto de parceria entre público e privado, tendo por instrumento principal as organizações sociais, conspurca os próprios objetivos indicados como norte das reformas.

A publicização é, em verdade, uma privatização contrafeita. A transparência é elidida pela discricionariedade excessiva e pela ausência de critérios objetivos de seleção e avaliação. A democratização não se realiza, diante da forma de constituição das pessoas jurídicas de direito privado a serem qualificadas como OSs, bem como diante do *déficit* educacional e da pouca força influenciadora dos representantes da sociedade, eles sim manipuláveis consoante as ingerências políticas e econômicas. Economicidade não houve, pois o Estado continua prevendo e liberando dotações orçamentárias, cedendo servidores públicos, com ônus seu, e permitindo o uso de bens públicos, sendo que, agora, sem um controle mais rigoroso quanto ao destino do patrimônio público.

Quanto à eficiência, este é um dado que apenas poderá ser demonstrado com o tempo.

---

<sup>87</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4a ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 215/216.

**BIBLIOGRAFIA**

- AUSTIN, James E. *Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor*. Trad. Peres, Lenke. São Paulo: Editora Futura, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Org. por Bovero, Michelangelo. Trad. Por Versiani, Daniela Beccaccia. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Varriale, Carmen *et al.* 11<sup>a</sup> ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, vols. I e II.
- BRANCO, Vera Sylvia Venegas Falsetti. “Imunidade Tributária e Terceiro Setor (Filantrópico): Por Maior Transparência e Regulamentação”. In *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. N. 26. Jan./Mar., 1999, pp. 31-42.
- CAMARGO, Mariângela Franco *et al.* *Gestão do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Editora Futura, 2001.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Avanço, Brasil: Proposta de Governo / Fernando Henrique Cardoso*. Brasília: s/ed, 1998.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *O Novo Regime Previdenciário dos Servidores Públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999.
- CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier & PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Histórias das Idéias Políticas*. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Jorge Zaher Editor, 2000.
- COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: Um Estudo Comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.
- COHN, Amélia & ELIAS, Paulo E (coords.). *O Público e o Privado na Saúde: O PAS em São Paulo*. São Paulo: Cortez/CEDEC, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002.

- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 7<sup>a</sup> ed. actual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. 1<sup>a</sup> ed. 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Soberania e Processos de Integração: O Novo Conceito de Soberania em face da Globalização*. Curitiba: Juruá, 2002.
- FREITAS, Juarez. “Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal”. In *Revista de Direito Administrativo*. N. 214. Out./Dez., 1999, pp. 99-106.
- GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via. Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*. Trad. Borges, Maria Luiza. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GOULART, Karine Borges. “As Orgnizações Sociais”. In *Revista da Procuradoria Geral do Inss*. Vol. 8. N. 4. Jan./Mar., 2002, pp. 17-37.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Fischer, Julio. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa: De acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26<sup>a</sup> ed. Atual. por Azevedo, Eurico de Andrade *et al.* São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11<sup>a</sup> ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MODESTO, Paulo. “Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil”. In *Interesse Público*. N. 1, 1999, pp. 31-46.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Murachco, Cristina. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA, Egon Bockmann. “Terceiro Setor da Administração Pública. Organizações Sociais. Contrato de Gestão – Organizações Sociais, Organi-

- zações da Sociedade Civil de Interesse Públicos e seus ‘Vínculos Contratuais’ com o Estado”. In *Revista de Direito Administrativo*. N. 227. Jan./Mar., 2002, pp. 309-320.
- NANUS, Burt & DOBBS, Stephen M. *Liderança para o Terceiro Setor. Estratégias de Sucesso para as Organizações sem Fins Lucrativos*. Trad. Azevedo, Cynthia. São Paulo: Editora Futura, 2000.
- NOZIC, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Jungmann, Ruy. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O Público Não-Estatal na Refirma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- PEREZ, Clotilde & JUNQUEIRA, Luciano Prates (orgs.). *Voluntariado e a Gestão das Políticas Sociais*. São Paulo: Editora Futura, 2002.
- PINTO, Luiz Fernando da Silva. *Gestão-Cidadã. Ações Estratégicas para a Participação Social no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.
- PIRES, Maria Coeli Simões. “Terceiro Setor e Organizações Sociais”. In *Boletim de Direito Administrativo*. Abril, 1999, pp. 245-255.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- STUART MILL, John. *Princípios de Economia Política com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social*. Trad. Baraúna, João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- SCAFF, Fernando Facury. “Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado”. In *Revista de Direito Administrativo*. N. 225. Jul./Set., 2001, pp. 273-297.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Trad. Baraúna, Luiz João. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: Regulação no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Peiropólis, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WALD, Arnoldo, MORAES, Luiza Rangel de & WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

Precedentes colhidos no site: [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br) e [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) (pesquisa feita entre os dias 01/04 e 08/05/2003).

Sobre o Porto Digital: [www.portodigital.org.br](http://www.portodigital.org.br) e [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br) (pesquisa feita entre os dias 22 e 29/04/2003).

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

---



**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)