

Revista DO IBEDAFT



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE DIREITO ADMINISTRATIVO,
FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT**

Ano 3, Vol. V – Jan/jun/2022
São Paulo – SP – Brasil

Revista DO IBEDAFT



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE DIREITO ADMINISTRATIVO,
FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT**

AUTORES:

- *Adilson de Abreu Dallari*
 - *Igor Caminha Jorge*
 - *Kiyoshi Harada*
 - *Kristian Rodrigo Pscheidt*
 - *Laercio Guerra Silva*
 - *Marcos Joaquim
Gonçalves Alves*
 - *Mário Frota*
 - *Massami Uyeda*
 - *Mônica Cristina Raposo
da Câmara Chaves do Carmo*
 - *Oswaldo Othon de Pontes
Saraiva Filho*
 - *Ronalddo Chadid*
 - *Thais Xavier Ferreira Costa*
 - *Yuri Caminha Jorge*
-

Conselho Editorial

- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Rômulo de Andrade Moreira
- Wilson Alves de Souza

Produção gráfica:

Couto Coelho – *editorapaginae.com.br*

Diagramação eletrônica:

Maitê Sousa: *maitescoelho@yahoo.com.br*

Site: *ibedaft.com.br*

E-mail: *ibedaft@ibedaft.com.br*

Obs.: Os artigos publicados não refletem o pensamento da Comissão Editorial da Revista.

Artigos para a revista do IBEDAFT

Os interessados poderão encaminhar seus artigos endereçados para Kiyoshi Harada: kiyoshi@haradaadvogados.com.br ou Francisco Pedro Jucá: francisco.juca@trtsp.jus.br obedecidos os seguintes parâmetros:

- 1 – Textos de 15 a 20 páginas, em papel A4; fonte Times New Roman; tamanho 12; espaçamento entre linhas = 1,5; recuo à esquerda; notas de rodapé, tamanho 10 utilizando-se a mesma fonte.
- 2 – O artigo deverá conter:
 - a) Título em bilíngue;
 - b) Abaixo do título o nome do autor com breve currículo no rodapé;
 - c) Resumo em bilíngue;
 - d) palavras chaves em bilíngue;
 - e) Sumário em português mediante utilização de algarismo arábico para enumeração dos itens.
- 3 – Os textos não devem conter negritos ou sublinhamentos, devendo utilizar o itálico quando quiser dar destaque à palavra ou à frase.
- 4 – O envio de artigo implica cessão do direito autoral para sua publicação na Revista do Ibedaft com exclusividade.

Conteúdo

| | |
|--|-----------|
| Estatuto do IBEDAFT | 15 |
| Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT | 27 |
| – Diretoria | 27 |
| – Conselho Fiscal..... | 27 |
| – Membros do Conselho Superior de Orientação | 28 |
| – Quadro de associados do IBEDAFT | 29 |
| – Associados estrangeiros | 32 |
| – Composição do Conselho Editorial..... | 33 |
| Palavras do Presidente do IBEDAFT..... | 35 |
| – <i>Kiyoshi Harada</i> | |
| Apresentação do Coordenador Geral da Revista | 37 |
| – <i>Francisco Pedro Jucá</i> | |
| I – Distinção entre a limitação administrativa da propriedade e a interdição de uso da propriedade..... | 41 |
| – <i>Kiyoshi Harada</i> | |
| 1. Introdução | 42 |
| 2. Matriz constitucional do direito de propriedade | 45 |
| 3. O direito de propriedade no Código Civil..... | 46 |
| 4. Exame das flexibilizações do direito de propriedade..... | 48 |
| 4.1. Das limitações que atingem o caráter absoluto e caráter exclusivo da propriedade..... | 48 |
| 4.2. Das limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade | 49 |

| | |
|---|-----------|
| 4.3. Espécies de desapropriação..... | 49 |
| 4.3.1. Desapropriação por utilidade pública ou necessidade pública..... | 49 |
| 4.3.2. Desapropriação por interesse social..... | 50 |
| 4.3.3. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária | 50 |
| 4.3.4. Desapropriação de propriedade urbana que não cumpre a função social..... | 51 |
| 4.3.5. Desapropriação de propriedade nociva | 51 |
| 5. Conceito de limitação administrativa | 52 |
| 5.1. Caráter genérico da limitação administrativa e o seu caráter não indenizatório. | 53 |
| 5.2. Diferentes tipos de limitação administrativa..... | 54 |
| 5.2.1. Limitações decorrentes do direito urbanístico ... | 54 |
| 5.2.2. Outras espécies de limitações administrativas genéricas..... | 55 |
| 6. Limitações que implicam interdição do uso da propriedade e desapropriação indireta..... | 55 |
| 6.1. Posição da jurisprudência..... | 57 |
| 6.1.1. Jurisprudência do TRF1..... | 57 |
| 6.1.2. Jurisprudência do STJ..... | 62 |
| 6.1.3. Jurisprudência do STF..... | 62 |
| 6.1.4. Jurisprudência do TJSP | 65 |
| 6.2. Movimento de retrocesso jurisprudencial..... | 65 |
| 7. Conclusões | 67 |
| Referências | 67 |
| II – Ascensão e queda do planejamento orçamentário..... | 69 |
| – <i>Adilson Abreu Dallari</i> | |
| 1. Introdução..... | 70 |
| 2. A disciplina da matéria na Constituição Federal de 1988 | 72 |
| 3. Orçamento impositivo | 76 |
| 4. Emendas constitucionais | 77 |
| 5. A Resolução n. 1 do Congresso Nacional | 78 |
| 6. Conclusões..... | 79 |

| | |
|---|-----|
| III – O regime da garantia dos bens de consumo ora em vigor em Portugal | 81 |
| – <i>Mário Frota</i> | |
| Título I – Garantias legais..... | 82 |
| – Capítulo I – Preliminares..... | 82 |
| – Capítulo II – Requisitos subjectivos de conformidade | 84 |
| – Capítulo III – Requisitos objectivos de conformidade..... | 87 |
| – Capítulo IV – Requisitos adicionais de conformidade dos bens com elementos digitais..... | 89 |
| – Capítulo V – Instalação incorrecta dos bens..... | 91 |
| – Capítulo VI – Dimensão temporal da garantia & suas repercussões..... | 92 |
| 1. A responsabilidade pela preterição da obrigação geral de conformidade nos bens móveis ou com conteúdos ou serviços digitais: coisas novas e coisas recondicionadas [o prazo legal de garantia]..... | 92 |
| 2. A peculiar situação das coisas usadas..... | 93 |
| 3. Presunção de conformidade | 93 |
| 4. Comunicação da não conformidade: requisitos de forma | 95 |
| 5. A suspensão do prazo de garantia | 95 |
| – Capítulo VII – Direitos do consumidor em caso de não conformidade..... | 96 |
| 1. Direitos do consumidor | 96 |
| 2. A reposição de conformidade | 99 |
| 3. A reparação ou a substituição do bem: considerações gerais | 100 |
| 4. O direito de reparação: especialidades..... | 101 |
| 5. O direito de substituição: especialidades | 101 |
| 6. O direito de rejeição | 102 |
| 7. A redução proporcional do preço ou a extinção do contrato..... | 103 |
| 8. A extinção do contrato por meio da figura ou instituto da resolução..... | 104 |
| 9. Caducidade do direito de acção | 106 |

| | |
|---|------------|
| Título II – Garantia comercial..... | 107 |
| 1. Generalidades | 107 |
| 2. Carácter vinculativo da garantia comercial..... | 109 |
| 3. Condições mais favoráveis dispensadas ao consumidor.. | 110 |
| 4. Responsabilidade directa do produtor | 110 |
| 5. Garantia comercial: forma legal | 110 |
| 6. Menções obrigatórias | 111 |
| 7. Transmissibilidade da garantia..... | 112 |
| 8. A ilusória garantia comercial mediante a celebração de um contrato de seguro | 113 |
| Bibliografia: Lei Nova..... | 114 |
| | |
| IV – Razoabilidade e proporcionalidade e os limites da discricionriedade administrativa..... | 115 |
| – <i>Massami Uyeda</i> | |
| 1. Breve introdução | 116 |
| 2. Divisão do Poder..... | 117 |
| 3. O princípio da legalidade preside a prática de atos administrativos | 118 |
| 4. Poder discricionário da Administração | 120 |
| Referências | 127 |
| | |
| V – O ônus da prova no direito tributário..... | 129 |
| – <i>Laercio Guerra Silva</i> | |
| I. Palavras introdutórias..... | 130 |
| II. Nuances do lançamento tributário | 134 |
| III. Considerações sobre a relativização da presunção de veracidade dos atos administrativos | 137 |
| IV. Incursão sobre a teoria geral da prova | 141 |
| VI. O ônus da prova no direito tributário..... | 147 |
| VII. Conclusão | 153 |
| Bibliografia | 154 |

| | |
|--|------------|
| VI – Árbitro da crise: função arbitral do Supremo Tribunal Federal no conflito federativo em matéria sanitária no contexto do combate à pandemia de covid-19 | 157 |
| – <i>Igor Caminha Jorge</i> | |
| – <i>Yuri Caminha Jorge</i> | |
| Introdução | 158 |
| 1. Federalismo no Brasil..... | 159 |
| 2. Conflito federativo na crise sanitária..... | 166 |
| 3. Função arbitral do STF e a crise sanitária | 171 |
| 4. Postura do Supremo Tribunal Federal frente ao conflito federativo instaurado a partir da crise sanitária | 177 |
| Considerações finais..... | 181 |
| Referências bibliográficas | 181 |
| | |
| VII – Repetição de valores em razão de pagamento de dívida prescrita em programa de transação tributária..... | 185 |
| – <i>Kristian Rodrigo Pscheidt</i> | |
| Introdução..... | 186 |
| 1. O tributo como obrigação <i>ex lege</i> | 188 |
| 2. Da transação tributária..... | 191 |
| 3. Boa fé e princípio da confiança | 195 |
| 4. Da repetição dos valores prescritos | 198 |
| Considerações finais..... | 200 |
| Referências | 201 |
| | |
| VIII – Uma crítica à inefetividade da normatização infraconstitucional e da fiscalização dos órgãos de controle do microssistema consumerista no que concerne à apreciação de reclamações formuladas por usuários perante os fornecedores de bens e serviços..... | 205 |
| – <i>Mônica Cristina Raposo da Câmara Chaves do Carmo</i> | |
| Introdução..... | 207 |
| – Da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em consonância com a jurisprudência do STF..... | 210 |

| | |
|--|------------|
| I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas | 215 |
| II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações | 215 |
| III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório..... | 216 |
| IV. Recurso extraordinário desprovido..... | 216 |
| – Da incidência dos princípios da efetividade e da celeridade nas relações jurídicas travadas entre particulares | 217 |
| – Da ineficiência do regramento infraconstitucional no que concerne ao controle dos prazos e da efetividade durante a análise das reclamações apresentadas por consumidores em face dos respectivos fornecedores de bens e serviços | 221 |
| Conclusão | 226 |
| Referências | 227 |
| | |
| IX – Mandado de injunção – análises teóricas e jurisprudenciais..... | 229 |
| – <i>Thaís Xavier Ferreira da Costa</i> | |
| – <i>Ronaldo Chadid</i> | |
| 1. Introdução..... | 230 |
| 1. A CF/88 – discussões acerca da concretização de direitos ... | 232 |
| 2. Do mandado de injunção | 235 |
| 2.1. Origem, conceito e objeto..... | 235 |
| 2.2. Legitimidade e competência | 238 |
| 2.3. Procedimento, julgamento e recursos | 240 |
| 2.4. Do Mandado de Injunção Coletivo..... | 242 |
| 2.5. Mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão..... | 244 |

| | |
|---|------------|
| 3. A jurisprudência e o papel no Mandado de Injunção no ordenamento jurídico pátrio..... | 245 |
| 4. Conclusão..... | 250 |
| Referências bibliográficas | 251 |
| | |
| X – Técnicas de decisões intermediárias constitucionais: a superação do “legislador negativo” e a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal | 253 |
| – <i>Yuri Caminha Jorge</i> | |
| – <i>Igor Caminha Jorge</i> | |
| Introdução..... | 255 |
| 1. Sentenças intermediárias | 258 |
| 1.1. Decisões interpretativas | 261 |
| 1.1.1. Interpretação conforme a Constituição | 261 |
| 1.1.2. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto..... | 263 |
| 1.1.3. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador | 266 |
| 1.1.4. Inconstitucionalidade por omissão | 270 |
| 1.1.5. Declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade | 271 |
| 1.2. Decisões manipulativas..... | 271 |
| 1.2.1. Sentenças aditivas..... | 271 |
| 1.2.2. Sentenças substitutivas | 273 |
| 2. Críticas quanto à adoção das sentenças intermediárias | 274 |
| 2.1. Violação ao princípio democrático..... | 275 |
| 2.2. Violação à separação dos poderes..... | 278 |
| Considerações finais | 280 |
| Referências bibliográficas | 281 |

XI – PARECER JURÍDICO

Análise de dispositivo legal que afasta a incidência

dos tributos sobre os honorários recebidos

por escritório de advocacia e repassados a outros

advogados ou sociedades parceiros 285

– *Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho*

– *Marcos Joaquim Gonçalves Alves*

I – Introdução ao Parecer Jurídico e quesitos:..... 287

II – Natureza jurídica dos contratos de parceria..... 290

III – Exame da juridicidade das razões apresentadas
para o veto presidencial..... 294

IV – Conclusão e respostas aos quesitos 316

Estatuto do IBEDAFT

Registrado no 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital sob nº 685.472 em 14-10-2019.

ESTATUTO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT

CAPÍTULO I

Da denominação, Sede, Fins e Duração

Art. 1º – O Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário, conhecido pela sigla IBEDAFT, fundado em 13 de setembro 2019, é uma associação civil sem finalidade lucrativa, com prazo indeterminado de duração que congrega preponderantemente professores, juristas, acadêmicos e bacharéis em Direito.

Art. 2º – O IBEDAFT tem sede e foro na Capital do Estado de São Paulo, à rua Domingos de Morais, nº 2.781, cj. 610, sala 08, podendo promover eventos acadêmicos de natureza nacional ou internacional, no âmbito de suas finalidades.

Art. 3º – São fins do IBEDAFT:

- I – congregar expoentes do direito administrativo, financeiro e tributário proporcionando-lhes condições de produtividade e livre debate de ideias;
- II – zelar pela sustentação do primado do Direito e da Justiça;
- III – pesquisar institutos jurídicos com vistas ao estudo aprofundado nas áreas do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário e sob o prisma multidisciplinar;

- IV – propiciar visão prática do Direito, voltada para a gestão pública e empresarial;
- V – promover, além de outras atividades similares, seminários, conferências, palestras, cursos, congressos, painéis, ciclos e fóruns de debates sobre problemas jurídicos em geral, e, especialmente, sobre os temas ligados ao Direito Administrativo, Financeiro e Tributário;
- VI – prestar serviços à comunidade em áreas de cunho jurídico e cultural;
- VII – colaborar com as instituições de ensino superior e com os órgãos ou entidades pertinentes aos operadores do direito em geral;
- VIII – colaborar com o Poder Público no aperfeiçoamento da ordem jurídica, ofertando estudos e pareceres sobre anteprojetos legislativos de elevada repercussão na sociedade;
- IX – publicar livros, periódicos e boletins por qualquer um dos meios de publicação para divulgar os eventos do IBEDAFT e os trabalhos científicos de seus associados e colaboradores.

Art. 4º – O IBEDAFT não remunera Conselheiros, Diretores ou associados em razão do exercício do cargo, nem distribui parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a título de lucro ou de participação nos resultados. Seus recursos serão aplicados integralmente no País, na consecução dos objetivos institucionais. Suas receitas e despesas serão escrituradas em livro revestido de formalidades legais.

Art. 5º – Nenhum Conselheiro, Diretor ou associado do IBEDAFT responde, ainda que subsidiariamente, por obrigações contraídas em nome da entidade.

CAPÍTULO II

Dos sócios

Art. 6º – O IBEDAFT será constituído por número ilimitado de sócios, distribuídos entre as categorias de associados:

- Efetivos;

- Correspondentes;
- Honorários;
- Beneméritos, e
- Remidos.

Art. 7º – Efetivo é o associado, bacharel em Direito, que tenha sua proposta de admissão aprovada.

Art. 8º – Correspondente é o associado, que embora não seja bacharel em Direito, venha a ter sua proposta aprovada.

Art. 9º – Honorário é a pessoa que, por ter prestado relevantes serviços à humanidade, à causa pública, ou ao IBEDAFT, venha merecer tal título.

§ único – Os ex-Presidentes do IBEDAFT passam integrar automaticamente a categoria de sócio honorário.

Art. 10 – Benemérito é a pessoa física ou jurídica, que houver prestado relevante serviços ao IBEDAFT ou que lhe tenha feito doação de valor apreciável.

Art. 11 – Remido é o associado efetivo ou correspondente, com idade mínima de 60 (sessenta) anos, que o requerer, comprovando o recolhimento equivalente a 20 (vinte) ou mais contribuições anuais em vigor.

Art. 12 – Ao sócio efetivo, sem prejuízo dos direitos que lhe cabem, poderá ser conferido o título de sócio honorário ou benemérito.

CAPÍTULO III

Dos Direitos e Deveres dos Sócios

Art.13 – São direitos dos sócios efetivos e correspondentes:

- a) votar e ser votado;
- b) propor a admissão e a exclusão de sócios;
- c) tomar parte nas assembleias gerais, apresentando, discutindo e votando propostas;
- d) representar e apresentar sugestões à Diretoria e ao Conselho Superior de Orientação e no aperfeiçoamento das finalidades por este visadas;

- e) apresentar, discutir e votar teses e trabalhos jurídicos nas reuniões convocadas para tal fim;
- f) utilizar-se de todos os serviços prestados pelo IBEDAFT, podendo a Diretoria cobrar tarifas de serviços especiais, desde que ofereça preferência e vantagens ao sócio em concorrência com o não sócio.
- g) participar de todas as atividades realizadas pelo IBEDAFT.

§ único – Somente o sócio quite com a Tesouraria poderá gozar dos direitos acima especificados.

Art. 14 – São direitos dos demais sócios:

- a) apresentar trabalhos jurídicos e propostas de caráter científico;
- b) utilizar-se de todos os serviços normalmente prestados pelo IBEDAFT;
- c) participar de todas as atividades promovidas pelo IBEDAFT.

Art. 15 – São deveres dos sócios:

- a) aceitar e exercer, salvo justo motivo, os encargos e funções para as quais for eleito ou nomeado;
- b) pagar pontualmente as contribuições e tarifas fixadas pelo IBEDAFT;
- c) acatar as deliberações emanadas dos órgãos competentes do IBEDAFT.

CAPÍTULO IV

Da Admissão, Demissão e Exclusão de Associados

Art. 16 – A admissão de sócio efetivo ou correspondente será proposta por dois sócios, quites com as obrigações sociais, e submetidas à apreciação da Diretoria. A proposta de sócio honorário ou benemérito será feita pela Diretoria e aprovada pelo Conselho Superior de Orientação.

§ único – A proposta recusada não poderá ser objeto de nova apreciação, senão decorridos 3 (três) anos, a contar da data da rejeição.

Art. 17 – O sócio que não mais desejar continuar associado deverá endereçar carta à Secretaria do IBEDAFT, solicitando sua demissão, a qual

será homologada pela Diretoria em sua primeira reunião, desde que o sócio solicitante esteja quite com as suas obrigações.

Art. 18 – O associado está sujeito à aplicação das penas de advertência, suspensão e exclusão, segundo a gravidade da infração que cometer.

§ 1º – Será aplicada a pena de advertência ao associado que transgredir os dispositivos deste Estatuto ou praticar ato censurável, ou faltar com o decoro profissional.

§ 2º – Será aplicada pena de suspensão, não superior a um ano, ao associado que reincidir na falta pela qual tenha sido advertido, ou desatar deliberações da Diretoria, do Conselho Superior de Orientação ou da Assembleia Geral do IBEDAFT.

§ 3º Será aplicada a pena de exclusão ao associado que:

- a) estiver inadimplente da obrigação de pagar a contribuição anual de que trata o art. 15, letra *b*;
- b) reincidir em falta pela qual haja sido suspenso;
- c) desmoralizar-se publicamente por qualquer ato ou forma de comportamento.

CAPÍTULO V

Da Administração Social

Art. 19 – O exercício social coincide com o ano calendário, encerrando-se em 31 de dezembro de cada ano.

Art. 20 – São órgãos da administração:

- a) Diretoria;
- b) Conselho Superior de Orientação;
- c) Assembleia Geral.

SECÇÃO I

Da Diretoria

Art. 21 – A Diretoria é composta por 8 (oito) membros, eleitos pela Assembleia Geral, dentre os sócios efetivos, no gozo de seus direitos, a saber:

- Presidente;
- 3 Vice-Presidentes sem denominação específica;
- Secretário-Geral;
- 1º Secretário;
- Tesoureiro Geral; e
- 1º Tesoureiro.

§ 1º – O mandato da Diretoria será de 4 (quatro) anos, sendo permitida a reeleição ou recondução de seus membros.

§ 2º – Compete à Diretoria:

- a) a administração do IBEDAFT e o desenvolvimento das atividades tendentes à consecução de seus objetivos;
- b) a fixação das contribuições devidas pelas diversas categorias de sócios e o estabelecimento de tarifas por serviços prestados pelo IBEDAFT;
- c) a criação de departamentos cujos diretores serão também nomeados pelo Presidente;
- d) a elaboração de previsão orçamentária a ser submetida à apreciação do Conselho Superior de Orientação.
- e) demais atribuições que forem incumbidas pela Assembleia Geral.

§ 3º – A Diretoria reunir-se-á mensalmente, independentemente de convocação, em dias da semana a serem fixados em cada exercício e extraordinariamente sempre que convocado pelo Presidente ou por 4 (quatro) Diretores.

Art. 22 – Serão sempre necessárias 2 (duas) assinaturas dos membros da Diretoria para vincular o IBEDAFT, sendo obrigatória a do Presidente.

Art. 23 – Incumbe ao Presidente:

- a) dirigir os trabalhos do IBEDAFT;
- b) representar judicial e extrajudicialmente, ativa e passivamente, o IBEDAFT;
- c) convocar e instalar a Assembleia Geral, bem como convocar e presidir as reuniões da Diretoria;

d) emitir voto comum e de desempate quando necessário.

Art. 24 – É atribuição do Vice-Presidente substituir o Presidente em sua ausência ou impedimento, sem prejuízo da execução de outras tarefas que lhe forem cometidas pelo Presidente.

Art. 25 – Compete ao Secretário-Geral assessorar o Presidente na condução das atividades do IBEDAFT, bem como executar as tarefas específicas, lavrando as atas das reuniões de Diretoria e cuidar de sua correspondência.

Art. 26 – Ao 1º Secretário incumbe substituir o Secretário-Geral em sua ausência ou impedimento, sem prejuízo da execução de outras tarefas que lhe forem cometidas pelo Presidente.

Art. 27 – É atribuição do Tesoureiro-Geral gerir o patrimônio do IBEDAFT, particularmente receber e dar quitação de contribuições dos sócios e atender as despesas necessárias, mantendo a escrituração das receitas e despesas em livros revestidos de formalidades legais, capazes de assegurar sua exatidão.

Art. 28 – Ao 1º – Tesoureiro incumbe substituir o Tesoureiro-Geral em sua ausência ou impedimento, sem prejuízo da execução de outras tarefas que lhe forem cometidas pelo Presidente.

SECÇÃO II

Do Conselho Superior de Orientação

Art. 29 – O Conselho Superior de Orientação é constituído por 25 (vinte e cinco) membros eleitos em Assembleia Geral Ordinária, dentre os sócios efetivos e correspondentes, no gozo de seus direitos, com mandato de 4 (quatro) anos.

§ 1º – A eleição de sócios correspondentes para os cargos de conselheiro efetivo e suplente fica limitada a 1/5 (um quinto) de seus membros efetivos e suplentes, ou sejam, a dois membros efetivos e um suplente.

§ 2º – O Conselho Superior de Orientação terá um Presidente, um Vice-Presidente e um Secretário, que serão escolhidos dentre os seus próprios membros.

§ 3º – Compete ao Conselho Superior de Orientação:

- a) promover a orientação científica na realização de estudos com vistas ao desenvolvimento das atividades do IBEDAFT;
- b) formular propostas, pareceres, estudos ou recomendações à Diretoria visando o aprimoramento das atividades do IBEDAFT;
- c) supervisionar as atividades da Diretoria e homologar a proposta de sócio honorário ou benemérito;
- d) autorizar a Diretoria a contrair obrigação que não se enquadre nos limites da previsão orçamentária anual;
- e) autorizar a Diretoria a alienar bens ou onerar móveis e imóveis do patrimônio social;
- f) aprovar a previsão orçamentária;
- g) propor a Assembleia Geral a dissolução do IBEDAFT se verificar a impossibilidade de consecução de seus objetivos;
- h) deliberar sobre alteração dos estatutos sociais, elaborando a proposta respectiva a ser submetida à apreciação da Assembleia Geral.

§ 4º – O Conselho Superior de Orientação reunir-se-á anualmente, mediante prévia convocação de seu Presidente, e, extraordinariamente sempre que convocado por seu Presidente, pelo Presidente da Diretoria ou por 8 (oito) Conselheiros, pelo menos.

§ 5º – O Conselho funcionará com a presença de no mínimo, 6 (seis) conselheiros, deliberando pela maioria dos presentes, salvo as demais hipóteses previstas nestes estatutos.

§ 5º – É incompatível o exercício das funções de Conselheiro com as de Diretor eleito.

SECÇÃO III

Da Assembleia Geral

Art. 30 – A Assembleia Geral é o órgão soberano do IBEDAFT e é composto por sócios efetivos e correspondentes.

§ 1º – A Assembleia Geral Ordinária reunir-se-á anualmente para apreciação do relatório de atividades da Diretoria e do balanço referente ao exercício findo, e quadrienalmente, no mês da fundação, para eleição dos membros da Diretoria e do Conselho Fiscal e do Conselho Superior de Orientação.

§ 2º – As Assembleias Gerais Ordinárias deverão realizar-se na segunda quinzena do mês de janeiro.

Art. 31 – As Assembleias Gerais Extraordinárias reunir-se-ão quando convocadas pelo Presidente do Conselho ou da Diretoria, ou por solicitação de 6 (seis) membros do Conselho Superior de Orientação, ou ainda por um quinto dos sócios com direito a votos, só podendo deliberar sobre assuntos expressamente mencionados na convocação.

Art. 32 – As Assembleias Gerais serão convocadas com antecedência mínima de 3 (três) dias, por carta, telefone, e-mail, ou edital publicado em jornal ou afixado na sede.

§ 1º – A instalação da Assembleia Geral, em primeira convocação dar-se-á com a presença de 2/3 (dois terço), pelo menos, dos sócios, instalando-se em segunda convocação, realizável meia hora após, com qualquer número de sócios presentes.

§ 2º – Para a deliberação a que se referem as letras *d*, *e* e *f* do art. 33 será exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembleia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.

Art. 33 – Compete a Assembleia Geral:

- a) eleger a mesa diretora dos trabalhos;
- b) eleger os membros da Diretoria, do Conselho Superior de Orientação e do Conselho Fiscal;
- c) apreciar as contas da Diretoria;
- d) alterar os estatutos conforme proposta feita pelo Conselho Superior de Orientação (art. 29, § 3º, letra “g”);
- e) deliberar sobre a dissolução do IBEDAFT se houver prévio parecer favorável do Conselho Superior de Orientação e destino do acervo

social, devendo o patrimônio, em qualquer caso, ter o destino previsto no parágrafo único, do artigo 36;

- f) destituir os membros da Diretoria, do Conselho Superior de Orientação ou do Conselho Fiscal;
- g) manifestar-se sobre todos os assuntos que lhe sejam submetidos.

CAPÍTULO V

Do Conselho Fiscal

Art. 34 – Ao Conselho Fiscal competirá fiscalizar a atividade do IBEDAFT e exarar parecer sobre os balanços apresentados pela Diretoria.

Art. 35 – O Conselho Fiscal será composto por 3 (três) Conselheiros e 3 (três) Suplentes, com mandato de 4 (quatro) anos.

CAPÍTULO VI

Do Patrimônio

Art. 36 – Constituem o patrimônio do IBEDAFT as doações e as subvenções eventualmente concedidas, os proventos decorrentes das atividades culturais e das publicações realizadas e as contribuições oficiais ou particulares dos sócios, assim como os valores, livros, objetos e quaisquer bens que venham pertencer ao IBEDAFT.

§ único – No caso de extinção do IBEDAFT, transferir-se-á o seu patrimônio para a Fundação Álvares Penteado, ou a estabelecimento de ensino congênere, ou para qualquer outra entidade de natureza científica.

CAPÍTULO VII

Disposições Gerais

Art. 37 – Consideram-se sócios fundadores todos os que subscreveram a ata de fundação do IBEDAFT.

Art. 38 – Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Superior de Orientação.

CAPÍTULO VIII

Disposições Transitórias

Art. 39 – O primeiro mandato dos Conselheiros, dos membros da Diretoria e dos Conselhos Consultivo e Fiscal terminará no ato de eleição de seus sucessores, o que ocorrerá na Segunda quinzena de janeiro de 2023, ficando os Diretores e membros do Conselho Superior de Orientação e Fiscal em exercício nos seus cargos até a efetiva substituição.

Art. 40 – A Diretoria, mediante proposta do Conselho Superior de Orientação poderá instituir as seguintes premiações a serem outorgadas a administrativistas, financistas e tributaristas que se destacarem no cenário jurídico:

- a) Prêmio Ely Lopes Meireles;
- b) Prêmio Aliomar Baleeiro;
- c) Prêmio Rubens Gomes de Sousa.

Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT

Quadriênio 2019-2023

DIRETORIA

- Presidente – Kiyoshi Harada
- 1º Vice-Presidente – Marcelo Campos
- 2º Vice-Presidente – Toshio Mukai
- 3º Vice-Presidente – Eduardo Marcial Ferreira Jardim
- Secretário-Geral – Fabiane Louise Taytie
- Primeiro Secretário – Maria Cláudia de Carvalho Gallon
- Tesoureiro Geral – Jennifer Pereira Simão Verospi
- 1º Tesoureiro – Solange Mesquita

CONSELHO FISCAL

Efetivos:

- 1 – Marcelo Kiyoshi Harada
- 2 – Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
- 3 – Marcelo Borlina Pires

Suplentes:

- 1 – Alberto Higa
- 2 – Diógenes de Brito Tavares
- 3 – Daniel Geoffroy

MEMBROS DO CONSELHO SUPERIOR DE ORIENTAÇÃO

- 1 – Adilson Dallari
- 2 – Antonio Francisco Costa
- 3 – Doris de Miranda Coutinho
- 4 – Edson Simões
- 5 – Eduardo Tuma
- 6 – Elival da Silva Ramos
- 7 – Everardo Maciel
- 8 – Felícia Ayako Harada
- 9 – Fernando Facury Scaff
- 10 – Francisco Pedro Jucá
- 11 – Francisco Rezek
- 12 – Ivette Senise Ferreira
- 13 – José Maurício Conti
- 14 – Léo da Silva Alves
- 15 – Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
- 16 – Luiz Gonzaga Bertelli
- 17 – Marcos da Costa
- 18 – Maria Sylvia Zanella Di Pietro
- 19 – Marilene Talarico Martins Rodrigues
- 20 – Massami Uyeda
- 21 – Paulo de Barros Carvalho
- 22 – Regis Fernandes de Oliveira
- 23 – Roque Antonio Carraza
- 24 – Ruy Martins Altenfelder Silva
- 25 – Sydney Sanches

QUADRO DE ASSOCIADOS DO IBEDAFT

1. Adilson Abreu Dallari
2. Agostinho Toffoli Tavolaro
3. Alberto Shinji Higa
4. Alfredo Portinari Greggio Lucente Maranca
5. Aline Aparecida da Silva Tavares
6. Antonio Francisco Costa
7. Antonio Urbino Penna Jr
8. Arthur Bezerra de Souza Junior
9. Betina Treige Grupenmacher
10. Carlos Figueiredo Mourão
11. Carlos Roberto de Alckmin Dutra
12. Carmen Silvia Válio de Araujo Martins
13. Christianne de Carvalho Stroppa
14. Cleide Regina Furlani Pompermaier
15. Daniel Geoffroy
16. Daniel Oliveira Matos
17. Di Bonetti
18. Diógenes de Brito Tavares
19. Dircêo Torrecillas Ramos
20. Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda Coutinho
21. Edilberto Carlos Pontes Lima
22. Edson Emanuel Simões
23. Eduardo Marcial Ferreira Jardim
24. Eduardo Sérgio Sousa Medeiros
25. Eduardo Tuma
26. Elisabeth Libertuci
27. Elival da Silva Ramos
28. Érico Della Gatta

29. Esther Seiko Yoshinaga
30. Everardo de Almeida Maciel
31. Fabiane Louise Taytie
32. Felicia Ayako Harada
33. Fernando Barboza Dias
34. Fernando Facury Scaff
35. Fernando Fracari Vargas
36. Filipe Piazzi Mariano da Silva
37. Flávio Garcia Cabral
38. Francisco Pedro Jucá
39. Francisco Rezek
40. Gustavo Andre Muller Brigagão
41. Hamilton Dias de Souza
42. Helcio Honda
43. Heleno Taveira Torres
44. Hélio José Machado
45. Henrique Nelson Calandra
46. Igor Mauler Santiago
47. Ivette Senise Ferreira
48. Jennifer Pereira Simão Verospi
49. Jo Tatsumi
50. José Bazilio Teixeira Marçal
51. José Maurício Conti
52. José Renato Nalini
53. José Soares Ferreira Aras Neto
54. Josinaldo Leal de Oliveira
55. Kiyoshi Harada
56. Kristian Rodrigo Pscheidt
57. Laercio Guerra Silva

58. Léo da Silva Alves
59. Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
60. Luis Antonio Flora
61. Luiz Fernando Ferraz de Rezende
62. Luiz Gonzaga Bertelli
63. Luiz Henrique Sormani Barbugiani
64. Marcelo Baptistini Molero
65. Marcelo Borlina Pires
66. Marcelo Campos
67. Marcelo Kiyoshi Harada
68. Marcio Ferraz Nunes
69. Marcos da Costa
70. Marcus Abraham
71. Maria Claudia de Carvalho Gallon
72. Maria Garcia
73. Maria Sylvia Zanella Di Pietro
74. Marilene Talarico M. Rodrigues
75. Massami Uyeda
76. Massami Uyeda Junior
77. Michel Temer
78. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
79. Patricia Mayumi Murakami
80. Paulo Ayres Barreto
81. Paulo de Barros Carvalho
82. Rafael Albertoni Faganello
83. Raphael Silva Rodrigues
84. Regis Fernandes de Oliveira
85. Renan Clemente Gutierrez
86. Renato Akira Shimmi
87. Rita De Cássia De França Carneiro Agra

88. Ronaldo Chadid
89. Roque Antonio Carrazza
90. Ruy Martins Altenfelder Silva
91. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
92. Sebastião Helvecio Ramos de Castro
93. Solange Mesquita
94. Sydney Sanches
95. Sylvio Toshiro Mukai
96. Talita Pimenta Félix
97. Thiago Glucksmann de Lima
98. Toshio Mukai
99. Wagner Seian Hanashiro
100. Waneska Leticia dos Santos Frago Sarmento

ASSOCIADOS ESTRANGEIROS

1. Ana Claudia Barbuda
2. Carlo Bosna
3. Clareth José Munive Meek
4. Daniel Terrón Santos
5. Fernando Rey Martínez
6. Guillermo Orozco Pardo
7. Jorge Manuel Moura Louveiro de Miranda
8. José Casalta Nabais
9. José María Lago Montero
10. Juan Fernando Durán Alba
11. Mário Ângelo Leitão Frota
12. Marta Morillas Fernández
13. Raffaele Chiarelli
14. Ricardo Jorge Klass
15. Tiago Serrão

COMPOSIÇÃO DO CONSELHO EDITORIAL

- Coordenador Geral: Francisco Pedro Jucá
- Sub coordenador Geral: Marcelo Campos
- Coordenadores de Direito Administrativo: Toshio Mukai e Alberto Higa
- Coordenador de Direito Financeiro: Kiyoshi Harada
- Coordenador de Direito Tributário: Eduardo Marcial Ferreira Jardim
- Coordenadora de Direito Constitucional: Maria Cláudia de Carvalho Gallon

Membros:

- Adilson Abreu Dallari
- Alberto Higa
- Antonio Francisco Costa
- Dircêo Torrecillas Ramos
- Eduardo Marcial Ferreira Jardim
- Francisco Pedro Jucá
- José Mauricio Conti
- Kiyoshi Harada
- Léo da Silva Alves
- Marcelo Campos
- Marcos Abraham
- Maria Claudia Gallon
- Maria Sylvia Zanella Di Pietro
- Massami Uyeda
- Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
- Sydney Sanches
- Toshio Mukai

Palavras do Presidente do IBEDAFT



Kiyoshi Harada, Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.

Chegamos ao terceiro ano de existência do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT – com a edição do volume V de nossa Revista.

São onze artigos escritos por juristas pátrios e também de Portugal, abordando temas atuais e relevantes na seara dos quatro grandes ramos do Direito Público: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Financeiro e Direito Tributário.

Ao longo do primeiro semestre de 2022 o IBEDAFT desenvolveu intensa atividade chegando a selecionar e publicar nada menos que 40

artigos abordando aspectos jurídicos e políticos que interferem no dia a dia do cidadão brasileiro.

Intensos debates foram travados pelos associados do IBEDAFT, por meio de lives, enfocando as reformas tributárias em andamento no Congresso Nacional e a rediscussão do projeto de lei em exame no Senado Federal, que reintroduz a tributação de dividendos e abole a dedução dos Juros sobre o Capital Próprio – JCP.

Outrossim, as três leis complementares, a de nºs 190/22, 192/22 e 194/22, que versam sobre o regime de tributação dos combustíveis pelo ICMS, foram objetos de acalorados debates, assim como, o indulto concedido ao Deputado Daniel Silveira. Os vídeos desses debates encontram-se disponibilizados no site do IBEDAFT e foram amplamente divulgados pela mídia.

Por fim, estamos procedendo à indicação de nomes dos associados Adilson Abreu Dallari, Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Léo da Silva Alves e Robson Maia para receberem o título de “Jurista de destaque de 2022” a ser outorgado em cerimônia pública, em parceria com a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, em data a ser designada.

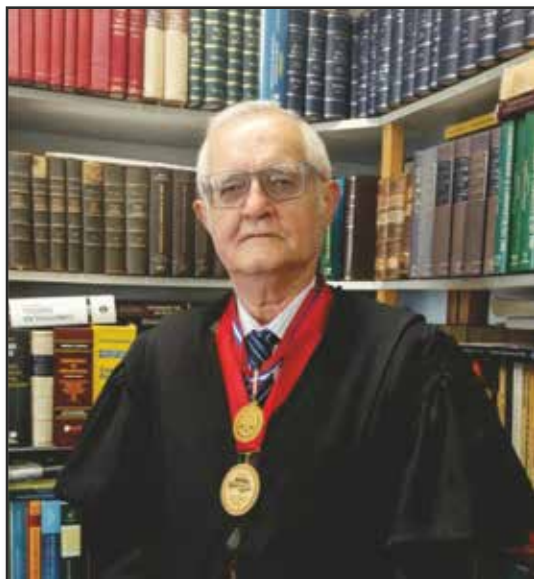
Além disso, estamos organizando o 2º Simpósio Internacional de Direito Público a se realizado neste ano, com a participação de juristas brasileiros e estrangeiros.

Ao finalizar externamos nossos profundos agradecimentos aos diretores, conselheiros e associados que vêm colaborando na consecução dos objetivos institucionais do IBEDAFT.

Kiyoshi Harada

Presidente

Apresentação do Coordenador Geral da Revista



*Francisco Pedro Jucá, Sócio-Fundador e Conselheiro
do Ibedaft e Coordenador Geral da Revista.*

O Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário, o nosso IBEDAFT, fruto do empenho, esforço e talento do seu idealizador, o Jurista Kiyoshi Harada, vem cumprindo ao que se propõe com regularidade e, não escondamos justificado orgulho, real mérito.

Honra-me o Presidente Kiyoshi Harada com a incumbência de apresentar a Revista do IBEDAFT, que chega galhardamente ao 5º número, coincidindo com o registro do sucesso do 7º Congresso Internacional de Direito Financeiro, acontecido em Florianópolis, e

que reuniu eminentes juristas e especialistas do Direito Público, com a efetiva participação de todos os Tribunais de Contas do Estados e da Autoridade Fiscal Independente, do Congresso Nacional, no qual foi o Homenageado do Presidente do IBEDAFT, com reconhecimento da comunidade especializada dos seus méritos, sua longa e brilhante trajetória e da sua contribuição de fundamental importância para o Direito Público.

Não se tome o registro como formalidade nem como elogio gratuito, bem diversamente, se o fazemos é porque significa, na essência, a justa e merecida valorização e projeção do IBEDAFT por seu Presidente no prestígio e evolução do Direito Público.

Com real satisfação, conseguimos chegar ao 5º número da Revista, mencionando que manter publicação teórico-jurídica entre nós, com regularidade, é um trabalho árduo, cheio de desafios e que envolve muitos, muitos talentos e muitos esforços. Os frutos de tudo isso, porém, são copiosos, e expressivos publicistas apresentam-se, oferecendo preciosas contribuições científicas, emprestando, assim, qualificação crescente à publicação.

Neste quinto número, dois autores, os juristas Yuri Caminha Jorge e Igor Caminha Jorge, nos oferecem dois estudos excelentes. Num examinam com proficiência a Função Arbitral do STF e, noutro, a Técnica de Decisão Constitucional Intermediária. No seu conjunto representam significativa contribuição teórica para a discussão de pontos fundamentais do Direito Público.

O Jurista Emérito Adilson de Abreu Dallari nos brinda com o brilhante estudo sob o título de “Ascensão e Queda do Planejamento Tributário”, apresentando substancial reflexão sobre este tema candente e desafiador.

O Ônus da Prova no Direito Tributário é examinado pelo jurista Laércio Silva, enfocando o tema com particular proficiência e espírito crítico, que em muito enriquece o debate sobre a matéria.

Oswaldo Othon Pontes Saraiva Filho e Marcos Joaquim Gonçalves Alves, festejados juristas, trazem à luz estudo sobre o Dispositivo Legal

que afasta a tributação em honorários transferidos entre advogados parceiros.

O Ministro Massami Uyeda generosamente oferece contribuição de fôlego sobre o tema Razoabilidade e Proporcionalidade e os Limites da Discricionariiedade Administrativa.

Repetição de valores em pagamentos por dívidas prescritas é o assunto enfrentado com real brilho pelo jurista Kristian Rodrigo Pscheidt, que o examina com tal profundidade que nos permite revisitar a reflexão sobre o assunto.

O Jurista português Mário Frota manda d'alm mar brilhante estudo sobre o tema da inefetividade da normatização infra constitucional em matéria consumerista. O assunto é da especialidade do ilustre autor, que sempre traz à baila temas relevantes e inovadores, do que é exemplo os primeiros estudos sobre o "superendividamento" dos consumidores. Além de dar o traço de internacionalidade que marca nossa Revista, a valoriza e a alça a elevado patamar.

O conjunto de estudos e artigos, os temas abordados, a elevada qualidade de seus autores e da produção científica oferecida, mais uma vez, mais do que recomendam a leitura, a tornam obrigatória a todos quantos seguem os caminhos do Direito Público, e também daqueles que, pela visão sistêmica e transversal do Direito como sistema, em sua amplitude, seguramente são provocados à absorver os ensinamentos e refletir sobre eles.

Como integrante do IBEDAFT e de seu Conselho, como Coordenador da Revista, sinto-me regamente compensado em fazer a habitual apresentação de mais este número, profundamente honrado, mesmo reconhecendo que a empreitada supera em muito os méritos e capacidade do autor, parodiando Camões pela falta de engenho e arte.

Francisco Pedro Jucá

*Sócio fundador e conselheiro do IBEDAFT
e Coordenador Geral da Revista*

I

Distinção entre a limitação administrativa da propriedade e a interdição de uso da propriedade

Distinction between the administrative limitation of property and the prohibition of use of the property

*Kiyoshi Harada**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o direito de propriedade com ênfase para o aspecto da sua função social, e ao depois, estudar as diversas formas de limitação administrativa genérica e a limitação específica que implica a interdição do direito de uso da propriedade a gerar a justa indenização.

Ao final é feito um estudo da jurisprudência dos nossos tribunais acerca dessas limitações administrativas, apontando a tendência da jurisprudência atual.

ABSTRACT: This article aims to analyze the property right with emphasis on the aspect of its social function, and then, to study the different forms of generic administrative

(*) Jurista com de 38 obras publicadas. Sócio fundador do escritório Harada Advogados Associados. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

limitation and the specific limitation that implies the prohibition of the right to use the property, to generate fair compensation.

At the end, a study of the jurisprudence of our courts is made about these administrative limitations, pointing out the trend of current jurisprudence.

PALAVRAS CHAVES: propriedade. Função social da propriedade. Limitação administrativa. Desapropriação indireta.

KEYWORDS: property. social function of property. Administrative limitation. Indirect expropriation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Matriz constitucional do direito de propriedade. 3. O direito de propriedade no Código Civil. 4. As flexibilizações do direito de propriedade. 4.1 Das limitações que atingem o caráter absoluto e caráter exclusivo da propriedade. 4.2 Das limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade. 4.3. Espécies de desapropriação. 4.3.1 Desapropriação por utilidade pública ou necessidade pública. 4.3.2 Desapropriação por interesse social. 4.3.3 Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. 4.3.4 Desapropriação de propriedade urbana que não cumpre a função social. 4.3.5 Desapropriação de propriedade nociva. 5. Conceito de limitação administrativa. 5.1 Caráter genérico da limitação administrativa e o seu caráter não indenizatório. 5.2 Diferentes tipos de limitação administrativa. 5.2.1 Limitações decorrentes do direito urbanístico. 5.2.2 Limitações decorrentes do art. 12 do Código de Águas. 6. Limitações que implicam interdição do uso da propriedade e desapropriação indireta..1 Posição da jurisprudência. 6.1.1 Jurisprudência do TRF1. 6.1.2 Jurisprudência do STJ. 6.1.3 Jurisprudência do STF. 6.1.4 Jurisprudência do TJSP. 6.2 Movimento de retrocesso jurisprudencial.

1. INTRODUÇÃO

O direito de propriedade na atualidade perdeu as características antigas. Não mais existe o caráter exclusivo e absoluto da propriedade conhecido como *jus utendi, fruendi et abutendi*, ou sejam, os poderes de usar, gozar ou fluir das utilidades e de dispor da coisa.

O conceito de propriedade dado pelos romanos (*dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*) não mais prevalece nos dias atuais em que a propriedade deve cumprir a sua função social.

É fora de dúvida que a propriedade vem sofrendo limitações ao longo de tempo de conformidade com a nova ordem social que surgiu no mundo moderno, onde a intervenção do poder pública se faz cada vez mais intensa para restringir a liberdade individual e subordinar o direito às exigências do bem comum.

Dessa forma a função social da propriedade passou a se constituir em um dos princípios da atividade econômica (art. 170, II da CF).

A respeito do tema, preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que escreveu à luz da Ordem Constitucional anterior:

“O quarto dos princípios fundamentais da ordem econômica, segundo a Constituição vigente, é o da função social da propriedade. Com isso, condena ela a concepção absoluta da propriedade segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa de modo puramente egoísta, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade.”¹

Entretanto, para José Afonso da Silva a função social não se confunde com o sistema de limitações porque ela não diz respeito ao exercício do direito, mas à estrutura do direito de propriedade, isto é, não existe propriedade sem a função social. Com base em estudo pioneiro à luz do direito positivo e com base nos ensinamentos, dentre outros, de Karl Renner, Pedro Escribano Collado e Fiorella D’Angelo, demonstra que a função social constitui o próprio fundamento do regime jurídico da propriedade.

São suas as palavras:

1. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 267.

“A função social, assinala Pedro Escribano Collado, ‘introduziu, na esfera 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 de sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.

Com essa concepção é que o intérprete tem que entender as normas constitucionais, que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende sua função social, ‘implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo, em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas’ (cf. Fiorella D’Angelo). Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência

da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico.

Por outro lado, em concreto, o princípio também não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia.”²

2. MATRIZ CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição Federal contém os seguintes dispositivos voltados para a propriedade privada:

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

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”;

2. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 250-251.

“Art. 170. 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:

[...]

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade”;

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.”

Como se verifica, a Constituição assegurou o direito à propriedade privada, porém, condicionada à sua função social, ressaltando os casos de perda da propriedade em casos de desapropriações.

Além disso, possibilitou a requisição de propriedade no caso de iminente perigo público mediante ulterior indenização.

Por fim, previu a restrições decorrentes de tombamentos que são realizados por três esferas políticas segundo as respectivas legislações. A União promove o tombamento por meio do IPHAN; os Estados por intermédio do CODEPHAATS; e os Municípios por meio dos CONPRESPSs.

3. O DIREITO DE PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

Dispõe o Código Civil de 2002:

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

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

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

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

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

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

Os três atributos da propriedade romana previstos no *caput*, como se viu, sofreu flexibilizações decorrentes da nova ordem jurídico-social. Entretanto, conferiu-se o direito à ação reivindicatória para tornar efetivo esse direito de propriedade.

Com o advento da Constituição de 1988, a função social da propriedade foi incorporada como elemento estrutural da propriedade. Por isso, o novo Código Civil não permite o seu uso egoístico, condicionando a propriedade ao bem-estar da sociedade.

De conformidade com o § 1º retrotranscrito, a propriedade deve atender aos fins econômicos e sociais, de sorte a preservar o meio

ambiente ecologicamente equilibrado, o patrimônio histórico, a flora e a fauna. Segundo o § 2º é interdita o uso prejudicial da propriedade, ao passo que, o seu § 3º contempla expressamente a desapropriação da propriedade por necessidade pública ou interesse social. Por sua vez, o § 4º torna expressa a hipótese de perda da propriedade reivindicada, a fim de preservar a permanência no imóvel das pessoas que o possuam de boa-fé há mais de cinco anos. Essa perda da propriedade corresponde à sua retirada compulsória por meio de ação expropriatória a cargo do poder público mediante pagamento da justa indenização, conforme prescrição do § 5º.

4. EXAME DAS FLEXIBILIZAÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Como visto anteriormente, o absolutismo, a exclusividade e a perpetuidade que caracterizavam a antiga propriedade não mais subsistem. Aqueles traços característicos da propriedade romana acham-se flexibilizados por normas de natureza constitucional e de natureza infraconstitucional que decorrem das legislações ordinárias e especiais, como veremos a seguir de forma sumária.

4.1. Das limitações que atingem o caráter absoluto e caráter exclusivo da propriedade

O caráter absoluto da propriedade, assim como o seu caráter exclusivo sofrem limitações que se situam no campo do exercício do direito. É até intuitivo que essas limitações, muitas vezes, decorrem da própria natureza do direito na medida em que no exercício do seu direito, o proprietário não pode ir além de determinados limites, sob pena de caracterizar abuso. O seu direito termina onde começa o direito de outrem. As limitações decorrem, também, de imposições legais genéricas ou específicas: direito de vizinhança; servidões; limitações urbanísticas; limitações de natureza ambiental; e inúmeras limitações pertinentes à proteção da lavoura, do comércio, da indústria, além daquelas previstas nas leis penais, eleitorais etc.

Finalmente, existem limitações que atingem o caráter absoluto e exclusivo da propriedade que decorrem de preceitos constitucionais específicos. São os casos da requisição (inciso XXV, do art. 5º da CF) e do tombamento de “sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (§ 5º, do art. 216 da CF).

4.2. Das limitações que atingem o caráter perpétuo da propriedade

A limitação que atinge o aspecto perpétuo da propriedade, que é a sua irrevogabilidade, não se situa no campo do exercício do direito como nos casos vistos no item anterior. O caráter irrevogável da propriedade só pode ser atingido por meio de desapropriação em hipóteses taxativamente previstas na Constituição e mediante pagamento prévio da justa indenização em dinheiro, ou em títulos da dívida pública.

A garantia constitucional da propriedade tem apenas o sentido de não permitir a sua abolição, mas o seu caráter perpétuo pode ser retirado por meio de desapropriações adiante apontadas.

4.3. Espécies de desapropriação

As hipóteses de desapropriação previstas na Constituição podem ser sumariadas na forma adiante.

4.3.1. Desapropriação por utilidade pública ou necessidade pública

A dicotomia, utilidade pública/necessidade pública, existente no Código Civil de 1916, desapareceu com o advento do Decreto-lei nº 3.365/41 que fundiu as duas espécies. Segundo o art. 5º desse estatuto básico da desapropriação as hipóteses de desapropriação estão taxativamente previstas nas alíneas *a* a *p*. A hipótese mais frequente é a prevista na letra *i*, consistente na abertura de vias, conservação e

melhoramento de vias ou logradouros públicos; execução de planos de urbanização.

Essa espécie de desapropriação só se processa mediante pagamento prévio da justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV da CF).

4.3.2. Desapropriação por interesse social

Essa espécie de desapropriação que, igualmente, é precedida de pagamento da justa indenização em dinheiro é regida pela Lei nº 4.132/62 que arrola em seu art. 2º as oito hipóteses. A hipótese mais ocorrente na prática é a do inciso IV, destinada a manutenção de posseiros que com a “tolerância expressa ou tácita de do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 famílias”.

4.3.3. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária

Conforme previsão do art. 184 da CF esse tipo de desapropriação só pode atingir a propriedade que não esteja cumprindo a sua função social. Para esse fim o art. 186 define a função social da propriedade rural. É vedada a desapropriação de propriedade produtiva, bem como a de pequena e média propriedade (art. 185 da CF)

A justa e previa indenização é paga em títulos de dívida agrária com prazo de resgate de 20 anos, sendo que as benfeitorias e as plantações são indenizadas em dinheiro.

O processo de desapropriação é regulado pela Lei nº 8.629/93 com as alterações introduzidas pela MP nº 2.183/01.

4.3.4. Desapropriação de propriedade urbana que não cumpre a função social

Nessa espécie de desapropriação a justa de prévia indenização é paga em títulos da dívida pública, resgatáveis em dez anos, de emissão autorizada previamente pelo Senado Federal (art. 182, § 4º da CF).

Deve-se observar a gradação dos instrumentos previstos no § 4º para intentar a ação expropriatória.

Primeiramente, cabe ao poder público municipal exigir o cumprimento da função social da propriedade mediante edificação ou parcelamento do solo urbano (inciso I, do § 4º, do art. 182 da CF). Decorrido o prazo concedido, sem que o proprietário atenda à determinação administrativa, cumpre ao poder público local lançar o IPTU progressivo no tempo, mediante a majoração de alíquota do imposto, anualmente, até chegar a 15% aplicável sobre o valor venal da propriedade (inciso II, do § 4º). Se mesmo assim continuar a disfunção social da propriedade cabe ao Município, como último instrumento ordenador da função social, promover a desapropriação (inciso III, do § 4º).

4.3.5. Desapropriação de propriedade nociva

Por fim, temos a desapropriação de propriedade nociva, onde forem localizadas culturais ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo (art. 243 da CF).

Esse tipo de desapropriação é compulsória e não haverá qualquer espécie de indenização. Por essa razão, parte da doutrina a denomina de confisco, contrariando a dicção constitucional que a denomina de desapropriação. O processo de desapropriação está regulado na Lei nº 8.257/91.

5. CONCEITO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como veremos mais adiante, há mais ou menos um consenso entre os administrativistas acerca do conceito de limitação administrativa que outra coisa não é senão uma imposição de ordem pública genérica, fundada no poder de polícia do Estado, restringindo, com base na lei, o exercício do direito de propriedade no interesse da coletividade.

Apesar da denominação, a limitação só pode ser estabelecida por lei em sentido estrito. Daí a impropriedade da denominação *limitação administrativa*. A Administração limita-se a zelar pela observância das limitações estabelecidas em lei. No caso de servidão administrativa, o Decreto limita-se a apontar concretamente o imóvel a ser gravado.

Os administrativistas em geral posicionam-se dentro dessa conceituação. Senão vejamos.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, as limitações administrativas podem “ser definidas como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social.”³

A seu turno, Diógenes Gasparini afirma que é “toda imposição do Estado de caráter geral, que condiciona direitos dominiais do proprietário, *independentemente de qualquer indenização*.”⁴

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, distingue limitação administrativa da servidão administrativa. “Enquanto, por meio de limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração para que se mantenha dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito” Para ele “servidão administrativa é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública,

3. *Direito Administrativo*, 8º ed. São Paulo: Atlas, 1997.

4. *Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo.”⁵

Por derradeiro, o saudoso municipalista brasileiro, Hely Lopes Meirelles, afirma que “limitação administrativa é toda imposição geral, *gratuita*, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem estar social,”⁶

Verifica-se que nenhuma dessas conceituações implica interdição total do uso da propriedade por meio de limitações administrativas, nem mesmo a servidão administrativa que atinge parcialmente um bem determinado.

5.1. Caráter genérico da limitação administrativa e o seu caráter não indenizatório.

Exatamente o caráter genérico da limitação administrativa aponta na direção da não indenização.

De fato, se todos devem ser indenizados segue-se que todos devem contribuir pecuniariamente para que o poder público possa efetuar a indenização, o que não faria sentido algum: pagar pra, ao depois, receber de volta.

Todavia, se apenas alguns proprietários são atingidos pela restrição decretada pelo poder público, estes proprietários atingidos devem ser indenizados com os recursos provenientes de todos, sob pena de caracterizar afronta ao princípio maior da isonomia que consiste em tratar igualmente situações iguais e tratar diferentemente situações desiguais.

5. *Curso de direito administrativo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

6. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

5.2. Diferentes tipos de limitação administrativa

Não é correto afirmar de forma generalizada de que não cabe indenização nos casos de limitações administrativas. Há hipóteses de limitações que nem sempre são genéricas para abranger todos os proprietários, como mais adiante veremos.

5.2.1. Limitações decorrentes do direito urbanístico

Nessa espécie de limitações decorrentes de modernas tendências do Direito Urbanístico *todos os proprietários urbanos* são atingidos pela Lei de Uso e Ocupação do Solo, sem exceção. Dessa forma todos devem observar os recuos frontais⁷; devem observar o gabarito de construção; devem respeitar as diferentes zonas de uso vedando-se, por exemplo, a construção de prédios industriais/comerciais em zonas de uso exclusivamente residencial etc.

Não se cogita de indenização nessas hipóteses em que as proibições são dirigidas a todos os proprietários de imóveis urbanos do Município, no interesse da sociedade local, de que são beneficiários cada um de seus integrantes.

As limitações decorrentes do Direito Urbanístico não interdita totalmente a área atingida. No caso de recuo frontal de 5 m nenhum proprietário perde o direito total de uso, pois ele pode executar um jardim, ou pode utilizar a área de recuo obrigatório para estacionamento de veículos sendo permitido, nesse caso, o rebaixamento da guia. Igualmente a proibição de construir prédio industrial/comercial não implica interdição do direito de edificar prédio de natureza residencial. A limitação do gabarito de construção, por sua vez, não impede a edificação do terreno nos limites da permissão legal.

7. Os recuos laterais inserem-se na seara do direito das vizinhanças.

5.2.2. Outras espécies de limitações administrativas genéricas

Uma dessas limitações é a do art. 12 do Código de Águas (Decreto nº 24.643/34) que determina uma servidão de trânsito para passagem de agentes públicos na faixa de 10 m nas margens de rios navegáveis.

Essa restrição não se confunde com a servidão “non aedificandi” que geralmente é constituída por escritura pública e na falta de acordo, por via de desapropriação. Essa servidão é passível de indenização na base de 20% do valor venal da propriedade, como é comum nos processos expropriatórios da espécie.

Diversas outras espécies de limitações existem, como as previstas no Código Florestal que limitam parcialmente a utilização do solo rural, como a área de reserva florestal, as áreas em volta de lagos ou de nascentes d’água em um raio de 50 m, e outras limitações previstas nas normas do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente criado pela Lei nº 6.938/81.

Em todos esses casos há a generalidade da imposição da restrição estatal. E o que é importante constatar, não há proibição de uso da propriedade como um todo, pois a restrição abarca apenas uma porção de cada imóvel de determinado proprietário, e mesmo assim não interdita totalmente o uso dessa área atingida. No caso das limitações de utilização das margens de rios, da área de reserva florestal ou em volta de lagos e nascentes apenas uma parte da propriedade é comprometida.

6. LIMITAÇÕES QUE IMPLICAM INTERDIÇÃO DO USO DA PROPRIEDADE E DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Essa espécie de limitação não se confunde com as limitações analisadas anteriormente, que atingem apenas uma parte do imóvel.

Nas limitações ambientais decorrentes de implantação dos chamados “Parques Ecológicos” que atingem as zonas rurais alcançando as

propriedades rurais situadas em vários municípios contíguos difere completamente das demais limitações examinadas.

Nesses casos não se pode dizer que se tratam de restrições genéricas, pois nem todos os proprietários rurais são alcançados pela restrição de natureza ambiental. E na maioria dos casos a restrição não atinge apenas parte do imóvel do proprietário, mas a *sua totalidade*. O proprietário rural atingido pela restrição ambiental perde por completo a *disponibilidade econômica do imóvel*, porque não pode cultivar, não pode extrair as riquezas naturais representadas por árvores e não pode sequer construir sua moradia. O valor da propriedade em termos comerciais passa a ser zero. Há uma verdadeira interdição de uso da propriedade, sem a prévia desapropriação conforme determina a Constituição. Isso não tem nada a ver com a limitação administrativa que a doutrina diz ser não indenizável, sob pena de atentar contra a garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII) com as ressalvas estabelecidas nos incisos XXIII, XXIV e XXV, do art. 5º e no art. 243 da CF (Lei nº 8.257/91 rege essa desapropriação).

Assim, não cabe generalizar a tese da não indenização, por se tratar de medida genérica decretada no interesse da coletividade. Não é justo, nem sustentável jurídica e moralmente que determinado proprietário tenha que suportar a interdição de uso de sua propriedade para que os demais integrantes dessa coletividade⁸ possam usufruir do bem-estar social. Essa é uma ideia que, além de injurídica, imoral e aética, atenta contra o próprio direito natural. Que o interesse coletivo se sobrepõe ao particular é indiscutível. Por isso, não pode ele opor-se à interdição de sua propriedade, mas lhe restará o caminho da via judiciária para buscar a indenização respectiva⁹ consoante escrevemos: “toda vez que o Poder Público decretar a medida que impeça o proprietário de usufruir da propriedade por tempo ilimitado, como

8. No caso, a sociedade brasileira como um todo. Porém, apenas uma parte dessa sociedade global é atingida por medidas de interdição de uso de sua propriedade.

9. Art. 5º, XXXV da CF: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

no caso do Decreto nº 10.251/77 do Governo do Estado de São Paulo que criou o Parque Estadual da Serra do Mar, dá ensejo à propositura de ação indenizatória.”¹⁰ É a chamada desapropriação indireta que antigamente tinha como único fundamento a ocupação administrativa. Ora, a interdição de uso da propriedade por instrumento normativo é mais grave do que a ocupação administrativa que, em tese, faculta ao proprietário repelir até com o uso de força.

6.1. Posição da jurisprudência

Superada a fase da chamada desapropriação indireta apenas e tão somente em casos de comprovada ocupação administrativa, a jurisprudência de nossos tribunais passou a admitir a indenização pela interdição da propriedade por meio de instrumentos normativos, por meio de emprego das mesmas normas que regem a desapropriação, para a fixação da justa indenização. É a chamada desapropriação indireta ou desapropriação ao inverso.

São unânimes as decisões dos tribunais quanto à indenização das restrições de Direito Ambiental que retiram o conteúdo econômico da totalidade da propriedade atingida.

6.1.1. Jurisprudência do TRF1

O voto condutor proferido pelo Desembargador Relator nos autos da Ap. Civ. Nº 2001.38.00.003364-8/MG abaixo transcrito bem distingue a limitação administrativa em geral da desapropriação indireta, determinando o pagamento da justa indenização:

“V O T O

**O EXMO. SR. DR. JUIZ TOURINHO NETO
(RELATOR)**

1. Apela o IBAMA contra a sentença que julgou procedente o pedido dos autores e o condenou ao pagamento de

10. Ob. cit.

indenização no valor de R\$ 1.065.000,00 (hum milhão e sessenta e cinco mil reais), pela desapropriação indireta do imóvel, com área situada dentro dos limites do Parque Nacional Grande Sertão Veredas. A questão a ser analisada consiste em averiguar se a área reservada à criação do Parque Nacional enseja ou não indenização.

Urge esclarecer que incumbe ao Estado o dever constitucional de proteger a flora e a fauna e buscar os meios necessários para se chegar ao equilíbrio ecológico. Por outro lado, não se pode olvidar que este mesmo Estado não se exonera do dever de indenizar os particulares quando, de alguma forma, sua propriedade é afetada em seu potencial econômico.

No caso em análise, a sentença recorrida encontra-se fundamentada no fato de que as restrições ao uso da propriedade particular, impostas pela administração pública para fins de proteção ambiental, constituem verdadeira apropriação indébita, passível de indenização. A respeito, disse sua excelência:

Os termos do Decreto n. 97.658/89, que criou o Parque, são claros, no sentido de que se estabeleceram restrições nas propriedades por ele abrangidas, o que não é negado pelo IBAMA, quando afirma que em razão disso passou a exercer sua regulamentar poder de polícia administrativa. Outrossim, não é necessário que se configure o apossamento direito do bem, bastando que se criem limitações que impeçam totalmente o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio (df. DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Atlas. 13^a ed. 2001, p. 171).

De logo, advirta-se que, apesar de guardar alguma semelhança, os institutos da limitação administrativa e da desapropriação indireta trazem diferenças marcantes que influenciarão na análise de toda questão ora discutida, principalmente no que se refere à indenização.

Em geral, assim vem se posicionando a doutrina acerca das limitações administrativas:

DIÓGENES GASPARINI in *Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 1993:

Toda limitação do Estado de caráter geral, que condiciona direitos dominiais do proprietário, independente de qualquer indenização.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO in *Direito Administrativo*. 8º ed. São Paulo: Atlas, 1997:

As limitações podem, portanto, ser definidas como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas e negativas, com o fim de condicionar o direito de propriedade ao bem-estar social.

Perceba-se que as limitações administrativas se diferenciam da desapropriação indireta principalmente pelo caráter geral a que submete a propriedade. Destarte, torna-se inadequado se falar em indenização quanto ao instituto da limitação administrativa, vez que não atinge o bem particular, de forma específica e individual.

De outra sorte, a desapropriação indireta caracteriza-se por ser o desapossamento de imóvel de particular sem o consentimento deste, ou seja, trata-se de um verdadeiro esbulho possessório na propriedade. O ponto crucial está em analisar se a criação de parque ecológico configura ou não o instituto. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais, objeto de empossamento pelo Estado, e, de algum modo, limitadoras do uso ou fruição da propriedade.

Neste sentido, este TRF-1ª Região assim decidiu:

A criação de parque nacional em terras particulares consubstancia-se em verdadeira expropriação indireta que obriga a indenização do proprietário, pelo

justo preço. Precedentes. (AC 2002.38.020529-2/MG, DJ 25/10/2005, p. 27, 4ª Turma, Des. Federal Carlos Olavo).

Não é outro o entendimento do renomado autor KIYOSHI HARADA, in: *Desapropriação: Doutrina e Prática*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 190:

Toda vez que o Poder Público decretar a medida que impeça o proprietário de usufruir da propriedade por tempo ilimitado, como no caso do Decreto nº 10.251/77 do governo do Estado de São Paulo, que criou o Parque Estadual da Serra do mar, dá ensejo à propositura de ação indenizatória. Nesse caso, atualmente, é tranquilíssima a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido do cabimento da indenização, porque aquela mediada equivale ao apossamento administrativo:

“Se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua atualidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso de propriedade.”

Nesse viés, também vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça:

Registre-se, apenas a título de ilustração, que esta egrégia Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual é devido o pagamento das indenizações relativas àqueles imóveis desapropriados devido à criação do Parque Estadual da Serra do Mar. Com efeito, não se discute, que quando a limitação administrativa causa prejuízo, deve ser indenizada, por importar em perda dos poderes inerentes ao domínio, constituindo verdadeira desapropriação indireta. (Resp. 226444/SP, DJ 22.03.2004 p. 265, T2- Segunda Turma, Rel. Ministro Franciulli Netto)

Pelos entendimentos expostos, e, pela análise apurada dos fatos, deduz-se que, ao direito do Estado de constituir parques ecológicos

corresponde o dever de indenizar o particular afetado no gozo e fruição de sua propriedade, pois há que se distinguir a simples limitação administrativa da supressão do direito de propriedade. A proibição imposta ao particular de desmatamento e uso da floresta que cobre a propriedade só é possível com a indenização justa, prévia e em dinheiro. Portanto, não merecem prosperar os argumentos utilizados pelo IBAMA, no sentido de que não seria devida qualquer indenização.

Da mesma forma, são infundadas as alegações do IBAMA no que se refere à prova de propriedade do imóvel. Alega, inicialmente, que os autores não provaram o domínio, a existência de apossamento administrativo e a comprovação de regularidade fiscal. Ora, meras alegações, desprovidas de qualquer comprovação, não se revelam suficientes para descaracterizarem a veracidade dos fatos trazidos pela parte.

Alega, também, o IBAMA, quanto ao valor indenizatório, a impropriedade do laudo elaborado pelo perito oficial. Mais uma vez, cabe pôr em relevo a posição deste Tribunal Regional Federal quanto a adoção do laudo do perito nomeado pelo magistrado a quo:

Pacífica a jurisprudência no sentido de que o laudo pericial deve ser adotado se realizado com base em metodologia aceita e sem vícios que lhe maculem de imprestabilidade, em razão da presunção de imparcialidade do perito. (AC 2000.39.01.000345-6/PA, DJ 11/11/2005, p. 39, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Carlos Olavo).

Quanto à condenação do expropriante em juros compensatórios, a reiterada jurisprudência deste TRF – 1ª Região sinaliza no sentido de que os juros compensatórios, na desapropriação indireta, serão fixados à razão de 12% (doze por cento) ao ano, incidentes a partir da ocupação e calculados sobre o valor da condenação.

Quanto aos honorários advocatícios, a jurisprudência desta 3ª Turma tem se manifestado no sentido de que devem ser fixados de acordo com o § 4º do artigo 20 do CPC.

2. Pelo exposto, nego provimento à apelação do IBAMA e dou provimento parcial à apelação dos autores, fixando os honorários advocatícios em 3% sobre o valor total da indenização.
3. É o voto” (Apelação Cível nº 2001.38.00.003364-8/MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, *DJ* de 28-4-2006).

6.1.2. Jurisprudência do STJ

Igualmente o STJ tem reconhecido o direito à indenização por via de desapropriação indireta decorrente da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, abrangendo *toda* a propriedade:

“Criado o Parque Estadual da Serra do Mar, abrangendo toda a propriedade do recorrido, ficou este proibido de efetuar qualquer forma de exploração dos recursos naturais de sua propriedade, inclusive, de desmatar qualquer parte dela. Ao recorrido cabe a ação de desapropriação indireta, falece-lhe o direito de desmatar qualquer área da propriedade incluída no Parque Estadual” (Resp nº 27.582, *DJ* de 7-12-92; Resp nº 7.515, *DJ* de 2-8-93; Resp nº 34.006, *DJ* de 22-11-93; Resp nº 47.865, *DJ* de 5-9-94; Resp nº 39.842, *DJ* de 30-5-94; Resp nº 77.541, *DJ* de 22-4-96).

Outrossim, o STJ determinou, também, a indenização decorrente de áreas de preservação permanente previstas no art. 1º, § 2º, II do Código Florestal (Lei nº 4.771/65 então vigente) onde o proprietário é obrigado a preservar a cobertura vegetal nativa, ou se não existente, é obrigado a promover o reflorestamento (Resp. nº 1.237.071, *DJe* de 11-5-2011).

6.1.3. Jurisprudência do STF

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTAÇÃO ECOLÓGICA JUREIA – ITATINS. DESAPROPRIAÇÃO. MATAS SUJEITAS À PRESERVAÇÃO PERMANENTE. VEGETAÇÃO DE COBERTURA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1.

Desapropriação. Cobertura vegetal sujeita a limitação legal. A vedação de atividade extrativista não elimina o valor econômico das matas preservadas, nem lhes retira do patrimônio do proprietário. 2. Impossível considerar essa vegetação como elemento neutro na apuração do valor devido pelo Estado expropriante. **A inexistência de qualquer indenização sobre a parcela de cobertura vegetal sujeita a preservação permanente implica violação aos postulados que asseguram o direito de propriedade e a justa indenização** (CF, artigo 5º, incisos XXII e XXIV). 3. Reexame de fatos e provas técnicas em sede extraordinária. Inadmissibilidade. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para que profira nova decisão, como entender de direito, considerando os parâmetros jurídicos ora fixados. Recurso extraordinário conhecido em parte e, nesta provido.” (RE nº 267.817-SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 29-11-2002, p. 42).

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ESTAÇÃO ECOLÓGICA – RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR – PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, PAR.4.) – **LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DIREITO DO PROPRIETÁRIO A INDENIZAÇÃO – DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR – RE NÃO CONHECIDO.** – 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. **Esse encargo, contudo, 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.** – A proteção jurídica dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo

Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a **garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e re-vestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público**. Precedentes. – A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si – 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. – A norma inscrita no ART. 225, PAR. 4., da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal. O preceito consubstanciado no ART. 225, PAR. 4., da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. – A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). 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, PAR. 4., da Constituição. – Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput)” (RE nº 134297/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22-9-1995, p. 30597).

6.1.4. Jurisprudência do TJSP

A jurisprudência do E. TJSP, igualmente, não se afasta do entendimento do STF e do STJ, porque sempre que “o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser uma limitação para *ser interdição de uso da propriedade*”. Nesse sentido os seguintes julgados:

Ap. Civ. nº 216.461, *j.* em 10-8-93; Ap. Civ. nº 154.604-2, *j.* em 17-12-92; Ap. Civ. nº 150.395-2, *j.* em 11-11-89; EI nº 167.374-2, *j.* em 26-3-92; Ap. Civ. nº 225.061-2, *j.* em 24-11-94; Ap. Civ. nº 245.321-2, *j.* em 8-8-95; Ap. Civ. nº 2001.38.00.003364-8, *DJ* de 28-4-2006.

6.2. Movimento de retrocesso jurisprudencial

Esboça-se no âmbito da Justiça paulista um movimento de retrocesso jurisprudencial com retorno à época em que apenas o esbulho possessório praticado pelo poder público legitimava a desapropriação indireta.

Absolutamente equivocada é a atual tendência jurisprudencial de tentar equiparar a desapropriação indireta no caso de interdição de

uso da propriedade por restrições impostas pelo poder público em razão de preservação ambiental, à figura jurídica das limitações administrativas de natureza geral impostas no interesse da coletividade.

Acreditamos que essa mudança de orientação jurisprudencial que se esboça tenha origem nas milionárias indenizações pagas indevida e irregularmente por conta das restrições impostas pela instituição do Parque Ecológico da Serra do Mar pelo governo do Estado de São Paulo que abarca diversos municípios contíguos. Centenas de ações expropriatórias indiretas propostas por proprietários atingidos pela restrição resultaram em fantásticas indenizações por erro ou dolo do perito judicial. Os laudos periciais, ao invés de avaliar apenas o potencial das árvores existentes avaliaram todos os terrenos, até aqueles localizados nos topos de morros, como se fosse possível construir alguma coisa, ou promover alguma exploração econômica nesses morros. Mas, o pior é que os peritos utilizaram como elementos de pesquisa os valores unitários do metro quadrado de terrenos urbanos loteados, existentes nas cercanias do Parque, e transportou-os para imóveis situados no topo de morro, cujo valor comercial é zero.

Com tais expedientes, os proprietários expropriados passaram a ter uma renda fabulosa que antes não tinham, transformando a desapropriação em um instrumento de aquisição de riquezas novas.¹¹ Os que militam na área de desapropriação tomaram conhecimento do escândalo das indenizações milionárias que ganham manchetes.

Temos conhecimento de um caso em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou-se a homologar o acordo, de elevada monta, celebrado nos autos da desapropriação indireta, cujo pedido havia sido apresentado pelo Procurador-Geral do Estado e não pelo procurador que oficiava no processo.

Erros do passado deveriam ter sido corrigidos por meio de uma ação rescisória, nunca mediante alteração da jurisprudência para

11. O pior que nenhum expropriado pagou o imposto de renda porque recebeu a título de indenização.

deixar de indenizar o proprietário atingido pela restrição ambiental que lhe interdita *in totum* o uso de sua propriedade. A injustiça da medida salta aos olhos de todos.

7. CONCLUSÕES

Limitações administrativas genéricas impostas no interesse da coletividade não são indenizáveis e não se confundem com as limitações impostas por legislação específica que implica interdição de uso da propriedade, passível de indenização.

A jurisprudência dos Tribunais é pacífica no sentido de determinar a justa indenização nos casos de interdição de uso da propriedade decorrente da implantação de “Parques Ecológicos”.

De igual modo é tranquila a indenização em todos os casos de restrições de Direito Ambiental que retiram o conteúdo econômico da totalidade da propriedade atingida.

É preocupante a tendência da Justiça paulista de retorno à antiga jurisprudência que se limitava a indenizar apenas nos casos de esbulho possessório praticado pelo poder público (ocupação administrativa).

REFERÊNCIAS

- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1993.
- HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação doutrina e prática*, 11ª ed.. São Paulo, Atlas, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 22ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1907.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 26ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*, 8ª ed.. São Paulo: Atlas, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

II

Ascensão e queda do planejamento orçamentário

Rise and fall of the public budget planning

*Adilson Abreu Dallari**

RESUMO: Trata-se de um resumo da evolução das normas constitucionais sobre o orçamento público ao longo do tempo, desde o último texto anterior à restauração da democracia, passando pela reformulação feita pela Constituição Federal de 1988, analisando as Emendas Constitucionais que permitiram maior ingerência do Legislativo na legislação orçamentária e, ao final, examinando a disciplina normativa da tramitação da legislação orçamentária no Congresso Nacional.

PALAVRAS-CHAVES: Orçamento público – sistema de planejamento – disciplina constitucional – tramitação dos projetos de leis orçamentárias perante o congresso Nacional

ABSTRACT: Analysis of legislative process of the government budget along the time, following the constitutional amendments and the discipline of the process of the budget laws in the Houses of the National Congress.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A disciplina da matéria na Constituição Federal de 1988; 3. Orçamento impositivo; 4. Emendas constitucionais; 5. A Resolução n. 1 do Congresso Nacional; 6. Conclusões.

(*) adilson@dallari.adv.br

1. INTRODUÇÃO

O que é orçamento público? O “Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva”, Marcus Cláudio Acquaviva, Editora Jurídica Brasileira, 1995, pág. 1013, assim conceitua o orçamento:

“Previsão da receita e fixação da despesa para determinado exercício financeiro. Plano de conjunto das necessidades monetárias do Estado para determinado período, discutido e aprovado pelos órgãos de representação popular (CF, art. 166). Pode, também, ser conceituado como o programa de obras, serviços e encargos públicos, expresso em termos monetários, com estimativa de receita e fixação de despesas, a ser concluído dentro do exercício financeiro”.

As raízes do orçamento público se confundem com o próprio surgimento do Estado de Direito e estão na chamada Magna Charta Libertatum, escrita na Inglaterra, em 1215, restringindo direitos do rei, inclusive quanto a despesas públicas, de maneira a evitar tributação excessiva e imprevista, ficando estabelecido o princípio de que os gastos dos governantes devem ser previamente autorizados.

Desde sua origem até os dias de hoje, o orçamento público sofreu uma série de inovações técnicas, aproximando-se cada vez mais de um processo de planejamento, chegando nos dias de hoje ao que se chama de orçamento-programa, que é a tradução em dotações ou verbas orçamentárias de um programa anual de governo.

José Afonso da Silva, em sua notável monografia sobre “O orçamento-programa no Brasil” (RT, São Paulo, 1972, pp. 40 e 41), aponta como função básica do orçamento a coordenação dos meios (receitas e despesas) com os fins das finanças públicas, sempre vinculadas à satisfação das necessidades da comunidade e, em seguida, evidencia a distinção entre o orçamento tradicional e o atual orçamento por programas, ou orçamento-programa, que é um instrumento do planejamento das atividades governamentais, dizendo: *“Na verdade, o orçamento-programa não é apenas uma peça financeira, é, antes de*

tudo, um instrumento de execução de planos e projetos de realização de obras e serviços, visando ao desenvolvimento da comunidade".

Disso tudo, pode-se extrair a conclusão de que as ações governamentais devem ser previamente preestabelecidas, para que possam ser efetivamente concretizadas, sem problemas de ordem orçamentária ou financeira, dada a previsão dos meios para a consecução dos fins.

Para que se tenha uma boa visão da evolução do orçamento público no Brasil não é preciso retroagir muito no tempo, bastando lembrar que desde a implantação da República, até a Constituição de 1946, a lei orçamentária, além de estimar a receita e autorizar a despesa, era acompanhada de muitos dispositivos sobre os mais diversos assuntos, de interesse dos parlamentares, os chamados orçamentos rabilongos.

Esse estado de coisas mudou com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, que recebeu nova redação dada pela chamada Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69 (na verdade um novo texto constitucional), em face do disposto nos artigos 67 e 68. A lei orçamentária anual passou a tratar apenas da estimativa da receita e previsão das despesas para o exercício subsequente.

Na vigência das cartas constitucionais de 1967 e 1969, o projeto da lei orçamentária anual era elaborado pelo chefe do Poder Executivo e enviado ao Legislativo para exame. Entretanto, a própria carta constitucional já estabelecia que o Legislativo não podia fazer qualquer alteração, devendo aprová-lo até o fim do ano. Se o Legislativo não o aprovasse expressamente, ele estaria automaticamente aprovado. Na verdade, o Legislativo não tinha qualquer participação. O chefe do Executivo decidia tudo, resolvendo soberanamente sobre prioridades a ações governamentais, abrindo ensejo para a mais deslavada corrupção, especialmente no campo das obras públicas, onde era usual a ocorrência de licitações dirigidas. Dizendo claramente: a aplicação dos recursos públicos era ditada pelos interesses pessoais, econômicos ou políticos do chefe do Executivo.

2. A DISCIPLINA DA MATÉRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a restauração da democracia, a Constituição Federal de 1988, em sua redação original, deu um excelente tratamento à matéria, de maneira articulada, sensata, coerente, ligando o orçamento ao planejamento, de maneira a evitar desperdícios e descontroles. A lei orçamentária anual passou a ser precedida e condicionada por duas leis tipicamente de planejamento governamental, conforme disposto no Art. 165:

“Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I – o plano plurianual;

II – as diretrizes orçamentárias;

III – os orçamentos anuais.

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, estabelecerá as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)”.

Ao dispor especificamente sobre os orçamentos, no art. 165, a Constituição Federal atualmente vigente dá maior concreção a essa ideia de atuação governamental baseada no planejamento, agora a médio e a curto prazo, ao determinar a elaboração de planos plurianuais,

que devem estabelecer, de forma regionalizada, os objetivos e metas relativas a programas de duração continuada. Ou seja, devem prever ações governamentais que se desenvolvam por mais de um exercício financeiro, fazendo uma previsão para os próximos 3 anos, de maneira a evitar solução de continuidade, atuação intermitente ou interrupção de ações por falta de recursos orçamentários.

Tais planos plurianuais devem estar articulados com o planejamento a longo prazo e devem orientar a elaboração dos orçamentos anuais, objetivando dar coerência e economicidade aos gastos públicos.

Atualmente, quem estabelece as prioridades que vão condicionar a elaboração do projeto da lei orçamentária anual é o Poder Legislativo, por meio de uma lei de diretrizes orçamentárias. A iniciativa dessa lei é do Executivo, que deve observar as indicações contidas no plano plurianual, mas ela deve ser votada pelo Legislativo até o fim do primeiro semestre do ano, para que o Executivo possa, com base nela e com observância de suas prioridades, preparar e apresentar, no segundo semestre, o projeto da lei orçamentária para o exercício seguinte.

No exame do projeto da lei de diretrizes orçamentárias o Legislativo pode aprovar emendas, alterar dispositivos, mudar prioridades indicadas, proibir determinados gastos, fixar limites de dotações globais e diretrizes específicas para o Legislativo e para o Judiciário, orientar a política tributária e disciplinar as operações de crédito. É tão importante essa lei que a Constituição determina que o Poder Legislativo não pode entrar em recesso enquanto não aprová-la, conforme dispõe o §2º do Art. 57.

Assim, cumprindo as determinações da lei de diretrizes orçamentárias, o Executivo prepara e apresenta ao Legislativo o projeto da lei orçamentária anual, cujos quantitativos devem resultar dos projetos e programas a serem executados a curto prazo, no exercício subsequente. O orçamento não é um amontoado de números, mas sim, a representação numérica de um programa completo de governo, coroadando todo um sistema de planejamento.

Democraticamente. o Poder Legislativo pode apresentar emendas a esse projeto, mas essa possibilidade é limitada. Não podem ser aprovadas emendas incompatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; cada emenda apresentada deve indicar de onde deverão ser retirados os recursos necessários para atendê-la; não podem ser reduzidas as dotações consignadas ao pagamento das dívidas e à remuneração do pessoal etc. A lei orçamentária anual deve estar aprovada até o final do ano, para vigorar no exercício subsequente.

Dispõe o §10, do Art. 165, acrescentado a ele pela Emenda Constitucional nº 100, de 26/06/19, que “*a administração tem o dever de executar as programações orçamentárias*”, adotando as providências para isso necessárias. Diante de tais dispositivos, assim concluiu a doutrina:

“O sistema orçamentário adotado pelo Brasil confere significativo poder e participação do Legislativo no processo de elaboração e execução dos orçamentos públicos, cabendo-lhe deliberar sobre a proposta orçamentária apresentada pelo Poder Executivo, podendo alterá-la na forma e limites previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, e sendo o responsável final pela aprovação do projeto, após votação no Plenário, em apreciação conjunta por ambas as Casas do congresso Nacional. Cumpre destacar ainda as orientações que constam das leis de diretrizes orçamentárias e planos plurianuais, ambas aprovadas pelo Poder Legislativo e que estabelecem metas e diretrizes que condicionam a elaboração da lei orçamentária anual.”¹

Em síntese, a parte da Constituição Federal que cuida dos Orçamentos (art. 165 a 169) não deixa dúvida alguma no tocante a sua vinculação a um processo de planejamento que condiciona a elaboração

1. JOSÉ MAURÍCIO CONTI, *Orçamentos Públicos* – Coordenador, Editora RT, São Paulo, 2009, p. 119.

das propostas orçamentárias, a aplicação dos recursos consignados nas dotações orçamentárias e o controle dos gastos efetuados.

Entretanto, conforme salienta também a doutrina, há uma enorme distância entre a teoria e a prática. Forçoso reconhecer que, na prática, no momento da execução orçamentária, ainda prevalecem os antigos costumes, sobre a disciplina constitucionalmente estabelecida, conforme essa vigorosa e respeitável observação doutrinária, comparando a teoria com a realidade dos fatos:

“No Estado moderno, não mais existe lugar para orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade. Daí por que o orçamento sempre reflete um plano de ação governamental. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular; o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário.”

“Por oportuno, cumpre lembrar que, lamentavelmente, entre nós, o orçamento, longe de espelhar um plano de ação governamental, referendado pela sociedade, tende mais para o campo da ficção. Tanto é assim que a União já ficou duas vezes sem orçamento aprovado, como resultado de divergências entre o Parlamento e o Executivo em torno de algumas das prioridades nacionais, sem que isso tivesse afetado a rotina governamental.”

“Vige entre nós a cultura de desprezo ao orçamento, apesar de, ironicamente, existir uma parafernália de regras e normas, algumas delas de natureza penal, objetivando a fiel execução orçamentária.”²

Com efeito, a Lei nº 1.079, de 10/04/50, em seu Art. 4º, inciso VI, dispõe que são crimes de responsabilidade do Presidente da República atos que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra a lei orçamentária. A tipificação das condutas sancionáveis está no Art. 10. Mas a responsabilização do Presidente da República

2. KYOSHI HARADA, *Direito Financeiro Tributário*, 8ª. edição, Atlas, 2001, p. 72

por violação das normas orçamentárias tem um inquestionável componente político, havendo bastante tolerância, mas já tendo levado à cassação do mandato, conforme ocorreu, em 2016, com a Presidente Dilma Rousseff.

3. ORÇAMENTO IMPOSITIVO

A evolução legislativa sobre o orçamento público no Brasil, permite vislumbrar que se passou de uma pura improvisação, com uma simples estimativa da receita e a fixação de limites de gastos autorizados, sem que se predeterminasse onde e como os recursos seriam aplicados, para um verdadeiro sistema de planejamento, com a especificação de ações e metas a serem atingidas a longo prazo, na lei do plano plurianual, com a eleição de prioridades para o exercício subsequente, pela lei de diretrizes orçamentárias, e com a determinação expressa de que as dotações do orçamento anual são de observância obrigatória.

Essa linha de evolução leva, necessariamente, ao entendimento de que o antigo orçamento meramente autorizativo foi substituído pelo orçamento impositivo. Em estudo no qual examinamos detalhadamente essa questão, com vigoroso suporte doutrinário, chegamos à seguinte conclusão:

“Pode-se afirmar, com segurança, que o antigo debate sobre o caráter autorizativo ou impositivo do orçamento não tem mais sentido, diante da pleora de normas que não deixam sombra de dúvida quanto ao fato de que o sistema de orçamentos é, na verdade, um subsistema do conjunto articulado de projetos e programas que devem orientar o planejamento governamental, o qual, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, é determinante para o setor público.”³

3. JOSÉ MAURÍCIO CONTI e FERNANDO FACURY SCAFF, “Orçamento impositivo”, in *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, (coordenadores), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 309 a 327)

Assim, nessa descrita linha de evolução, chegou-se a uma disciplina normativa bastante louvável. Ainda que alguns desvios pudessem ocorrer no decurso da execução orçamentária, a regularidade da atuação governamental planejada estava assegurada.

4. EMENDAS CONSTITUCIONAIS

O processo legislativo da legislação orçamentária, compreendendo o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, é regido pelo disposto no Art. 166 da Constituição Federal, cujos projetos, e emendas a eles apresentadas, serão apreciados por uma comissão mista permanente de Deputados e Senadores, nos termos de um regimento comum.

Esse artigo, em sua redação original, tinha apenas 8 (oito) parágrafos, que cuidavam de detalhes e condicionamentos essenciais, sem afetar a orientação ou a substância do projeto apresentado pelo Executivo. Entretanto, em decorrência do catastrófico sistema político-partidário estabelecido no Art. 17 da Constituição Federal, permitindo a existência de mais de 30 agremiações partidárias, para acomodar interesses ou, pelo menos, evitar empecilhos e dificuldades, foi necessário viabilizar a possibilidade de maior ingerência dos parlamentares na elaboração da legislação orçamentária. Isso foi feito por meio de Emendas Constitucionais.

A Emenda Constitucional nº 86, de 17/03/15, acrescentou dez parágrafos, e levando o número para 18 (dezoito), mas, o que é mais grave, facilitando a apresentação de emendas e conferindo a tais emendas a obrigatoriedade de sua execução, de maneira a afetar substancialmente o projeto apresentado pelo Executivo, elaborado em um processo de planejamento integrado, conforme acima descrito.

Alterando um pouco mais esse cenário, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 100, de 2019, que agregou mais dois parágrafos, elevando o número para 20 (vinte) além de alterar a redação de parágrafos já existentes.

Para completar o quadro de alterações da disciplina constitucional do processo legislativo do orçamento, ainda em 2019 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 105, criando um novo artigo, o art. 166-A, com quatro parágrafos, dotados de alguns incisos.

Essa pletera legislativa, ampliando a possibilidade de apresentação de emendas individuais e de bancada, inclusive no sentido da transferência de recursos federais para Estados, Distrito Federal e Municípios, por si mesma, já evidencia um desvio no tocante à orientação adotada quando da produção do texto constitucional de 1988, tendo, inquestionavelmente, um caráter político-eleitoreiro.

5. A RESOLUÇÃO N. 1 DO CONGRESSO NACIONAL

Com base no Regimento Comum para ambas as casas legislativas, previsto no Art. 166 da Constituição Federal, o Presidente do Senado editou, em 2006, a Resolução nº 1 do Congresso Nacional, que está vigente com essa mesma numeração, mas com as alterações e a nova redação dada pela Resolução nº 3, de 2015, que ajustou a matéria às profundas alterações feitas no processo legislativo dos orçamentos pela Emenda Constitucional nº 86, de 17/03/15.

A Resolução é bastante longa e detalhada, cabendo aqui apenas destacar seus traços essenciais, a partir da composição da Comissão Mista de Orçamento – CMO, integrada por 40 membros, sendo 30 deputados e 10 senadores. O critério para a designação de membros é o da proporcionalidade partidária, ficando expresso no art. 8º que a representação na CMO é do partido ou bloco parlamentar. Pelo mesmo critério serão designados os presidentes das comissões setoriais. Em síntese, já fica bem claro que as decisões serão fundamentalmente políticas, ditadas por interesses partidários.

O projeto enviado pelo Executivo, conforme as Emendas Constitucionais acima examinadas, podem receber emendas individuais e de bancadas. Agora, nos termos dos artigos 43 e 44 da Resolução em exame, podem apresentar emendas as comissões permanentes da Câmara e do Senado e a comissão Mista de Orçamento. Para completar

o quadro, o art. 65 cuida das emendas do Relator Geral. Ou seja; são quatro diferentes fontes de emendas.

O grande problema atualmente objeto de grandes controvérsias são as emendas do Relator Geral, identificadas pela designação RP-9, que a imprensa, maldosamente, passou a chamar de “orçamento secreto”. Na verdade, são emendas apresentadas por parlamentares ao Relator Geral (beneficiando diretamente seus respectivos redutos eleitorais), que as encampa e dá seguimento, numa negociação puramente política.

A Resolução em exame estabelece uma série de critérios, condições e proibições no tocante à apresentação e aprovação de emendas, mas isso tudo é contornável, prevalecendo sempre o critério político partidário.

6. CONCLUSÕES

O exame dos textos constitucionais ao longo do tempo mostra que a improvisação antigamente existente foi substituída por um conjunto de leis orçamentárias articuladas, num claro processo de planejamento, destinado a assegurar economicidade e eficiência no uso de recursos financeiros públicos.

Porém, verdadeiro caos político-partidário que permitiu a proliferação de legendas partidárias levou a que os critérios técnicos fossem substituídos por interesses político-partidários, com uma significativa perda qualitativa nesse importantíssimo setor da gestão da coisa pública.

Uma última observação precisa ser feita. Não obstante as normas se refiram a partidos e bancadas e forçoso lembrar que parlamentares, não obstante eleitos por determinados partidos, podem migrar para outros partidos políticos, sem perda do mandato. Isso significa que os critérios para exame de emendas ao orçamento são fortemente afetados por interesses políticos pessoais dos parlamentares.

Justifica-se portanto, plenamente, a titulação dada ao presente breve artigo: ascensão e queda do planejamento orçamentário.

III

O regime da garantia dos bens de consumo ora em vigor em Portugal

The law on guarantees for consumer goods in Portugal

*Mário Frota**

SÚMULA: O novo regime dos contratos de consumo e das garantias a eles conexos entrou em vigor, na Portugal, em 1 de janeiro do corrente ano: estabelece-se, na esteira do regime de pretérito, uma obrigação geral de conformidade e definem-se os conceitos de conformidade subjectiva e objectiva.

Alarga-se o período da garantia legal de 2 para 3 anos e estabelece-se uma gradação nos remédios ao alcance dos consumidores: confere-se aparente primazia à reparação, como tendência universal, de par com a substituição. E

(*) Antigo Docente das Universidades de Lisboa, Coimbra (Faculdades de Direito e de Farmácia), Porto (Universidade Livre); Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris Est; Fundador e primeiro presidente da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo; Fundador e presidente emérito da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo de Coimbra; Fundador e primeiro Director-Geral do Centro de Estudos de Direito & Informática de Coimbra; Fundador e primeiro director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra; Fundador e primeiro director da RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo; Fundador e presidente do Conselho de Direção da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

alarga-se o lapso de tempo para a denúncia da não conformidade compaginável com o da própria garantia.

Definem-se os termos da garantia comercial, cuja disciplina é estrita, por forma a evitar actos em fraude à lei como os contratos de seguro que constituem um ardil.

ABSTRACT: The new regime for consumer contracts and associated guarantees came into force in Portugal on 1 January this year.

It establishes a general obligation to conform and defines the concepts of subjective and objective conformity.

It extends the legal guarantee period from two to three years and establishes a gradation in there medies available to consumers: priority is given to repair, as a universal trend. And the time period for reporting non-compliance is extended to be compatible with that of the guarantee it self.

The terms of the commercial guarantee are defined and strictly regulated in order to avoid fraudulent acts, such as insurance contracts which are a form of deception.

TÍTULO I – GARANTIAS LEGAIS

Capítulo I – Preliminares

As garantias inerem às coisas, que não aos sujeitos, conquanto o *conceito de conformidade* ora se *desdobre*, nos seus requisitos, em *subjectivos* e *objectivos*, de harmonia com a *Lei Nova* decalcada na Directiva do Parlamento Europeu (e do Conselho da União, enquanto co-legislador) n.º 2019/771, de 20 de Maio de 2019.

Em que consistem, pois, nos *contratos de consumo* cujos objectos mediatos recaiam sobre *coisas corpóreas móveis* e as que tenham *incorporados conteúdos ou serviços digitais*, os **requisitos subjectivos de conformidade**?

A lei que vigora em Portugal [DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro], desde o 1.º de Janeiro de 2022, estabelece a tal propósito uma

obrigação geral de conformidade nos contratos de consumo, mormente nos que expressamente abarca:

- *Contratos de compra e venda celebrados entre consumidores e fornecedores*, sendo que a *noção de consumidor* é, como constitui tradição no seio do direito da União Europeia, restrita, a saber: «*pessoa singular que actue com fins que não se incluem no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*»;
- *Contratos celebrados para o fornecimento de bens a fabricar ou a produzir*;
- *Contratos de empreitada*;
- *Contratos de outras prestações de serviços*;
- *Contratos de locação de bens*, com as necessárias adaptações;
- *Contratos de compra e venda com conteúdos ou serviços digitais incorporados em bens corpóreos*.

Com efeito, de acordo com o seu artigo 5.º da *Lei Nova*, ao fornecedor incumbe entregar ao consumidor bens que respondam aos *requisitos de conformidade* constantes da lei.

Requisitos que não são cumulativos, sendo que se aferirão autonomamente.

Para que se afirme a *não conformidade* da coisa com o contrato basta a ocorrência de um só desvio fundado na letra e no espírito do dispositivo de que ora se trata.

Observado o desvio, a oposição, a contrariedade, desencadear-se-ão os remédios aparelhados na lei para o efeito.

E os *remédios*, como em geral se não ignora, são os da *reparação de conformidade* [reparação ou substituição], da *redução adequada do preço* ou o de se “*pôr termo ao contrato*” [a *resolução do contrato*] com a *devolução da coisa* e a *restituição do preço pago*.

E como se configuram os requisitos *subjectivos* e *objectivos* de conformidade, tal como a Directiva do Parlamento (e do Conselho) e a lei pátria os delineiam?

Capítulo II – Requisitos subjectivos de conformidade

A lei define que “*são conformes com o contrato de compra e venda*” os bens que:

- Correspondam à *descrição*, ao *tipo*, à *quantidade* e à *qualidade* e revestem a *funcionalidade*, a *compatibilidade*, a *interoperabilidade* e as demais *características* previstas no contrato de compra e venda;
- São adequados a qualquer *finalidade específica* a que o consumidor *os destine*, de acordo com o *previamente acordado* entre as partes;
- São entregues juntamente com todos os *acessórios* e *instruções*, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato; e
- São fornecidos com todas as *actualizações*, tal como estipulado no contrato.

Se, para melhor compreensão dos termos, se acrescentar uns exemplos, talvez se possa oferecer aos habituais ou ocasionais leitores um pretexto para maior *inteligibilidade* das realidades que se escondem por trás de expressões que se vão generalizando, nem sempre com adequada tradução das realidades que a tais contornos se subsumem.

Em primeiro lugar, ao apontar a lei para a *descrição*, o *tipo*, a *qualidade*, a *quantidade* com a *funcionalidade*, a *compatibilidade* e a *interoperabilidade* e demais *características* fá-lo de modo preciso, já que cada um dos termos evoca um conceito, que o diploma legal entende preambularmente explicitar.

Com efeito, as *expressões* têm o *sentido* e *alcance* que nele se formulam:

- «*Funcionalidade*» é a capacidade de os bens, conteúdos ou serviços digitais desempenharem as suas funções tendo em conta a sua finalidade;
- «*Compatibilidade*», a capacidade de os bens, conteúdos ou serviços digitais funcionarem com o *hardware* ou o *software* com que os bens, conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo são normalmente usados, sem necessidade de conversão;
- «*Interoperabilidade*», a capacidade de os bens, conteúdos ou serviços digitais funcionarem com *hardware* ou *software* diferentes dos normalmente usados com bens, conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo.

Aliás, a *Lei Nova* tem presente, em todos os seus lineamentos, a realidade que ora se nos depara, a saber, a dos *bens corpóreos* fortemente penetrados de *conteúdos e serviços digitais* que enxameiam o mercado e são disputados pelos consumidores no quotidiano.

Se uma *televisão inteligente, p. e.*, se anunciar com uma dada *aplicação de vídeo*, considerar-se-á que tal aplicação se integra na tipologia da compra e venda de bens móveis corpóreos com incorporação de conteúdos ou serviços digitais.

Se tratar, pois, de *telemóveis* [celulares] ou *relógios* e bem assim de *frigoríficos inteligentes* com aplicações *normalizadas pré-instaladas* e fornecidas nos termos do contrato de compra e venda (e.g., aplicações de alarme ou de câmara) o regime aplicável será exactamente o da compra e venda previsto e disciplinado pela Directiva 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, trasladada para o diploma de cujo conteúdo ora se cura, que não no da Directiva 2019/770 atinente aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais que, embora complementar, oferece um regime próprio e contradistinto.

E os exemplos suceder-se-ão de molde a caberem nas precedentes hipóteses “en su sitio” aventadas:

- Se no contrato de compra e venda de um veículo automóvel se prever um modelo com mudanças automáticas e outras acomodações ajustáveis por meio de *software* apropriado, dado

que o adquirente tem sérias limitações na coluna vertebral, e o bem fornecido se não apresentar com a incorporação de tais propriedades ou características, é óbvio que o *requisito subjectivo de conformidade* segundo o qual terá de “corresponder à *descrição*, ao *tipo*, à *quantidade* e à *qualidade* e revestir a *funcionalidade*, a *compatibilidade*, a *interoperabilidade* e as demais *características* previstas no contrato” se não observará.

- Se no contrato se previr como *finalidade específica* a da *adaptação do veículo e seus instrumentos à condução de um sujeito com uma dada incapacidade física*, a requerer especificidades próprias de veículos com configurações tais, e se se inobservar esse dado essencial, já que se não adequa à função que nos preliminares e na celebração do contrato se desenhara, estar-se-á patentemente perante a preclusão de relevante requisito subjectivo que torna, na circunstância, o bem desajustável ao escopo previamente assinado;
- Se o veículo, cujo modelo-padrão vem equipado, de acordo com as prescrições do produtor, sem pneu de socorro, antes com um “*Kit*” de *reparação instantânea* dos pneumáticos, e houver sido encomendado expressamente com um tal acessório e, na entrega, tal se omitir, é de um requisito subjectivo que se trata susceptível de gerar uma *não conformidade* relevante em termos de accionamento da subjacente garantia.
- Se o *GPS incorporado no painel de instrumentos* do veículo automóvel corresponder a um modelo ultrapassado, sem as ‘*correções*’ propostas pelas indispensáveis actualizações, imprestável face aos novos desafios das vias circuláveis, falece um requisito subjectivo essencial susceptível de impor se desencadeie a garantia e seus termos, de harmonia com o que a lei estabelece.

Por conseguinte, nos exemplos que precedem se acham os aspectos mais relevantes dos denominados *requisitos subjectivos de conformidade*, na compra e venda como nos demais modelos negociais aplicáveis, de acordo com o que a vigente lei estabelece.

Capítulo III – Requisitos objectivos de conformidade

Os *requisitos objectivos de conformidade* compendiados na lei perfilam-se como segue:

Os bens objecto mediato dos contratos, tal como configurados inicialmente, obedecerão ainda aos *requisitos objectivos*, que operam “a se”, independentemente do consumidor que como contraparte neles intervenha:

- Ser adequados ao *uso* a que os bens da mesma natureza se destinam;
- Corresponder à *descrição* e possuir as *qualidades da amostra ou modelo* que o fornecedor tenha apresentado ao consumidor antes da celebração do contrato, sempre que aplicável;
- Ser entregues juntamente com os *acessórios*, incluindo a *embalagem, instruções de instalação* ou outras *instruções* que o consumidor possa razoavelmente esperar receber, sempre que aplicável; e
- Corresponder à *quantidade* e possuir as *qualidades* e outras características, inclusive no que respeita à *durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, habituais e expectáveis* nos bens do mesmo tipo considerando, designadamente, a sua natureza e *qualquer declaração pública feita pelo fornecedor*, ou *em nome deste*, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de negócio, incluindo o produtor, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.

De considerar que o *fornecedor* a que se alude precedentemente *não fica vinculado* às declarações públicas do antecedente referenciadas se se propuser mostrar convincentemente que:

- Não tinha, nem podia *razoavelmente* ter, conhecimento da *declaração pública* em causa;
- No momento da celebração do contrato, a *declaração pública* em causa tinha sido *corrigida* de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou

- A decisão de contratar não poderia ter sido influenciada por aquela *declaração*.

De considerar ainda que não haverá *não conformidade* quando, no momento da celebração do contrato, o consumidor tenha sido *conveniente e adequadamente* informado de que uma dada característica particular do bem se desviava dos requisitos de conformidade estabelecidos e tenha aceitado, separadamente, de forma expressa e inequívoca, um tal desvio.

A *conformidade* também se compagina com – e reclama – a versão mais actual dos bens, como exigência em ordem à durabilidade, um dos elementos da sustentabilidade como magno desígnio do Milénio a que a vigente lei apela num dos seus segmentos: salvo acordo em contrário, precisa a lei, os bens devem ser entregues na versão mais recente à data da celebração do contrato.

No que tange à *primeira hipótese*, de entre os requisitos objectivos definidos, sirva, como exemplo, o do *veículo* que não traz o *pneu de socorro* descrito no catálogo da marca, antes um “*kit anti-furo*”, como algo de supletivo e mal adaptado;

No que se prende com a *segunda hipótese* [corresponder à descrição e possuir as *qualidades* (ou características) da *amostra ou modelo* apresentado ao consumidor em momento prévio ao da celebração do contrato], a de uma *autocaravana* com um leito suplementar, segundo o catálogo, mas que no modelo entregue de todo inexistente;

No que se refere ao requisito segundo o qual o bem “haja de ser entregue com os *acessórios*, incluindo a *embalagem, instruções de instalação* ou outras *instruções* expectáveis”, figure-se a hipótese de a *brochura com instruções* para instalação de um tejadilho amovível, algo complexo, não corresponder ao modelo entregue provocando graves disfuncionalidades na montagem...

No que às características objecto de *anúncio público* se refere, o de um *veículo híbrido* com consumo anunciado de 3,8 litros /100 km, quando, na realidade, o *consumo efectivo* é da *ordem dos 8,0 litros /100 km*.

Com efeito, parece haver, por vezes, algum artificialismo nas noções oferecidas e na justaposição de realidades, aparentemente as mesmas, tanto nos requisitos subjectivos como nos objectivos, como é patentemente o caso dos *acessórios* e *instruções* que devem acompanhar os bens [... “entregues juntamente com todos os *acessórios* e *instruções*, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda” (ou inerentes aos bens a fornecer ou entregar)]...

Claro que a *realidade* é bem mais fértil que as excogitações do legislador e antecipa-se, não raro, às formulações tecidas nos laboratórios ou nas oficinas onde as leis se forjam...

No entanto, parece que estamos já algo distantes das meras formulações genéricas dos vícios, dos defeitos, das avarias ou das anomalias dos regimes da compra e venda inscritas nos códigos civis [vícios redibitórios se lhes chamava] ante as realidades com que ora nos confrontamos em razão das configurações que as tecnologias da informação emprestam às coisas corpóreas e a transfiguração que a inteligência artificial nelas provoca...

Capítulo IV – Requisitos adicionais de conformidade dos bens com elementos digitais

Preambularmente, do *glossário* constante da *Lei Nova* consta a noção tanto de *bens móveis corpóreos* como de *bens móveis corpóreos que incorporem ou se interliguem com conteúdos ou serviços digitais*.

A noção de *bens* abrange uns e outros. Assim,

«*Bens*»:

- Qualquer *bem móvel corpóreo*, incluindo os bens em segunda mão e a água, o gás e a electricidade quando colocados em venda num volume limitado ou em quantidade determinada;
- Qualquer *bem móvel corpóreo que incorpore ou esteja interligado* com um conteúdo ou serviço digital, de tal modo que a

falta destes impeça os bens de desempenharem as suas funções («bens com elementos digitais»);

Para além dos *requisitos de conformidade* constantes dos passos precedentes [subjectivos e objectivos] o fornecedor deve assegurar que as *actualizações*, incluindo as de *segurança*, necessárias para colocar os bens *em conformidade*, são comunicadas e fornecidas ao consumidor, durante o período razoavelmente esperado pelo consumidor, tendo em conta o tipo e finalidade dos bens e dos elementos digitais, bem como as circunstâncias e natureza do contrato de compra e venda, sempre que o mesmo estipule um único acto de fornecimento do conteúdo ou serviço digital.

Em caso de fornecimento contínuo de conteúdo ou serviço digital até dois anos, o dever de comunicação e fornecimento das actualizações a que se alude no passo precedente vigora pelo período de dois anos.

Em caso de fornecimento contínuo de conteúdo ou serviço digital superior a dois anos, o dever de comunicação e fornecimento das actualizações retromencionado vigora pelo período de duração do contrato.

Se o consumidor não proceder à instalação, num prazo razoável, das actualizações fornecidas como o impõe a lei, o fornecedor não é responsável por qualquer não conformidade que resulte exclusivamente da não actualização em causa, desde que:

- Haja informado o consumidor da disponibilidade da actualização e das consequências da sua não instalação; e
- A não instalação ou a instalação incorrecta da actualização pelo consumidor não tenha resultado de deficiências nas instruções de instalação fornecidas ao consumidor.

Não se verifica *não conformidade* quando, no momento da celebração do contrato, o consumidor tenha sido convenientemente informado de que uma característica particular do bem se desviava dos requisitos subjectivos ou objectivos de actualização, e tenha

aceitado, separadamente, de forma expressa e inequívoca, um tal desvio.

Capítulo V – Instalação incorrecta dos bens

Considera-se haver uma *não conformidade* dos bens sempre que a mesma resulte de instalação incorrecta da coisa aqui implicada.

Mas ponto é que:

- A instalação seja assegurada pelo fornecedor ou efectuada sob sua directa responsabilidade; ou se
- Quando realizada pelo consumidor:
 - A instalação incorrecta se deva a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo fornecedor; ou
 - No caso de bens com elementos digitais, a instalação incorrecta se deva a deficiências nas instruções de instalação dispensadas pelo fornecedor ou por quem dispense o conteúdo ou serviço digital.

A deficiente ou errónea instalação da coisa quando apresentada por peças, decomponível, também se subsume no conceito de conformidade e a sua ocorrência gera necessariamente uma *não conformidade* regulável por lei.

Capítulo VI – Dimensão temporal da garantia & suas repercussões

1. A responsabilidade pela preterição da obrigação geral de conformidade nos bens móveis ou com conteúdos ou serviços digitais: coisas novas e coisas recondicionadas [o prazo legal de garantia]

O fornecedor é responsável por qualquer *não conformidade* que se manifeste no lapso de *três anos* a contar da entrega do bem.

No caso de *bens com elementos digitais*, o fornecedor responde por qualquer não conformidade que ocorra ou se manifeste:

- No *prazo de três anos* a contar da data em que os bens com elementos digitais foram entregues, quando o contrato estipule um único acto de fornecimento ou o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um período até três anos; ou
- Durante o período do contrato, quando estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital por um lapso temporal *superior a três anos*.

O princípio ora estabelecido vale tanto para os bens *novos* como para os *recondicionados*.

Por “*bens recondicionados*» se entende os que – objecto de utilização prévia por quem quer ou após devolução pelo primitivo titular – são novamente, na sequência de inspecção, preparação, verificação e testagem por técnico qualificado, colocados, nessa qualidade, para venda no mercado.

Nas facturas, a *menção de recondicionado* é *obrigatória*, sob pena de ilícito de mera ordenação social passível de *coima* e *sanção acessória*. E o facto impõe-se para que não haja qualquer equívoco face aos *bens usados*, cuja garantia é susceptível de ser mais frágil se acaso vingar um qualquer acordo tendente à redução do prazo original de *três anos*.

No que tange aos *bens reconicionados*, o prazo é *indeclinavelmente o das coisas novas*.

E isso constará *inapelavelmente* dos termos do respectivo documento de venda.

2. A peculiar situação das coisas usadas

Nos contratos de compra e venda de *bens móveis usados*, a garantia é também, em princípio, de *três anos*.

O prazo pode, porém, ser reduzido *até* 18 meses, mediante acordo celebrado pelos contraentes.

Há que pensar em acordo, bem entendido, que não uma *mera imposição unilateral* de banda obviamente do fornecedor: acordo que deve ser adequadamente ponderado em vista das modulações possíveis: 18, 19, 20, 21, 22 meses....

Não pode, como sucede com inusitada frequência, propor-se uma *redução do preço*, que a tanta gente seduz, por troca com a *eliminação da garantia*.

A garantia de usados obedece também à imperatividade constante do artigo 51 da Lei Nova. Razão por que não pode ser derogada por acto nem do fornecedor nem do consumidor e nem sequer por mero acordo dos contraentes, a não ser nos limites de tolerância consentidos por lei (dos 36 aos 18 meses, dentro de um tal leque, mas nunca em plano inferior ao do limiar mínimo estabelecido).

3. Presunção de conformidade

Salvo quando tal for incompatível com a natureza dos bens ou a característica própria da *não conformidade*, presume-se que exista já à data da entrega dos bens se tal se manifestar no lapso de dois anos a contar do aludido momento.

O que ora se dispõe é aplicável aos bens com elementos digitais em que se registre um acto único de fornecimento.

Na hipótese em que as partes hajam reduzido por acordo o prazo de garantia de *bens móveis* usados, a presunção de conformidade é, em tais casos, tão só de *um ano*.

Esgotada a presunção, consoante os casos, incumbe ao consumidor a prova de que a não conformidade, no ano remanescente, para os bens novos, e no de seis meses, para os usados, no limite, se manifestava já à data da entrega do bem.

Na hipótese de *bens com elementos digitais*, o fornecedor é responsável por qualquer não conformidade que ocorra ou se manifeste, como noutro passo se assinalou:

- No prazo de três anos a contar da data em que tais bens foram entregues, quando o contrato estipule um único acto ou o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital até três anos; ou
- Durante o período do contrato, quando se estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital por período superior a três anos.

No que tange, pois, aos *bens com elementos digitais* cujo fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços ocorra durante um determinado período, o ónus da prova de qualquer não conformidade que se manifeste nos lapsos de tempo enunciados incumbe ao fornecedor.

Com efeito, a circunstância de se trasladar o ónus da prova para o consumidor significará, em primeira linha, que a garantia de *dois anos* prevista na Lei Antiga se não alterará ou porque o consumidor, mercê da sua *hipossuficiência*, não disporá dos meios indispensáveis para as perícias que o determinarão ou, ainda que desfrute de uma sólida situação económico-financeira, na relação custo/benefício, as mais das vezes os encargos advenientes da perícia superarão o valor venal dos bens.

Trata-se de uma reverberável hipocrisia do legislador que embandeira em arco ao revelar que premeia os consumidores em consonância com as exigências da *sustentabilidade* e, logo, com a outorga de maior longevidade, de uma maior durabilidade dos produtos, de forma aparentemente mais robusta quando, afinal, é de um falacioso logro que se trata porque a garantia continuará a afinar pelos diapasões de antanho...

A menos que, como sustentava Herman Benjamin, nos primórdios da discussão do *Código* brasileiro de *Defesa do Consumidor*, nos idos de oitenta do século passado, ao Estado compita assegurar os decorrentes encargos das perícias a fim de se não lesar expectativas e faculdades outorgadas aos consumidores vulneráveis, hipervulneráveis, hipossuficientes.

4. *Comunicação da não conformidade: requisitos de forma*

A *comunicação da não conformidade* da coisa com o contrato deve ser efectuada por qualquer meio formal, que não de modo meramente consensual.

Cabe aí, designadamente, uma *simples carta* com remessa através dos serviços postais, correspondência via *correio electrónico*, ou *qualquer outro meio* susceptível de prova, nos termos gerais, designadamente um registo áudio da comunicação, se for o caso.

Claro que o ónus da prova, nestas situações, recai sobre o consumidor. Que terá de se munir dos elementos de base indispensáveis à demonstração da realidade dos factos: a de que expediu a *comunicação de não conformidade* para disso colher as soluções *cabíveis* do acto.

5. *A suspensão do prazo de garantia*

O prazo de garantia suspende-se desde o momento da *comunicação da não conformidade* até à reposição da conformidade pelo

fornecedor ou produtor [reparação ou substituição], devendo o consumidor, para o efeito, colocar os bens à disposição da contraparte ou do produtor sem demora injustificada.

Por conseguinte, quer durante o período em que a reparação se haja processado e que, em regra, não deverá ultrapassar os 30 dias, quer durante o lapso de tempo que medeia entre a *comunicação da não conformidade*, o remédio adoptado e a substituição consubstanciada, essa dimensão temporal tem de ser imputada na prolação da garantia: se, por exemplo, a substituição durar 3 (três) meses, três (3) meses acrescerão aos 3 anos de garantia.

O entendimento que perfilhamos é o de que, se de três meses for o lapso dentro do qual a substituição se houver consumado, o bem de substituição, para além dos 3 (três) anos de garantia de que ora goza, verá acrescidos os 3 (meses) a esse período de tempo: 3 anos e 3 meses...

Poder-se-ia supor que o facto não adiantava nem atrasava, uma vez que o bem de substituição sempre beneficiaria *ex novo* de um prazo de garantia integral, mas com efeito – porque a relação jurídica de que se trata se protraí no tempo – ao novo prazo de garantia acresce o lapso durante o qual a substituição esteve em “banho maria”, como sói dizer-se...

Capítulo VII – Direitos do consumidor em caso de não conformidade

1. Direitos do consumidor

Em caso de não conformidade do bem com o contrato, o consumidor goza dos direitos que, como segue, se enunciam:

- à *reposição da conformidade*, através da reparação ou da substituição do bem;
- à *redução* proporcional do preço; ou

– à *extinção do contrato* [por meio do instituto da resolução].

Discutia-se, na vigência da *Lei Antiga*, se os direitos estariam ou não sujeitos a uma qualquer hierarquia.

Calvão da Silva entendia [*in* “*Venda de Bens de Consumo, 4.ª ed.ª*”, Coimbra, Almedina, 2010”] que teria de haver um qualquer escalonamento, uma qualquer gradação.

E, na sua esteira, o conselheiro Fonseca Ramos, *in* acórdão de 13 de Dezembro de 2007 do Supremo Tribunal de Justiça, que definira no sumário respectivo:

“O comprador de coisa defeituosa pode, por esta ordem, exigir do fornecedor/vendedor: 1º – a reparação da coisa; 2º – a sua substituição; 3º – a redução do preço ou a resolução do contrato, conquanto exerça esse direito, respeitando o prazo de caducidade – art.º 12.º da LDC.

O desembargador Gaito das Neves, porém, de modo certo face à interpretação correcta dos preceitos, *in* acórdão da Relação de Évora de 15 de Março de 2007, decretara em desacordo:

[...] “*resulta do artigo 12 n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que perante a venda de uma coisa defeituosa, o consumidor pode escolher a reparação que mais lhe convém, sem qualquer ordem sucessória: a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço, a resolução do contrato.*”

Mais recentemente, o Tribunal da Relação de Guimarães, pelo punho do desembargador Jorge Teixeira [acórdão de 20 de Fevereiro de 2020 votado por unanimidade] entendera, à revelia do que prescreve a *Lei Antiga*, aplicável no caso, mas hoje em concordância com os termos da *Lei Nova* [em vigor desde o 1.º de Janeiro de 2022], que

I – “Os direitos à reparação ou à substituição previstos no artigo 914 do Código Civil – e também no artigo 12, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que veio estabelecer «o regime legal aplicável à

defesa dos consumidores» – não constituem pura alternativa ou opção oferecida ao comprador, antes se encontrando subordinados a uma sequência lógica.

- II – Assim, o consumidor tem o poder-dever de seguir primeiramente e preferencialmente a via da reparação da conformidade devida, pela reparação ou substituição da coisa, sempre que possível e proporcionada, em nome da conservação do negócio jurídico, tão importante numa economia de contratação em cadeia, e só subsidiariamente o caminho da redução do preço ou resolução do contrato.
- III – Isto porque, embora a lei (art.º 5.º do DL n.º 67/2003) não hierarquize os direitos conferidos ao consumidor, numa interpretação conforme a Directiva (Directiva nº 1999/44/CE, de 25/05), há prevalência da “reparação/substituição” sobre o par “redução/resolução”, pois a concorrência electiva dos diversos direitos do consumidor não é absoluta, por não prescindir de uma “aticização da escolha” através do princípio da boa-fé, sendo que o art.º 4.º n.º 5 do diploma citado recorre à cláusula do abuso de direito.”

No quadro actual, ao consumidor é lícito, *primum*, optar entre reparação e substituição, de forma não graduada, porém, de molde a cumprir-se tendencialmente o ditame da preservação que não do descarte. Assiste-se hodiernamente à outorga de um autónomo “direito de reparação”, a preceder o da substituição, tal como emerge das **Resoluções do Parlamento Europeu** de 04 de Julho de 2017, 25 de Novembro de 2020 e 07 de Abril de 2022, ainda de todo não implementadas, se bem que na expectativa de iniciativas legislativas da Comissão em tal sentido.

Aliás, tal preocupação perpassa o globo, rumo à Agenda 2030: com o consumo sustentável como um dos desígnios do Milénio, de par obviamente com a produção.

[Aliás, a 04 de Junho p.ºp.º, as manchetes dos jornais povoavam-se de notícias com ênfase no *Fair Repair Act* do *Estado de Nova York*, que consagrou de modo pioneiro um tal direito, que no Brasil se terá traduzido por “o direito de reparar” (“direito ao reparo”) ou “de consertar”...].

2. A reposição de conformidade

O passo primeiro será, pois, o da *reparação* ou da *substituição do bem* de molde a que se harmonize a conformidade factual com a que emerge dos termos do contrato,

A *reparação* ou *substituição* do bem não subsistirá, porém, se o remédio de que se pretende socorrer ou lançar mão em ordem à reposição da conformidade se revelar impossível ou, em comparação com o outro meio, impuser ao fornecedor custos desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, a saber:

- O valor que os bens teriam se não se verificasse a não conformidade;
- A relevância da não conformidade; e
- A possibilidade de recurso ao meio de reposição da conformidade alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor.

O fornecedor poderá, por seu turno, recusar a *reposição de conformidade* se a *reparação* ou a *substituição* forem impossíveis ou impuserem custos desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, como se alude, de resto, precedentemente. Algo que parece, com efeito, redundante, mas que a lei plasma sequencialmente no seu artigo 15, ou como reforço ou como lapso que, aliás, nem sequer superou, rectificando-o.

3. A reparação ou a substituição do bem: considerações gerais

Invocado o remédio da *reparação* ou o *da substituição*, ao consumidor impõe-se disponibilize o bem que padece da não conformidade, a expensas do fornecedor, para os efeitos havidos por convenientes.

A reparação ou a substituição assegurá-la-á o fornecedor ou, se for o caso, por meio da acção directa deduzida pelo consumidor contra o produtor, nas condições cuja enunciação segue:

- *A título gratuito*;
- *Num prazo razoável* a contar do momento em que o fornecedor seja do facto prevenido pelo consumidor mediante a comunicação de não conformidade;
- *Sem gravame para o consumidor* e ante a natureza do bem e o escopo a que visa.

O prazo para o efeito *não deve exceder os 30 dias*, salvo em situações em que a natureza e complexidade do bem, a gravidade da não conformidade e o esforço necessário para a conclusão da reparação ou substituição justifiquem prazo mais dilatado.

Quando na *Lei Nova* se diz de modo singelo “*a título gratuito*”, importa reconduzir tais termos ao n.º 3 do artigo 4.º da *Lei Antiga* [ainda em vigor para os bens adquiridos até 31 de dezembro de 2021] que, em complemento da expressão “*sem encargos*”, ínsita no seu n.º 1, prescreve [cf. o que a *Lei Nova* prescreve na al. a) do art.º 2.º]:

“A expressão ‘*sem encargos*’, utilizada no n.º 1, reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e de material”.

O sentido é exactamente esse. Sendo obviamente nula eventual convenção em contrário, de harmonia com o que prescreve o artigo 51 da *Lei Nova* no que à *garantia legal* se reporta.

4. O direito de reparação: especialidades

Em caso de *reparação*, o bem objecto de uma tal operação beneficia de um prazo adicional de *garantia de seis meses* por cada uma das intervenções até ao limite de *quatro* (4), cumprindo ao fornecedor, aquando da devolução do bem, transmitir ao consumidor um tal informe, em princípio através de suporte duradouro para que o consumidor se possa prevalecer de elementos de prova do acto: no limite, um bem móvel durável com quatro intervenções beneficia de uma garantia de cinco (5) anos...

Se a reparação exigir a remoção do bem instalado de forma compatível com a sua natureza e finalidade antes de a *não conformidade* se ter manifestado, a obrigação do fornecedor ou do produtor, se for o caso, abrange não só tal remoção como a instalação pós-reparação, a expensas próprias.

5. O direito de substituição: especialidades

Se a substituição exigir a remoção do bem instalado de modo compatível com a natureza e escopo que se lhe assina antes de a *não conformidade* se revelar, incumbe ao fornecedor ou ao produtor, se accionado for directamente pelo consumidor, de harmonia com a acção directa que excepcionalmente se lhe confere, promover a remoção do bem não conforme e a instalação de bem de substituição, a expensas suas.

Se a *substituição* do bem ocorrer, o fornecedor é responsável por qualquer não conformidade que ocorra no *bem sucedâneo*, de harmonia com os prazos originalmente enunciados no lugar próprio: a garantia que se confere, na circunstância, é a garantia original dos bens novos, ou seja, de três anos, nas condições noutra passo evidenciadas.

A lei é, porém, *peremptória* ao estabelecer que em caso de substituição do bem, não pode ser cobrado ao consumidor *qualquer custo inerente à normal utilização do bem substituído*, o que, em nosso entender, constitui inovação de saudar calorosamente.

A própria *jurisprudência* tendia a considerar que havia valores a computar pelo uso do bem.

Por todos, o acórdão de 05 de Maio de 2015, com a firma do conselheiro João Camilo, em cujo III do sumário reza o que segue:

“III– Apurando-se que o veículo vendido, apesar dos defeitos não eliminados, continuou a circular sem limitações na respectiva capacidade de circulação e sem afectar a segurança dos passageiros, percorrendo, em três anos e meio, 59 mil quilómetros, a devolução do valor do veículo a efectuar pelo devedor, em consequência da resolução e como correspectivo da devolução do carro, deve limitar-se ao valor deste, na data do trânsito em julgado.”

Por conseguinte, a inovação como que penaliza o fornecedor e, concomitantemente, o produtor por haver lançado no mercado bem *não conforme* ou susceptível de consigo ‘transportar’ uma não conformidade lesiva dos interesses e direitos do consumidor...

6. O direito de rejeição

Se, porém, a não conformidade se revelar nos primeiros 30 dias após a entrega da coisa, é lícito ao consumidor deflagrar logo a “bomba atômica”, a saber, impor a extinção do contrato com a devolução da coisa e a restituição do preço pago, de harmonia com as prescrições da lei: no lapso de 14 dias, sob pena de mora, e pelo meio de pagamento adoptado pelo consumidor.

Conquanto possa, ao seu livre alvedrio, exigir a substituição do bem, faculdade, aliás, que já consta do catálogo das reacções primeiras ante a não conformidade revelada.

7. A redução proporcional do preço ou a extinção do contrato

O consumidor pode optar entre a *redução proporcional do preço* e a *extinção do contrato* [por meio da figura da *resolução*, como adiante se clarificará], fora da hipótese vertida no número precedente, caso:

- O *fornecedor*:
 - Não haja efectuado a reparação ou a substituição do bem;
 - Não tenha efectuado a reparação ou a substituição do bem, de modo gratuito ou tempestivo;
 - Haja recusado repor a conformidade dos bens em razão da impossibilidade física ou da emergência de encargos vultuosos e desproporcionados; ou
 - Haja declarado, ou resulte evidente das circunstâncias, que não reporá os bens em conformidade, em prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor;
- A não conformidade haja reaparecido apesar da tentativa de o fornecedor se haver proposto repor os bens em conformidade;
- Ocorra uma nova não conformidade; ou
- A gravidade da não conformidade justifique a imediata redução do preço ou a extinção do contrato de compra e venda com a devolução da coisa e a restituição do preço pago.

O consumidor *não poderá lançar mão da extinção do contrato* por incumprimento se o fornecedor fizer prova de que a não conformidade é *mínima*.

A redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos bens que recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que teriam se estivessem em conformidade.

O consumidor tem o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ao fornecedor até que este cumpra os deveres a que se adscreeve perante a Lei Nova.

No entanto, tal não consente ao consumidor, tão pouco lhe confere, o direito à recusa de prestações em mora, como se afigura elementar.

O direito à redução proporcional do preço pode ser exercido quando a não conformidade tenha levado ao perecimento ou deterioração do bem por motivo não imputável ao consumidor.

Os direitos previstos neste particular transmitem-se ao terceiro adquirente do bem, tanto a título gratuito como oneroso.

8. A extinção do contrato por meio da figura ou instituto da resolução

Em princípio, no quadro actual dos remédios susceptíveis de se adoptar nas hipóteses de *não conformidade* do bem com o contrato, a última coisa de que o consumidor pode lançar mão é a de “pôr termo ao contrato” (na linguagem do direito, “*resolver o contrato*”).

A menos que a *não conformidade* (o vício, a avaria, o defeito, a anomalia, a diferença entre o declarado e o oferecido...) ocorra logo nos primeiros 30 dias pós-entrega e, aí sim, pode o remédio funcionar com sucesso: é o denominado “direito de rejeição” que pode ocorrer, sem mais, nos primeiros 30 dias e confere ao consumidor uma tal faculdade, *ut supra*.

E de que meios se pode servir o cidadão-consumidor para efectivar a operação de “pôr termo ao contrato” com a devolução da coisa e a restituição do preço pago?

A Nova Lei parece simplificar as coisas. Ponto é que o aceite o fornecedor. Se houver que recorrer aos tribunais por intransigência própria, poderá o fornecedor obrigar-se a indemnizar o consumidor em razão da litigância de má-fé em que incorrerá.

[Litiga de má-fé, segundo a lei processual, quem, com dolo ou negligência grave deduza oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar ou se propuser alterar a verdade dos factos ou omitir factos relevantes para a decisão da causa ou praticar omissão grave

do dever de cooperação ou ainda se fizer do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão].

E como é que o consumidor exerce o seu direito de “pôr termo ao contrato”?

Através de declaração dirigida ao fornecedor (que não ao produtor por não ser parte no contrato) em que lhe dá a saber da sua decisão em razão das circunstâncias que a tal o conduzem.

O consumidor dirige ao fornecedor a declaração de que põe termo ao contrato porque foi com ele que contratou: o consumidor não contrata com o produtor nem com o intermediário distribuidor, se for o caso.

A declaração pode ser feita por carta, correio electrónico ou por qualquer outro meio susceptível de prova, de harmonia com o direito em geral.

O exercício de um tal direito determina:

- A obrigação de o consumidor devolver os bens ao fornecedor, que suportará os encargos resultantes da devolução;
- A obrigação de o fornecedor reembolsar o consumidor do preço pago pelos bens após a sua recepção ou de prova do seu envio, que o consumidor apresentará em devido tempo.

O fornecedor deve efectuar o *reembolso dos pagamentos* através do meio adoptado pelo consumidor no contrato, salvo acordo expresso em contrário: e, nestas circunstâncias, desde que o consumidor não incorra em quaisquer custos suplementares. Em suma, se por transferência bancária, por meio análogo, se por cheque, outro tanto, e assim sucessivamente...

O fornecedor deve efectuar o reembolso de todos os pagamentos pelo consumidor efectuados, em que se incluem naturalmente os dos *encargos com a devolução dos bens*.

O fornecedor deve proceder, porém, a título gratuito, à *remoção* dos bens sempre que a resolução do contrato o exija.

O prazo para que o fornecedor reembolse o consumidor é de 14 (catorze) dias, sob pena de mora e com os encargos daí advenientes.

Não terá, no entanto, de *restituir em dobro* tal montante, se acaso o não fizer no tempo, no lugar e pelo meio próprios, como ocorre noutras circunstâncias.

O fornecedor pode proceder, porém, legitimamente, à retenção do reembolso enquanto os bens não forem devolvidos ou do facto se não fizer prova.

9. CADUCIDADE DO DIREITO DE ACÇÃO

Os direitos atribuídos ao consumidor neste particular *caducam* decorridos *dois anos* a contar da data da comunicação da não conformidade: é a medida do prazo para a propositura da acção.

O que quer significar que, uma vez denunciada a não conformidade, no lapso de *três anos* que ora é o período de duração da garantia, haverá *dois anos* para accionar o fornecedor perante os órgãos jurisdicionais ou extrajudiciais ao alcance do consumidor.

Ao invés do que ocorria no quadro da *Lei Antiga*, não se demarca agora qualquer prazo para a *denúncia da não conformidade*, que era, nos seus termos, de sessenta dias para os móveis.

Trata-se de inovação de saudar que não deve, porém, constituir estímulo à negligência de banda do consumidor, dada a premência de as coisas se solucionarem, sem compassos de espera, no tráfego jurídico.

Como noutro passo se assinalou a propósito da suspensão da garantia, também o direito de acção se suspende em dadas circunstâncias:

- Desde a colocação do bem à disposição do fornecedor [ou do produtor] com vista à realização das operações de reparação

ou substituição até à reposição da conformidade e devolução ou entrega de novo bem ao consumidor;

- No decurso do lapso temporal em que durar a tentativa de resolução extrajudicial do conflito.

No que a este último ponto se refere, a *tentativa de resolução extrajudicial do litígio* inicia-se com a ocorrência de um dos seguintes factos:

- As partes acordem no sentido de submeter o conflito a mediação, a conciliação ou a qualquer outra forma de resolução extrajudicial;
- A mediação ou a conciliação se determine no âmbito de um processo judicial;
- Se constitua a obrigação de recorrer à mediação ou conciliação.

Em suma, a *caducidade do direito de acção* nas hipóteses em que em causa se achem bens *móveis corpóreos* ou *com elementos digitais*, objecto de controvérsia, protrai-se por *dois anos* a contar da comunicação da não conformidade ao fornecedor ou ao produtor [nas situações em que ao consumidor é lícito accioná-lo por meio dos mecanismos processuais da acção directa, como a lei excepcionalmente o admite] com os acréscimos decorrentes das suspensões com suporte na lei.

TÍTULO II – GARANTIA COMERCIAL

1. *Generalidades*

A *garantia contratual*, que se situa para além da que a lei estabelece imperativamente, outrora denominada *garantia voluntária*, passou, no quadro actual, a denominar-se *garantia comercial* quando, no fundo, as relações jurídicas a que se adscvem não são mercantis, comerciais, mas de sua natureza de *consumo*. Com as substanciais diferenças e de regime que intercedem.

Talvez, de todo, não berrasse na congruência das nomas se se limitassem a designá-la como *garantia contratual*, para além dos estritos termos da garantia que se defere ou confere *ex vi legis*.

De harmonia com o que prescreve a *Lei Nova*, à semelhança do que a *LDC – Lei de Defesa do Consumidor*, o estabelece, tal como a Lei dos Serviços Públicos Essenciais, e a Lei Antiga, aliás, as disposições ínsitas no diploma de que se trata revestem natureza *imperativa*.

A LDC, em seu artigo 16, e em sede de “*carácter injuntivo dos direitos*” [epígrafe do seu capítulo III], define sob o apodo de “nulidade”:

- “1 – Sem prejuízo do regime das [condições gerais dos contratos], qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula.
- 2 – A nulidade referida no número anterior apenas pode ser invocada pelo consumidor ou seus representantes.
- 3 – O consumidor pode optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas forem nulas nos termos do n.º 1.”

E, na esteira do que se prescreve precedentemente, nos termos do artigo 51 do diploma em exame e sob a epígrafe “*carácter imperativo*”, se estatui do mesmo passo:

- “1 – Sem prejuízo do regime das [*condições gerais dos contratos*], é nulo o acordo ou cláusula contratual pelo qual se excluem ou limitem os direitos do consumidor previstos no presente decreto-lei.
- 2 – É aplicável à nulidade prevista no número anterior o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 16.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, na sua redacção actual.
- 3 – O disposto no presente decreto-lei não impede o [fornecedor] de propor ao consumidor disposições contratuais que lhe concedam maior nível de protecção.”

Trata-se, é facto, de uma *imperatividade relativa*, já que obsta a que o fornecedor possa invocar a nulidade nestes termos, reservando-se a excepção só e tão só ao consumidor. O facto é que o consumidor nem sempre é advertido e, por conseguinte, perante as violações e os argumentos que as acompanham, o consumidor mal sabe que direitos lhe cabem e como actuar o seu exercício.

2. Carácter vinculativo da garantia comercial

A ora denominada *garantia comercial* vincula o garante nos termos e nas condições previstas na respectiva *declaração* e nos da comunicação comercial veiculada tanto previamente como no momento da celebração do contrato. Aliás, em consonância com o que se prescreve no n.º 5 do artigo 7.º da *LDC*, segundo o qual

“As informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário.”

Mas a *Lei das Garantias dos Bens de Consumo* aduz ainda [n.º 2 do seu artigo 43] que

[...] “são ainda vinculativas para o garante as condições anunciadas em publicidade anterior ou concomitante ao momento da celebração do contrato.”, o que de todo se tem por redundante”.

As leis deveriam ser o mais concisas possível, dispensando a repetição à exaustão de preceitos que nada acrescentam, afinal, antes propiciam o actual quadro penetrado de uma *algaraviada* sem precedentes que não aclara perspectivas, não reforça prescrições e, quantas vezes, só perturba o entendimento das normas pelo vulgo...

3. Condições mais favoráveis dispensadas ao consumidor

Sempre que as mensagens de *publicidade* e outros modos de *comunicação comercial* não sejam coincidentes ou diverjam, o consumidor beneficia das condições mais favoráveis a tal propósito propiciadas.

Exceptua-se, porém, o facto, sempre que – em momento anterior ao da celebração do contrato – as mensagens ou outras manifestações do estilo, ínsitas na mancha da comunicação comercial hajam sido corrigidas, contanto o sejam de forma idêntica ou comparável e de molde a que não subsistam dúvidas de qualquer jaez a tal respeito.

De outro modo, se a coisa ocorrer de forma difusa ou dissimulada ou “*in fraudem legis*”, prevalece a publicidade veiculada anteriormente, desvalorizando-se o arremedo de rectificação com o intuito de subtrair o fornecedor ou seus prepostos às inevitáveis consequências do que nela se contém ou induz.

4. Responsabilidade directa do produtor

Nos casos em que o *produtor* oferece uma garantia comercial por um dado lapso de tempo, é directamente responsável perante o consumidor pela reparação ou substituição do bem durante o período da garantia como tal configurada.

5. Garantia comercial: forma legal

A declaração de garantia comercial está sujeita a *escrito particular*.

E ou é emitida em suporte papel ou, de harmonia com as tecnologias de informação, em um qualquer outro suporte duradouro: a chave *Universal Serial Bus* (USB), o *Compact Disc Read-Only Memory* (CD-ROM), o *Digital Versatile Disc* (DVD), os *cartões de memória* ou o *disco rígido do computador*, que permita ao consumidor ou ao fornecedor ...armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respectiva reprodução inalterada:

o consumidor deve ficar munido de um documento que permita conhecer as condições da garantia do produto ou serviço contratado.

E tem de ser entregue ao consumidor ou em momento anterior ou no da celebração do contrato.

A *declaração* em que se encerra a *garantia comercial*, independentemente do idioma em que possa ser lavrada, tem de ser *obrigatoriamente redigida em língua portuguesa*. Pontuando as características de clareza, transparência e inteligibilidade, nem sempre ao alcance de agentes económicos que menosprezam a simplicidade e dela não fazem de todo profissão de fé.

6. Menções obrigatórias

Da declaração de garantia comercial terão de constar imperativamente um sem-número de menções, a saber (por ordenação que se nos afigura mais linear, que não a da lei):

- *O nome e o endereço do garante* [fornecedor e ou produtor];
- *A designação dos bens* aos quais a garantia comercial se aplica;
- *Duração e âmbito territorial* da garantia;
- *A declaração clara* de que o consumidor é titular dos *direitos à reposição da conformidade* [reparação e substituição], à *redução do preço* ou à *extinção do contrato* [por meio da figura da *resolução* por incumprimento] previstos na lei, e de que tais direitos não são de nenhum modo afectados pela garantia comercial;
- Menção clara e expressa acerca do *objecto da garantia comercial*, *benefícios atribuídos ao consumidor* por meio do exercício da garantia, bem como as *condições para a sua atribuição*, incluindo a enumeração dos encargos, nomeadamente os relativos às *despesas de transporte*, de *mão-de-obra* e de *material*, e ainda os prazos e a forma de exercício da garantia,

incluindo a quem incumbe provar a falta de conformidade e o prazo aplicável a tal ónus;

- O procedimento [prático, material e formal] a adoptar pelo consumidor para executar com sucesso a *garantia comercial*.

Ainda que os requisitos ínsitos nos dois pontos precedentes se inobservem, tal não afecta a *validade da garantia*, que é susceptível de se opor ao fornecedor e ou ao produtor [isto é, ao garante, que da responsabilidade que lhe cabe se não pode de todo eximir]. Para além da *responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais que no caso couberem* e o consumidor [ou terceiro adquirente] se propuser requerer.

7. Transmissibilidade da garantia

Os direitos ínsitos na *garantia comercial transmitem-se imperativamente* ao terceiro adquirente do bem, seja a título gracioso, seja oneroso.

A garantia não é “*intuitus personae*”: a garantia inere à coisa, ao bem.

Logo, operando-se a transmissão do bem, coisa corpórea ou com a incorporação de conteúdos ou serviços digitais, o transmissário, quer se trate de pessoa singular [consumidor ou mero particular] quer de pessoa colectiva, beneficia da garantia e nos termos em que tal se conferiu ao primitivo adquirente.

Os meios de tutela é que serão distintos consoante as situações perspectivadas: se se tratar do consumidor adquirente originário, o recurso aos tribunais arbitrais necessárias, no âmbito da competência em razão do valor, impor-se-á; se se tratar de mero particular a quem por contrato se haja transmitido a titularidade da coisa, já o recurso aos tribunais arbitrais parece estar vedado, ainda que se trate de transmissão dos direitos de consumidor nos quais haja ficado sub-rogado: é que tratando-se de contrato de compra e venda entre particulares, com um contrato de compra e venda dissociado

do original, competente não será o tribunal arbitral de conflitos de consumo, antes o julgado de paz, se o houver na jurisdição, ou o tribunal de primeira instância territorialmente competente e em razão da matéria; tratando-se de pessoa colectiva [pessoa jurídica] o mesmo é susceptível de se observar – ou julgado de paz ou tribunal de primeira instância competente em razão da matéria, do valor e do território.

8. A ilusória garantia comercial mediante a celebração de um contrato de seguro

Há, por vezes, a ilusão crassa de que se está perante uma garantia “comercial” quando, na realidade, o que o fornecedor oferece ao consumidor, a esse título, intermediando a celebração de um de seguro com determinadas coberturas, é de um contrato de seguro vero e próprio [ou de um contrato de seguro de “garantia”, como outros o denominam] que de todo não preenche o escopo de uma garantia, tal como a que na lei se delinea.

E o facto é que, uma vez celebrado o contrato de seguro, em caso de não conformidade no lapso complementar de tempo, o fornecedor exime-se à satisfação dos remédios de que o consumidor entenda lançar mão, já que o remete sistematicamente para a seguradora, que distorce – em função de um contrato com preterição dos deveres gerais, especiais e específicos de informação – o conteúdo do modelo “negociado” e frustra direitos e expectativas da vítima mediante as justificações mais torpes e inverosímeis, tanto quanto é do nosso conhecimento.

Daí que cumpra acautelar convenientemente tais “métodos negociais” *in fraudem legis* com as consequências daí emergentes, para que devem estar naturalmente prevenidos os consumidores sempre que alvo de estratégias similares, a roçar as práticas comerciais desleais, de feição enganosa, como as que a esse título se desencadeiam e se vêm adoptando até por empresas de projecção, aparentemente “acima de qualquer suspeita”...

BIBLIOGRAFIA: LEI NOVA

- ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Os Direitos do Consumidor de Conteúdos e Serviços digitais segundo a Dir. 2019/770, RED – *Revista Electrónica de Direito* (2020/1); “Contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais”, *Estudos de Direito do Consumidor* 15 (2019), pp. 9-36
- JORGE MORAIS CARVALHO e MARTIM FARINHA, “Goodswith Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771”, *Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. 2 (2020), nº. 2
- MÁRIO FROTA, “*Contratos de Consumo – Coisas Móveis e Imóveis & Garantias Conexas*, *Revista Argumentum*”, São Paulo, Maio de 2021
- NUNO PINTO DE OLIVEIRA, “*O Direito Europeu da Compra e Venda 20 Anos Depois – Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2019*”, in “*Revista de Direito Comercial* (versão electrónica), 30 de Junho de 2020
- SANDRA PASSINHAS, “*O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal*, *Revista de Direito Comercial* (versão electrónica), 04 de Dezembro de 2021.

IV

Razoabilidade e proporcionalidade e os limites da discricionariedade administrativa

*Massami Uyeda**

RESUMO: Este artigo objetiva estudar o poder discricionário da Administração Pública. O poder discricionário é instrumento necessário para a adequada atuação administrativa, uma vez que faculta ao Administrador a liberdade de se optar por critério de conveniência e oportunidade para a edição do ato administrativo, sem, contudo, passar ao largo e distante do critério da legalidade. A opção discricionária, por outro lado, há de estar balizada pela razoabilidade e proporcionalidade, de modo a resultar em ato que se conforme à finalidade pública.

A moderna doutrina do Direito Administrativo e a jurisprudência orientam ser necessária a observância da formalidade da motivação dos atos administrativos, vinculados ou discricionários, para que se possibilite exercer seu controle de legalidade.

Daí a necessidade de se estudar e conhecer os limites da discricionariedade administrativa, balizados pelos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

(*) Advogado, Mestre e Doutor em Direito (USP), Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Ato vinculado e ato discricionário. Necessidade de conformação à lei e à finalidade pública. Motivação. Doutrina e jurisprudência reforçam. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade como limites da discricionariedade administrativa.

ABSTRACT: This article aims to study the discretionary power of Public Administration. Discretionary power is a necessary instrument for adequate administrative action, since it gives the Administration the freedom to opt for a criterion of convenience and opportunity for the edition of the administrative act, without, however, being able to act wide and far from the criterion of legality. The discretionary option, on the other hand, must be marked by reasonableness and proportionality, so as to result in act that conforms to the public purpose.

The modern doctrine of Administrative Law and jurisprudence guide that is necessary to formally motivate administrative acts, link or discretionary, so that it is possible to exercise its control of legality.

Hence the need to study and know the limits of administrative discretion, marked by the principles of reasonableness and proportionality.

KEYWORDS: Administrative Law. Linked and discretionary act. The need to conform to the law and to the public purpose. Motivation. Doctrine and jurisprudence reinforce. Principles of reasonableness and proportionality as limits to administrative discretion.

SUMÁRIO: 1 Breve introdução. 2 Divisão do Poder. 3. O princípio da legalidade preside a prática de atos administrativos. 4 Poder discricionário da administração. Referências.

1. BREVE INTRODUÇÃO

É de se convir que pretender discorrer sobre tema candente quanto a discricionariedade administrativa, que tem sido objeto de profundos estudos por parte de renomados publicistas, balizado por dois outros conceitos jurídicos indeterminados é tarefa que excede presunçosa pretensão.

Entretanto, sendo preciso navegar, parodiando Pessoa, lança-se à tentativa de oferecer modesta contribuição para sua compreensão.

2. DIVISÃO DO PODER

Na clássica concepção de Montesquieu, o Estado atua sob a égide da tripartição dos Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, cada qual desempenhando competências preponderantemente precípuas e exclusivas, nas respectivas áreas de sua competência: o Legislativo, na elaboração da lei; o Executivo, na execução e aplicação da lei, em caráter geral; e o Judiciário, na especialização e aplicação da lei, em caso concreto.

O desempenho de tais tarefas precípuas e exclusivas, no âmbito da competência de cada qual dos Poderes constitui assim chamada competência formal e é certo que, residualmente, todos os três poderes exercem a competência material, em matéria administrativa.

Para o desempenho e a atuação da competência material, em matéria administrativa, o ordenamento jurídico dota o administrador público de poderes para sua prática. Estes poderes administrativos, que não se confundem com os Poderes de Estado, são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização de tarefas administrativas, a ponto de serem considerados poderes administrativos instrumentais.

O ordenamento jurídico confere poderes administrativos ao administrador para que, no desempenho da gestão administrativa, possa praticar atos administrativos, os quais são, fundamentalmente, atos jurídicos informados pela finalidade pública, podendo-se conceituar ato administrativo, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, como *“toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou si própria”* (MEIRELLES, 2016, 173).

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PRESIDE A PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS

O plexo de poderes administrativos outorgados pelo ordenamento jurídico ao administrador público, para que possa praticar atos administrativos, deriva da lei.

É o princípio da legalidade que informa toda a atuação da Administração Pública e sua dicção constitucional se encontra no art.37, *caput*, *in verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

E a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, consagra o princípio da legalidade, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

A higidez e a eficácia do ato administrativo hão de observar a existência de cinco requisitos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Ausente qualquer um destes elementos, o ato não se aperfeiçoa e não terá condições de eficácia.

Este exercício rememorativo de conceitos básicos e essenciais se justifica para possibilitar melhor compreensão sobre o exercício da discricionariedade administrativa que, não poucas vezes, tem gerado equívocos seja quando de sua aplicação, seja quando de sua interpretação.

Assim, sob o prisma da liberdade de atuação o administrador público pratica atos vinculados e atos discricionários.

Atos vinculados são aqueles que têm seus requisitos e condições de sua realização previamente traçados na lei. Pouca ou quase nenhuma liberdade de atuação se reserva ao administrador público para sua execução.

Na hipótese de ato vinculado todo o arcabouço volitivo de sua edição já está previamente traçado na lei.

É dizer, no ato vinculado a lei especifica que o agente público ao praticá-lo observe os requisitos por ela expressos como a essência do ato, em todas suas minúcias. Se as omitir ou as diversificar, seja com relação à finalidade, seja com relação aos motivos, ou não obedecer à forma prescrita ou ser praticado por agente incompetente, o ato administrativo será inexistente, nulo ou anulável, segundo a intensidade da perturbação verificada em sua formação.

A edição de um ato administrativo pressupõe a existência lícita de vontade, emanada de autoridade especialmente autorizada, em lei própria, para sua prática. E nisto consiste o requisito da competência, que é a quantidade de poder que a lei confere ao agente público para a prática do ato.

O resultado visado pelo agente constitui o objeto do ato administrativo e, despidendo dizer, deve ser lícito.

No ato administrativo vinculado o objeto está predeterminado na norma legal.

Na estrutura do ato administrativo, os motivos objetivam a realização do fim pretendido pelo agente e, por curial, hão de guardar consonância com o interesse público.

O motivo e a finalidade do ato administrativo são condições intrínsecas de sua legalidade.

Para que o ato administrativo seja válido e eficaz há de observar formalidades extrínsecas exigida na lei, consistente na forma que deve revestir.

A forma escrita do ato administrativo é o seu revestimento material e, por meio dela, torna transparente a atuação administrativa, alcançando-se assim a necessária publicidade, elemento necessário para que se possibilite sua fiscalização.

No ato administrativo pode-se considerar elementos de legalidade externa ou objetiva a competência, forma e objeto lícitos, e, como elementos de legalidade interna ou subjetiva o motivo e o fim.

4. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

Multifacetárias e dinâmicas são as necessidades do corpo social e o seu atendimento pela Administração Pública nem sempre tem o seu contorno definido em lei.

Se a gestão e a atuação da Administração Pública depender de leis específicas para o seu desempenho usuais e rotineiros, leis que delimitem o exercício cotidiano da Administração Pública, tal exigência paralisaria a adequada atividade administrativa. Além do que o Legislativo assumiria as atribuições do Executivo.

Quid inde? Como solucionar tais situações?

O sempre festejado Professor CAIO TÁCITO bem expressou o conceito do poder discricionário, do qual o ato discricionário é sua emanção, o prelecionar:

“A ação administrativa do Estado desdobra-se dentro dos quadros legais estabelecidos. A Iniciativa da administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a executar determinados atos no sentido do bem comum. Esta subordinação não significa, porém, que à administração esteja vedada uma certa latitude de apreciação dos fatos e soluções, independente de uma predeterminação legal. À medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos articulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos de lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe aos reclamos imperativos e díspares” (TÁCITO, ‘975, p.63).

Esta liberdade de se optar por critério de conveniência e oportunidade para a edição do ato administrativo não quer significar, contudo,

que se possa atuar ao largo e distante do critério de legalidade. Não, tal não significa atuar fora da legalidade, porquanto o fim colimado há de ser sempre a finalidade pública.

É dizer, a discricção administrativa, que possibilita ao administrador atuar com liberdade de escolha, segundo o critério de conveniência e oportunidade, deve observar os requisitos de competência, forma e finalidade.

Dessa forma, quando a lei estabelece, expressamente, a forma de realização do ato, cessa a esfera discricionária e está-se diante de um ato vinculado.

No ato discricionário não há a particularização da conduta administrativa, possibilitando-se ao administrador a escolha por opções alternativas.

Na realidade, não há, rigorosamente, um ato puramente vinculado ou um ato totalmente discricionário. O que há é a predominância de nuances do atuar administrativo, dado a que, fundamentalmente, todos eles devem conformação ao princípio da legalidade e à observância à finalidade pública.

O ato discricionário não deve ser confundido com ato arbitrário, porquanto discricionariezade e arbitrariedade são comportamentos e atitudes inteiramente diversos.

Discricionariezade é atuar o agente administrativo com liberdade de ação, observando-se os limites estabelecidos pela lei.

Já arbitrariedade é atuar o agente administrativo contrariamente ao estabelecido pela lei.

Sinteticamente, pode-se dizer: discricionariezade administrativa guarda conformidade com a lei; arbitrariedade administrativa é atitude e comportamento contra a lei.

É necessário ressaltar esta diferença porque, não raras vezes, por desconhecimento técnico utilizam-se estes vocábulos de forma contraditória.

É dizer, fala-se discricionário com sentido de arbitrário e fala-se arbitrário com sentido de discricionário.

Na estrutura do ato administrativo, para que se o legitime como válido, hígido e eficaz deve-se observar ser competente o seu agente. Ou seja, deve estar dotado de competência legal para sua prática; deve obedecer a forma legal para sua realização, resguardando-se sua transparência e publicidade; e, deve atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o atendimento ao interesse público.

O motivo ou a causa do ato administrativo que, no caso do ato vinculado, já se encontra delineado na lei, no ato discricionário fica reservado à sua prudente discricionariedade, facultando-se ao administrador público a conveniência e a oportunidade de sua edição.

Por motivo ou causa do ato administrativo, entenda-se a situação de fato ou de direito que determina ou autoriza sua realização. É o elemento subjacente à necessidade da edição do ato administrativo.

Em seu clássico *Direito Administrativo*, edição de 1975, o Professor CAIO TÁCITO já anotava:

“Acentua-se, aliás, modernamente, a tendência legislativa de estabelecer a motivação obrigatória dos atos administrativos, de modo a possibilitar a sindicância de sua materialidade. A doutrina e a jurisprudência, sobretudo na França e na Itália, têm contribuído também para criação desse sistema, por força da anulação de atos pela ausência de explicitação dos motivos” (TÁCITO, 1975, p.69/70).

O vaticínio do Professor CAIO TÁCITO concretizou-se com o advento da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que instituiu o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, com vários princípios constitucionais nela inseridos, tornando-se cânones legais de observância geral, inclusive para os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa (ou seja, quando exercem competência, em matéria administrativa, como ressaltado no início desta exposição).

O artigo 2º, da Lei 9.784/99 dispõe:

“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Embora Lei 9.784/99 tenha por objeto disciplinar o procedimento administrativo, seus dispositivos são aplicáveis aos atos da Administração Pública, daí a grande importância para a exegese da discricionariedade na gestão e execução administrativa.

A Lei 9.784/99, em seu Capítulo XII, introduziu a necessidade de motivação dos atos administrativos. E em seu artigo 50 elencou hipóteses em que a motivação se faz necessária. Vejamos, *in verbis*:

“Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem ou limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou de seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º – A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com

fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º – Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º – A motivação das decisões dos órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou do temo escrito.”

A Lei 9.784/99 abrange a categoria dos atos administrativos, nos quais se reserva ao agente público a prudente discricção quanto à conveniência e oportunidade para sua edição, contudo tornou obrigatória a explicitação de seu motivo ou causa, bem como sua motivação, que é a exposição ou indicação por escrito dos fatos e fundamentos jurídicos do ato.

O princípio da motivação, no dizer da Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“[...] exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos” (PIETRO, 2018, p.149).

A teoria dos motivos determinantes do ato administrativo ganhou força legal, erigindo-se como condição de validade do ato, ao dispor que uma vez explicitados seu motivo e sua motivação, o agente administrativo deve editar o ato compatível com o resultado pretendido.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº141.925/DF, da relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, datado de 14 de abril de 2010, assim decidiu:

“Habeas Corpus. Portaria do Ministro de Estado da Justiça, determinando a expulsão de estrangeiro do território nacional, em razão de sua condenação à pena privativa de liberdade. Inexistência de fundamento. Aplicação da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato administrativo, ainda que discricionário, vincula-se aos motivos apresentados pela Administração. Invalidez da Portaria. Ordem concedida”.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Mandado de Segurança nº15.290/DF, relator Ministro CASTRO MEIRA, em 26 de outubro de 2011, assim decidiu:

“2. Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela Administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido....4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade se transfigure em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.”

Como assinalou o festejado Professor HELY LOPES MEIRELLES, na seara da aplicação de penalidades disciplinares, quando a lei prevê diversas penalidades para uma infração, o poder discricionário da Administração manifesta-se na escolha da penalidade que entender adequada ao caso ocorrente, dentre as enumeradas no texto.

Mas, se a lei indica o processo de apuração dessas infrações, não pode a autoridade usar de outro meio de verificação, nem modificar o que está indicado. Na aplicação de penalidade sua faculdade é

discricionária, mas deve observar “*as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade*”, como assinado pelo Ministro EROS GRAU, no RMS nº24.699/DF, in RTJ 195/69” (MEIRELLES, 206, p.195).

Oportunas e bem colocadas são as observações formuladas pela Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ao comentar a interpretação jurisdicional sobre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos na edição dos atos administrativos ao assinalar:

“A jurisprudência brasileira tem, embora de forma ainda modesta, incorporado esse princípio, especialmente em matéria de sanções disciplinares e de polícia. Às vezes até exorbitando de seu poder, ao reduzir as penalidades aplicadas, em vez de simplesmente decretar sua nulidade. Exemplo de decisões deste tipo encontram-se in RT 318/256 e 221; 454/162; 401/269 e 409/262. Evidentemente, erra o Judiciário ao substituir uma penalidade por outra, porque invade área de competência da Administração Pública; mas acerta ao reconhecer os excessos desta última, quando ela aplica sanções desproporcionais ou inadequadas em relação às infrações praticadas; isso ocorre especialmente no caso de penas pecuniárias, que devem ser fixadas em limites razoáveis, de modo a não assumir caráter confiscatório, nem onerar excessivamente a atividade exercida licitamente. Mas, evidentemente, não é só nessas matérias que se aplica o princípio” (PIETRO, 2001, p.202).

A pedra de toque da discricionariedade administrativa no referente aos aspectos internos da edição do ato administrativo, consistentes no seu motivo e na sua motivação, bem como na adequação dos motivos determinantes passa pela constatação da existência da razoabilidade e proporcionalidade em sua edição.

Isso porque, como acentua MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins a que ela tem de alcançar. E essa

proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem mostrar para o administrador a melhor solução (cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in RDA 65/27).

Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade” (PIETRO, 2001, p.201).

Os limites da discricionariedade administrativa tem sido um dos mais instigantes temas de estudo de Direito Administrativo a desafiar a doutrina e a jurisprudência.

REFERÊNCIAS

TÁCITO, Caio, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*, 31.ed.rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 42 ed, São Paulo, Malheiros, 2016.

V

O ônus da prova no direito tributário

*Laercio Guerra Silva**

RESUMO: O “ônus da prova” é considerado um dos institutos mais importantes do direito pois viabiliza a justiça e o fortalecimento do estado democrático de direito. No âmbito do direito tributário, o objeto da prova é a demonstração da ocorrência (ou não) da hipótese de incidência tributária fundado no fenômeno. O direito do Estado nasce com a ocorrência do fato gerador, materializando-se mediante o lançamento tributário (art. 142 CTN), que, sendo concebido como ato administrativo, é revestido de atributos especiais. Por “prova” compreende-se como tudo juntado aos autos para comprovar as alegações e para demonstrar a ocorrência do fato gerador, tendo como fim convencer o julgador, que mediante o sistema da persuasão racional e da valoração da prova resolvera a lide. Sendo assim, considerando a incorreta distribuição do encargo probatório e afastando-se ao máximo as presunções e a verdade formal, é da autoridade fiscal o ônus de provar, de forma inconteste que a hipótese de incidência prevista em lei, ocorreu no mundo fenomênico, possibilitando, d’outro lado, que o sujeito passivo exerça seu direito constitucional do contraditório e ampla defesa, sem qualquer obscuridade. Enfim, a estrita observância das normas reguladoras do sistema tributário nacional deve ser observada com rigor na busca da Justiça Tributária.

(*) Doutorando em Ciências Jurídicas, Especialista em Direito Tributário e Advogado.

ABSTRACT: The "burden of proof" is considered one of the most important institutes of law as it enables justice and the strengthening of the democratic state of law. In the context of tax law, the object of proof is the demonstration of the occurrence (or not) of the hypothesis of tax incidence in the phenomenal background. State law is born with the episode of the generating event, materializing it self through the tax assessment (art. 142 CTN), which, being conceived as an administrative act, is coated with special attributes. By "evidence" is understood as every thing added to the file to prove the allegations and to demonstrate the occurrence of the taxable event, with the purpose of convincing the judge that, through the system of rational persuasion and the assessment of the evidence, the dispute will be resolved. Therefore, considering the correct distribution of the evidentiary burden and departing as much as possible from presumptions and the formal truth, the tax authority bears the burden of proving, in an undisputed way, that the hypothesis of incidence provided for by law, occurred in the phenomenal world, allowing, on the other hand, that the taxable person exercises his constitutional right of contradictory and full defense, without any obscurity. Finally, the strict observance of the regulatory norms of the national tax system must be strictly observed in the search for Tax Justice.

PALAVRAS-CHAVES: Ônus da prova – Direito tributário

KEY WORDS: Burden of proof – Tax law

SUMÁRIO: I Palavras introdutórias. II Nuances do lançamento tributário. III Considerações sobre a relativização da presunção da veracidade dos atos administrativos. IV Incursão sobre a teoria geral da prova. VI O ônus da prova no direito tributário. VII Conclusão.

I. PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

O “ônus da prova” consiste num dos mais importantes institutos do direito, sendo que a distribuição deste encargo processual entre as partes litigantes é que torna viável a aplicação da justiça.

É como diz Francesco Carnelutti:

[...] encontrar, através do presente, o futuro de um passado ou o passado de um futuro. (...) Encontrar o futuro de um passado ou o passado de um futuro é sempre um salto nas trevas. (...) o juiz está em meio a um minúsculo cerco de luzes, fora do qual tudo são trevas: atrás dele o enigma do passado e diante, o enigma do futuro. Esse minúsculo cerco é a prova. (...) A prova é o coração do problema do julgamento¹.

Na prática, é sempre desafiadora a demarcação deste encargo esse mostra ainda mais instigante quando a lide diz respeito a questões inerentes ao direito tributário.

Como bem ensina Professor Hugo de Brito Machado² o Direito Tributário é o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra abusos desse poder.

A ocorrência de um evento tributário produz como consequência o nascimento de uma obrigação, que após convertido em linguagem jurídica competente faz exsurgir o direito de o Estado invadir o patrimônio do particular.

É através do lançamento tributário que o fisco reclama o pagamento do tributo ao sujeito passivo

Ocorre que, após efetivado o lançamento, na prática, tem-se uma inquietante sensação de que ao Estado-fisco é concedido um alargamento das suas prerrogativas no que diz respeito as provas da ocorrência do fato protocolar previsto na *regra-matriz de incidência*, por, supostamente seus atos estarem acobertados pelo manto dos princípios da presunção da legalidade, legitimidade e veracidade.

1. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, pp. 61-72.

2. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p 51.

Inicia-se então um embate: o Estado reclama o cumprimento da prestação pecuniária (tributo); enquanto o Contribuinte, se insurge com a angustiante tarefa de, em sentido contrário, afastar a exigência, que, por muitas vezes, é descabida, para não dizer abusiva.

Nesse contexto desenrola-se uma tormentosa lide, onde de um lado está o soberano Estado, ostentando o lábaro da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, cujos atos são revestidos de privilégios legais e, d'outro lado, está o cidadão, tentado escudar-se nos princípios constitucionais tributários para proteger-se.

Não é demasiado relembrar os dizeres do Juiz americano John Marshall, da Suprema Corte dos EUA, quando julgou o emblemático caso *Mc Culloch v. Maryland*, quando afirmou que o “poder de tributar equivale ao poder de destruir”.

Diante dessa secular disputa pergunta-se: Afinal, como se distribui o ônus da prova no direito tributário?

Bem, como dito, o “ônus da prova” consiste num dos mais fundamentais institutos do direito. O “ônus” é o encargo de apresentar elementos capazes de certificar no processo que uma determinada situação ocorreu. Didaticamente, Doutora Fabiana Del Padre citando o iluminado Giuseppe Chiovenda conceitua “ônus da prova” como a relação jurídica que estabelece a atividade de carrear provas aos autos, já que, nas suas palavras, “é uma condição para se obter a vitória, não um dever jurídico”³. Frise-se, o “ônus da prova” não é um dever, mas um encargo.

É salutar a questão. Com efeito, a escorreita distribuição do encargo probatório torna-se imperiosa para o fortalecimento do Estado Democrático de direito.

Deve-se, portanto, perquirir-se sobre qual é o “ônus da prova” de cada uma das partes na relação jurídica tributária, pois o crédito

3. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processual e civile*. 4. ed. Nápoles: Jovena, 1928. p. 48

tributário não nasce da simples vontade de qualquer das partes; não surgiu da simples “canetada” do Fisco na sua insaciável sanha arrecadatória, mas do advento no mundo fenomênico de um fato que está abstratamente previsto em lei, cuja subsunção não deixa dúvidas.

É neste tenso cenário de comprovar (ou não) a ocorrência do fato imponível que se instaura a nebulosa questão, que culminará, se não cuidada adequadamente, na expropriação indevida do cidadão e no abuso de poder estado, vilipendiando o direito fundamental à propriedade.

É com esse sentimento, que se pretende nesse breve ensaio, ainda que singelamente, refletir sobre o tema do “ônus da prova” tecendo considerações acerca do encargo do Estado e do Contribuintes, sujeitos da relação jurídica tributária.

A relevância social do tema é irrefutável, pois tem-se a importância do “tributo” como receita originária cujo destino é fazer frente às necessidades públicas, enquanto do outro lado está a proteção do direito fundamental à propriedade do Contribuinte.

Para se alcançar a objetivo neste trabalho, acudiu-se da melhor doutrina através da pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo, bem como em compêndios de Direito Tributário de leitura corrente, publicações e artigos jurídicos a fim de alcançar o objetivo.

Destarte, o título de objetivo geral, teceu-se algumas ponderações sobre o lançamento tributário como ato administrativo, fez-se algumas sucintas considerações sobre a relatividade do princípio da presunção de veracidade do ato administrativo, sobrevoou-se a teoria da prova, e ao final ponderou-se sobre as nuances do ônus da prova em direito tributário; servindo a conclusão, como arremate dos resultados dos tópicos abordados.

Espera-se que, a despeito da exiguidade do espaço deste abreviado experimento, que o tema provoque inquietação para novas investigações e discussões sobre o problema.

II. NUANCES DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional, “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Pondera o professor Hugo de Brito Machado⁴ que é ser função da lei conceituar, mas conter uma regra de comportamento; contudo, por vezes, a lei estabelece conceitos, como aconteceu com o conceito de “Tributo”. Ocorre que, insere no referido conceito está implícita a delimitação da atuação do Estado na relação jurídica tributária.

O Saudoso professor titular de direito da USP Geraldo Ataliba⁵, ensina que o “tributo” é uma obrigação pecuniária, *ex-lege*, cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei, obedecidos os desígnios constitucionais (explícitos ou implícitos).

O “tributo” somente pode ser exigido após a ocorrência do fato protocolar ter sido materializado (escrito) mediante uma linguagem jurídica apropriada- o “lançamento tributário”.

O art. 142 do CTN estabelece que o “lançamento tributário” consiste num procedimento administrativo, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Sendo assim, é no “lançamento tributário” que a autoridade fiscal deve transcrever minuciosamente a ocorrência do fato que estava previamente previsto em lei, constituindo um crédito tributário – que representa o direito do Estado a ser exigido do sujeito passivo.

4. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 56-57

5. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 34.

Sem delongas, a doutrina majoritária alberga a tese de que o Lançamento Tributário possui natureza jurídica de “ato”, tendo como defensores os ícones Professor Paulo de Barros Carvalho e Sacha Calmon Navarro Coêlho.

Portanto, a conduta humana que irá disparar o surgimento da obrigação tributária está descrita na lei, sendo, assim, a obrigação que nasce por força de lei (*ex lege*), pouco importando a vontade das partes⁶. Portanto, a obrigação não nasce porque o fisco simplesmente realizou o ato administrativo do lançamento. O ato do lançamento é consequência e não causa.

Dos signos que compõe a definição do tributo do art. 3º do CTN, destaque-se para esse ensaio, a cobrança da prestação deve ser realizada mediante “atividade administrativa plenamente vinculada”, que quer dizer que, desde o início do procedimento até a lavratura do ato do lançamento deve-se observar rigorosamente a lei, sob pena de nulidade. O lançamento consuma-se em um ato documental, por meio do qual se pode quantificar (*quantum debeat*) e qualificar (*na debeat*) a obrigação tributária preexistente⁷.

Prevê o Código Tributário Nacional que esse “lançamento tributário” pode ocorrer mediante três modalidades; O lançamento direto ou de ofício, o lançamento declaratório ou misto e o lançamento por homologação ou autolançamento.

Sobre as modalidades de lançamento ensina o renomado professor Kiyoshi Harada que o lançamento de ofício está previsto no art. 149 CTN e que corresponde ao lançamento por excelência, sendo aquele efetuado pelo agente público competente sem qualquer participação do sujeito passivo⁸. Quando ao lançamento, previsto no art. 147 CTN,

6. SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 396

7. SABBAG, Eduardo, *ibid*, 2009, p 472

8. HARADA Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. – 30 ed. – São Paulo: Atlas, 2021, p.

corresponde àquele que o Fisco age com base nas informações prestadas pelo Sujeito Passivo⁹.

Por fim. Quanto a terceira modalidade, o festejado professor leciona que o lançamento por homologação, ou autolancamento, previsto no art. 150 CTN, sujeito passivo antecipa o pagamento do tributo sem o prévio exame do fisco, ficando todas as providências a cargo do sujeito passivo¹⁰.

As partes entrelaçadas deste vínculo jurídico abstrato são o Sujeito Ativo e o Sujeito Passivo, ou seja, respectivamente, a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação (art. 119 CTN) e a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 121 CTN).

Em suma, ocorrido o fato imponible, nasce a relação jurídica tributária, que faz disparar o vínculo obrigacional, compreendendo o dever de alguém (sujeito passivo da obrigação tributária) e o direito do Estado (sujeito ativo da obrigação tributária)¹¹, interligadas por força de lei (obrigação *ex lege*), atreladas uma à outra, com vistas ao objeto que é a prestação.

É imprescindível ter em mente que é a “lei tributária” é o objeto central da relação. Ela [a lei] deve trazer consigo absolutamente todos os elementos necessários para a instituição do tributo, ou seja, a regra-matriz de incidência tributária deve prevê a hipótese de incidência e o consequente, e compondo este último, deve estar antevisto, como critério pessoal da norma, os sujeitos que comporão a relação jurídico-tributária.

Nas palavras do emérito Professor Paulo de Barros Carvalho, é no prescritor da norma que deve conter os feixes de informações que nos oferecem critérios de identificação dos elementos constitutivos do

9. *ibid*, 2021. p.

10. *ibid*, 2021 p.

11. MACHADO. Hugo de Brito. *op. cit.*, 2012. p. 124.

laço obrigacional: a) o critério pessoal, que aponta os sujeitos (ativo e passivo) da relação.¹²

E mais. Prevê a Carta Cidadã que somente a Lei Complementar é que tem a força de estabelecer as normas gerais em matéria tributária, assim entendidos os fatos geradores, bases de cálculo e os contribuintes¹³

Portanto, para que haja a exigência do tributo é necessário o ato administrativo denominado lançamento tributário que descreve um ato que estava previamente previsto em lei, ao tempo que promove a imputação da sujeição passiva, tudo conforme previsto, implícito, no próprio conceito de “tributo”.

III. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Não se pode mais conceber que a exigência do tributo seja uma “relação de poder”. É como obtempera o festejado jurista e professor Hugo de Brito Machado¹⁴ que a relação Estado x Contribuinte passou a ser uma “relação jurídica”; pois uma “relação de poder” nasce, desenvolve e se extingue segundo a vontade do poderoso, sem a observância de regras preestabelecidas, ao passo que a relação jurídico tributária, nasce, se desenvolve segundo um regramento preestabelecidas.

12. CARVALHO, PAULO DE BARROS. *Curso de direito tributário*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 331,

13. Art. 146. Cabe à lei complementar: I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; 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;

14. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23

Ora, considerando que o tributo é prestação pecuniária compulsória instituída em lei e o ato administrativo que a materializará deve ser imprescindivelmente realizado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, portanto, o princípio da legalidade é a espinha dorsal da relação jurídica tributária.

O direito brasileiro reconhece como atributos do ato administrativo, dentre outros, a presunção da legalidade, legitimidade e veracidade – ou seja, que os atos da administração pública foram presumidamente praticados de acordo com o direito e por quem detém o poder de praticá-lo e ainda são, presumidamente, verídicos.

Segundo Jürgen Habermas.

“[...] A legitimidade descansa então ‘na fé na legalidade das ordens estatuídas e do poder de mando daqueles a quem essas ordens facultam o exercício do poder’. Mas se a legalidade não significa outra coisa senão concordância com uma ordem jurídica faticamente vigente, e se esta, como direito estatuído que é, não resulta acessível a uma justificação de tipo prático-moral, então não fica claro de onde extrai a fé na legalidade sua força legitimadora. A fé na legalidade só pode criar legitimidade se já se supõe a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal. Não há maneira de romper esse círculo¹⁵

Quando a legalidade, leciona Demian Guedes:

A presunção da legalidade implica no ato exarado pela administração presume-se legal (conforme o direito), valendo até o reconhecimento jurídico de sua nulidade. Em decorrência da sua presumida correção, tem-se a presunção de veracidade do ato, seus pressupostos

15. HABERMAS Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo I. Madrid: Taurus, 1999, p. 343.

fáticos são admitidos como verdadeiros até prova em contrário¹⁶.

A “legitimidade” “legalidade”, portanto, dizem respeito à presunção de que o ato administrativo foi praticado por quem detém o poder de fazê-lo e está em estrita observância ao regramento legal, enquanto “veracidade”, como corolário, refere-se à certeza da ocorrência dos fatos narrados no ato administrativo, o que embasa a chamada “fé pública” das autoridades administrativas.

Sobre o assunto, ensina Bobbio que

Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder; daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário¹⁷

Ocorre que, é remansosa a doutrina no sentido de que tal presunção que reveste os atos administrativos não pode ser idealizada como absoluta pois exige da Administração a comprovação da lisura de seus atos. Sendo assim, é em decorrência dessa relativização que

16. GUEDES. Demian, A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe, In. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte; Fórum, 2008.

17. Norberto Bobbio, *Dicionário de Política*, V.2, Editora UNB, p 674.

se possibilita o administrado impugnar o ato mediante procedimento próprio.

Ocorre que, como dito nas linhas introdutórias deste exame, paira no ar a sensação de que a presunção de veracidade dos atos administrativos está inapropriadamente sendo invocada com ofício de desincumbir o Estado de seu ônus de provar a ocorrência do fato gerador do tributo, transferindo para o Contribuinte o ônus da prova negativa.

Pondera Demian Guedes que dentre os institutos centrais das relações de direito público que demandam uma cuidadosa reavaliação está a presunção de veracidade dos atos administrativos, que, apesar de não contar com fundamentação legal específica, ainda é considerada o “fantasma que apavora quem litiga com a administração pública.”¹⁸

Diz ainda que:

Por se tratar de uma presunção que não ostenta qualquer respaldo legislativo – especialmente após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988–, a presunção de veracidade deve ser analisada com certa “suspeita”, promovendo-se sua cautelosa oposição a outros valores e princípios administrativos, estes sim, expressos no ordenamento jurídico¹⁹

Portanto, a relativização se mostra extremamente acertada, sobretudo, em matéria tributária, pois o descuidado implicaria em abuso de direito do Estado e na expropriação ilegal do administrado. Com efeito, é um direito do sujeito passivo impugnar o ato administrativo do lançamento em um processo administrativo que observe todas as garantias legais.

Aliás, cumpre lembrar que são direitos fundamentais previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º do texto Constitucional de 1988 que

18. GUEDES. Demian. *Op cit.*, p. 244

19. *Ibid.* p 244.

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse sentido, a impugnação, como meio de defesa do administrado, versará não só sobre a ausência de prova mínima que embasa o ato administrativo que constitui o crédito tributário, como poderá, *pari passu*, propor provas em sentido contrário àquela apontada pela autoridade fiscal.

Fato é que os atributos das presunções que encobrem o ato administrativo não podem afastar da administração pública da incumbência de, nem que fosse minimamente, demonstrar a ocorrência do fato imputável, sob pena de ser nulo.

Com efeito, em que pese o privilégio da veracidade que protege o ato administrativo, é encargo do poder público fundamentar e provar pormenorizadamente a ocorrência do fato imponível e não transfira indevidamente ao sujeito passivo o encargo da prova impossível ou diabólica, como a odiosa prova da não ocorrência de um fato.

IV. INCURSÃO SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA

Faz-se necessário, ainda que sobrevoando, tecer sucintos comentários acerca da Teoria Geral da Prova, perpassando sobre o conceito de prova e ônus, a possibilidade de inversão, objeto da prova, tipos de prova, e ainda sobre indícios e presunções, prova negativa e a famigerada prova diabólica.

A lei adjetiva brasileira prescreve no art. 373 que o ônus da prova incumbe:

“I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Destaque-se os termos “prova” e “ônus”.

Didaticamente, Scarpinella Bueno define “prova” como “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”²⁰.

Por sua vez, “ônus” consiste num encargo de demonstrar elementos a fim de comprovar a ocorrência de um determinado fato. O conceito de ônus foi desenvolvido pelo multicitado Goldschmidt para quem “aos litigantes, como tais, não se impõe nenhuma obrigação de natureza processual”²¹.

Sendo assim “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”²²

Há ainda a possibilidade da “inversão” do ônus da prova, conforme o parágrafo primeiro do art. 373 que prevê que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Importante destacar a diferença entre “evento” e “fato” jurídico. Conforme assevera Fabiana Del Padre Tomé, evento correspondente a um “acontecimento do mundo fenomênico, despido de qualquer relato linguístico”²³ ou seja, é um acontecimento enquanto não vertido

20. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed. p. 261.

21. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, pp. 8 e 203.

22. DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. p. 71.

23. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses. 2011.p 35.

numa linguagem jurídica própria; por sua vez “fato” é o acontecimento relatado linguisticamente.

Sendo assim, a ocorrência do fato gerador do tributo previsto na hipótese de incidência tributária, materializado no lançamento que é o “objeto” da prova.

Fabiana Del Padre Tomé chama a atenção que:

Isso não significa, contudo, que para provar algo basta simplesmente juntar um documento aos autos. É preciso estabelecer relação de implicação entre esse documento e o fato que se pretende provar. A prova decorre exatamente do vínculo entre o documento e o fato probando. Conquanto consistam em enunciados linguísticos, os fatos só apresentarão o caráter de provas se houver um ser humano utilizando-os para deduzir a veracidade de outro fato²⁴

Quanto aos meios de provas, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código de processo civil, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. Enumere-se alguns dos meios legais de prova. O depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial.

Não se pode olvidar que os meios de prova devem estar revestidos dos princípios da moralidade e lealdade, além de existir a necessidade de serem obtidos de forma legal.

Frise-se que as provas não possuem um valor (pré)determinado, devendo ser consideradas no contexto e em conjunto com as demais provas que foram produzidas, ou seja, seu peso é considerado única e exclusivamente pelo julgador.

24. Fabiana Del Padre <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/08/Artigo-A-Prova-no-Direito-Tributario.pdf>.

O sistema de valoração da prova adotado pelo direito brasileiro é o “sistema da Persuasão racional do Juiz”. Ou seja, o convencimento do magistrado é livre, embora deva ser racional, devendo motivar com sensatez suas razões considerando as provas descritas nos autos processuais, justificando às partes os motivos que o levaram a determinada conclusão.

Greco Filho admite a livre apreciação da prova, mas vincula essa apreciação aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, e, ademais, exige-se ainda a indicação na sentença dos motivos racionais que formaram o convencimento do julgador. Daí o porquê do nome de sistema da persuasão racional.²⁵

No estudo da teoria da prova, obrigatório se perpassar sobre os conceitos de “indícios” e “presunções”, institutos extremamente debatidos pela melhor doutrina, dada as suas relevâncias, visto que sem os mesmos as lides judiciais restariam insolúveis, implicando no descumprimento ao art. 140 do CPC²⁶, que representa o *non lique*, vedado pelo direito brasileiro, impossibilitando a prestação jurisdicional maculando, por conseguinte, o princípio da inafastabilidade do judiciário.

Por “indícios” Antonio Milton de Barros os trata como objeto da prova indireta, que se constitui por fatos e circunstâncias de fato que podem levar a conclusão das existências de outros²⁷; lembrando ainda as lições de Frederico Marques que adverte que embora o “indício” seja uma prova indireta, isoladamente não é prova porque “só por si nada prova”²⁸.

25. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2003. Vol. 2, p. 229.

26. Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

27. BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal, Apontamentos gerais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p 84.

28. *Instituições de direito processual civil*. P. 430/431.

Quanto ao tema “presunções”, o iluminado Cândido Rangel Dinamarco ensina que é um processo racional do intelecto, pelo qual o conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”²⁹. Contudo, na legislação civil, tem natureza de “meio de prova”, conforme estabelece o art. 212 do Codex Civil de 2012.³⁰

Enfim, e em que pese as inúmeras discussões doutrinárias sobre o tema e a similitude dos institutos, “Indícios” e “presunções” podem ser concebidos, de uma forma geral, como provas indiretas ou seja, apesar de não tem uma relação direta com o fato que se quer provar, são situações que com ele [fato probante] se relaciona e que por dedução ou raciocínio lógico o Julgador usa-os para formar sua convicção.

A doutrina classifica as “presunções” como legais, ou de direito, e simples, ou comuns.

As legais, ou de direito como queira, estão expressamente previstas na lei e, por sua vez, subdividem-se em “relativas” (“juris tantum”) e “absolutas” (“jure et de jure”). Por “relativas” são as presunções em que se admite uma prova em contrário, sendo que, neste caso, é a parte contrária que tem o encargo de produzir a contraprova; as “absolutas”, por ficção legal, admite-se a ocorrência de um fato presumido e não é possível, por força de lei, produção de uma prova em contrário.

Para José Eduardo Soares de Melo:

A presunção é o resultado do processo lógico, mediante o qual o fato conhecido, cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável. A presunção legal estabelece uma verdade

29. DINAMARCO. Cândido Rangel Dinamarco. *Op. cit.* P. 113.

30 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia.

jurídica, ao passo que a presunção relativa constitui mera conjectura³¹

Quando as presunções simples ou *hominus* é concebida como o exercício humano que pelo raciocínio se chega a uma conclusão acerca do fato que se quer provar.

Nos dizeres de Giuseppe Chiovenda as presunções simples são aquelas de que o Juiz, como homem, se utiliza no correr da lide para formar sua convicção, exatamente como faria qualquer racionador fora do processo³².

Sendo assim, pela conclusão de Moacyr Amaral Santos, a presunção prevista em lei ou a presunção formada pelo julgador podem estabelecer presunções tendo como pontos de partida os indícios – do indício se chega, por inferência, a estabelecer uma presunção.³³ O indício é "a causa, isto é, é o fato conhecido, e a presunção o efeito, isto é, o conhecimento do fato antes ignorado".³⁴

Concluimos que, ao examinar a prova, o juiz deve buscar, através de atividade intelectual, nos elementos probatórios, conclusões sobre os fatos relevantes ao julgamento do processo.

Por fim, também é necessário compreender o que seja e a diferença entre a "prova negativa" e a "prova diabólica". Antes, assevere-se que nem toda "prova negativa" se constitui numa "prova diabólica", contudo, toda "prova diabólica" é uma "prova negativa".

31. MELO, José Eduardo Soares de. Presunções no direito tributário. In MARTINS. Ives Gandra da Silva (Coord.). Caderno de pesquisas Tributárias. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Resenha Tributária, 1991. V9, p. 336.

32. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituição de direito processual civil. Trad J Guimarães Menegale. São Paulo:16969 v III, p.139.

33. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3 ed. v 5. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 399.

34. MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e a relativa na teoria das provas – sua natureza jurídica e sua eficácia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v 74, n 262, pp. 89-100.

Sucintamente, por “prova negativa” entende-se como a negativa de um fato imputado em que se tem a possibilidade de produzir uma prova em contrário, contudo, está “negativa” somente será tida por “diabólica” quando nenhum meio de prova for capaz de ser produzida para comprovar a “negativa” que se pretende.

São preciosas as lições do Professor Freddie Didier Junior que leciona que a “Prova diabólica” é aquela impossível de ser demonstrada, senão muito difícil, como a prova de não ser a parte proprietária de nenhum outro imóvel, para a ação de usucapião especial³⁵

É de extraordinária relevância se conhecer a teoria geral da prova e a distribuição do encargo de produzi-las, quais são as modalidades e como produzi-las, visto que são elas, isoladamente ou em conjunto, que influenciarão na formação da convicção do julgador para dirimir a lide.

VI. O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Como se sabe, a cobrança tributária exsurge com a efetivação do lançamento tributário.

Contudo, como dito nas linhas introdutórias, de há muito tem-se aquela sensação de insegurança dado o dato que o ato praticado pela administração pública possui privilégios especiais, o que implicaria, desse modo, transferir para o sujeito passivo a afluente tarefa de fazer a prova negativa, muitas vezes impossível.

Essa sensação é justificada pois, na prática, por anos acolheu-se o equivocado pensamento de que o ônus da prova, em matéria tributária, era encargo do sujeito passivo, exonerando a Administração Pública do seu ônus de apresentar provas do quanto alega.

35. DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil. v. 2. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 60.

Dáí é a conclusão de Segundo Francesco Tesauro, citado na Obra de Paulo Bonilha, referindo-se ao “ônus da prova” no processo administrativo tributário:

Por longo tempo, a jurisprudência atribuiu o ônus da prova ao recorrente, com motivações diversas e contraditórias: por exemplo, partia-se da premissa de que o ônus da prova incumbiria sempre ao autor; ora se afirmava que o autor agiria pelo lançamento negativo do débito do imposto; evocava-se, enfim, a presunção de legitimidade do ato administrativo³⁶

Sobre o assunto, o professor Paulo de Barros Carvalho³⁷ avalia que:

Com a evolução da doutrina, nos dias de hoje, não se acredita mais na inversão da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que esse atributo exonera a administração de provar as ocorrências que se afirmam terem existido. Na própria configuração oficial do lançamento, a lei institui a necessidade de que ato jurídico administrativo seja devidamente fundamento, o que significa dizer que o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa.

No mesmo sentido pondera Fabiana Del Padre:

O atributo da presunção de legitimidade, inerente aos atos administrativos, não dispensa a construção probatória por parte do agente fiscal. Essa figura presuntiva é *juris tantum*, significando a possibilidade de ser ilidida por prova que a contrarie, o que reforça nosso posicionamento no sentido de que os atos de lançamento e de

36. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Da prova no processo administrativo tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 74.

37. Em artigo publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 34/104

aplicação de penalidade dependem da cabal demonstração da ocorrência dos motivos que os ensejaram³⁸

Sendo assim, considerando a relativização dos atributos legais da legalidade, legitimidade e da veracidade dos atos administrativos, o ônus da prova é da administração pública, sob pena de nulidade, de demonstrar de forma incontestável do fato impositivo, e ainda, demonstrar quando ocorreu, o cálculo meticuloso do montante do tributo devido, quem exatamente o praticou [sujeito passivo], tudo em consonância com o art. 142 CTN; enfim, de forma que o contribuinte exerça o seu direito de defesa sem qualquer obscuridade.

Ora, não se pode olvidar que é como está previsto no art.3º do CTN, quando diz que tributo é uma prestação instituída em lei e cobrada mediante “atividade administrativa plenamente vinculada”.

Com efeito, o princípio da legalidade, vetor que incide na relação jurídica tributária, é o ponto de partida para a esmerada realização do ato do lançamento tributário.

Isso quer dizer que, quando autoridade fiscal realizar o lançamento tributário deve fazê-lo de forma indubitável de que o fato gerador praticado por um determinado sujeito ocorreu (princípio da tipicidade tributária), sendo seu ônus, portanto, “...oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa...”, como bem disse a Dra. Fabiana Del Padre Tomé na citação acima.

Se o fisco não se desincumbir deste ônus, o lançamento tributário é nulo e, portanto, nulo.

Ainda sobre o assunto, professora Fabiana Del Padre Tomé pondera que:

38. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, p. 337.

Pairando dúvida sobre o teor da juridicidade do lançamento tributário ou da aplicação da penalidade, é assegurado ao sujeito passivo o direito de impugnar o ato, suscitando seu controle. Tal atitude desencadeia uma série de outros atos, propiciando o ensejo para a decisão de primeira instância, que nada mais é que a manifestação acerca da validade do ato praticado, emanado por um órgão superior a autoridade que realizou a imposição tributária³⁹

Portanto, é da autoridade fiscal realizadora do lançamento o encargo de produzir os enunciados probatórios no âmbito do direito tributário, não podendo simplesmente valer-se da presunção de veracidade para querer fazer valer um lançamento. Sendo assim, tem de indicar, pormenorizadamente, todos os elementos do tipo normativo existentes no fato que se pretende tributar.

Portanto, em direito tributário, prevalece a regra geral, qual seja, incumbe ao autor (fisco) o ônus da provados fatos constitutivos do seu direito, afastando-se, ao máximo possível, as presunções.

Com efeito, afirme-se que também em decorrência da interpretação do princípio da legalidade, um dos princípios constitucionais tributários limitadores do poder de tributar, que se exige que do fisco a estrita observância da lei em cotejo com o fato observado no mundo, de forma que deve demonstrar a sua ocorrência, sob pena de nulidade.

É como ensina o professor Hugo de Brito Machado que Tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte⁴⁰.

Desta forma, afasta-se a sensação de insegurança pois percebe-se uma nítida paridade de armas entre as partes envolvidas no lançamento tributário: Fisco x Contribuinte.

39. *Ibid*, p 211

40. MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit*, 2008, pp. 52 e 58.

Contudo, não são apenas as partes que possuem encargos no processo. Inobstante compreender a distribuição do ônus da prova entre as partes envolvidas no lançamento tributário, o julgador, esse terceiro personagem do processo administrativo, também tem um dever-poder processual a ser cumprido para a efetivação da justiça tributária, qual seja, a busca da verdade.

Nesse contexto, está o princípio da verdade material que impõe a incansável investigação da verdade que, hipoteticamente, esteja mais próxima da realidade dos fatos.

A verdade é alvo do processo administrativo tributário, e para tanto, é necessário que haja uma detalhada investigação da ocorrência do fato gerador, avaliando-se detidamente todos os meios de provas produzidos no processo, seja documental, testemunhal, pericial; desprezando-se as presunções ou a verdade formal.

Pelo princípio da verdade material é que o órgão jurisdicional da administração valida o ato do lançamento tributário, devendo promover, ainda que *ex officio* (princípio da oficialidade) todas as investigações necessárias para a elucidação da verdade [material].

Segundo Celso Antônio Bandeira De Mello, a verdade material:

Consiste em que a administração, ao invés de ficar adstrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Hector Jorge Escola. Nada importa, pois, que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte ou pelas partes, a administração deve sempre buscar a verdade substancial⁴¹.

41. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 306

Impende ainda registrar o princípio do devido processo legal que, por sua vez, desdobrasse no princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo que o primeiro consistente na possibilidade de o contribuinte manifestar-se acerca de todas as informações prestadas no processo, e o segundo que lhe [contribuinte] seja permitido a produção de todas as provas lícitas em direito admitido.

Para o Professor Fredie Didier Jr, a dimensão formal do contraditório consubstancia-se na atuação ativa do indivíduo em todo o processo a fim de que possa influenciar na decisão do julgador.

O princípio do Contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se do poder de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo... Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”.⁴²

Intimamente ligada ao exercício do contraditório é a ampla defesa, de modo que um sem o outro seria inócuo.

A ampla defesa é conferida ao acusado, para que o mesmo possa se defender de todas as formas licitamente possíveis no processo. Para Guilherme de Sousa Nucci, o Princípio da Ampla Defesa consiste:

Ao réu é concedido o direito de valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo

42. FREDIE DIDIER JR., em *Curso de Direito Processual Civil*, Volume 1, 12ª Edição, Editora Podivm, p 52:

razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura de vida pela força estatal.⁴³

Assim, são apropriadas as palavras de Eduardo Cambiao afirmar que os fatos não são um dado, mas, ao contrário, algo a ser investigado, construído, no processo, a partir do resultado da atividade probatória desenvolvida pelas partes, em colaboração com o juiz, e da valoração a ser atribuída a essas provas⁴⁴

Portanto, ainda que se prevaleça a indisponibilidade e a supremacia do interesse público, que os atos administrativos sejam revestidos de atributos e privilégios especiais, e, ainda, que a arrecadação do Estado influa diretamente na vida de todos os cidadãos, um juízo ético precisa estar presente nessas relações – a ética tributária – sendo ônus da administração pública a demonstração pormenorizada de todos os elementos da ocorrência da hipótese de incidência.

VII. CONCLUSÃO

O poder de tributar representa a autorização legal dada ao Estado para invadir o patrimônio do cidadão, para que dele retire uma parcela com a finalidade de cumprir seu nobre desiderato de fazer frente às necessidades públicas e a manutenção da estrutura Estatal.

Ocorre que, a Carta Magna de 1988 estabelece, no art. 5º, que a propriedade é um direito fundamental, cuja proteção, no âmbito das relações tributárias, dar-se mediante os princípios constitucionais tributários limitadores do poder de tributar do Estado.

O tributo, como prestação legal compulsoriamente, um direito que deve ser exigido pelo Estado, é materializado mediante um ato administrativo denominado Lançamento Tributário.

43. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 8.ed. rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp.86 -87

44. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

Ocorre que, apesar deste ato administrativo revestir-se de atributos especiais, a autoridade fiscal ao lavrá-lo tem o ônus de provar, de forma incontestada, que a hipótese de incidência prevista em lei, efetivamente, ocorreu no mundo fenomênico, afastando-se ao máximo as presunções e a verdade formal, possibilitando, d'outro lado, que o sujeito passivo exerça seu direito constitucional do contraditório e ampla defesa, sem qualquer ambiguidade – nisso consiste a distribuição do ônus da prova, prevalecendo, portanto, a regra geral, a qual, incube àquele que alega o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, e o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintos do direito do autor, fora disso, o lançamento tributário é nulo por cercear o direito de defesa.

O Estado é a parte mais forte no fato relacional e o sujeito passivo carece de proteção, direito fundamental constitucional; sendo vedado que seja expropriado ou surpreendido com atos abusivos do Fisco. Com efeito, desde a constituição do crédito até sua extinção, a previsibilidade, a confiança e a segurança jurídica devem ser valores rigorosamente observados – nisso consiste a ética tributária.

Sem a escorreita distribuição do ônus da prova, a relação tributária passaria a ser uma relação de poder e não uma relação jurídica, e o caos social se instalaria com o comprometimento do estado democrático de direito.

Nisto consiste a Justiça Tributária: dar a cada um o que é seu, em estrita observância às normas reguladoras do sistema tributário nacional.

Que o presente esboço provoque inquietação para debates e novas pesquisas.

BIBLIOGRAFIA

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.
- BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal, Apontamentos gerais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

- BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política*, V.2, Editora UNB.
- BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Da prova no processo administrativo tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1997.
- CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processual e civile*. 4. ed. Nápoles: Jovena, 1928.
- _____. *Instituição de direito processual civil*. Trad J Guimarães Menegale. São Paulo:16969 v III.
- DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil. v. 2. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*.16. ed. São Paulo : Saraiva, 2003. Vol 2.
- GUEDES, Demian, *A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe*, In. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte; Fórum, 2008.
- HARADA Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. – 30 ed. – São Paulo: Atlas, 2021.
- MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 8.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELO, José Eduardo Soares de. Presunções no direito tributário. In MARTINS. Ives Gandra da Silva (Coord.). *Caderno de pesquisas Tributárias*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Resenha Tributária, 1991. V9.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e a relativa na teoria das provas – sua natureza jurídica e sua eficácia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v 74, n 262.
- Revista Dialética de Direito Tributário* nº 34/104.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3 ed. v 5. São Paulo: Max Limonad, 1968.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses. 2011.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed.

VI

Árbitro da crise: função arbitral do Supremo Tribunal Federal no conflito federativo em matéria sanitária no contexto do combate à pandemia de covid-19

Crisis arbitrator: arbitral role of the Federal Supreme Court in the federative conflict on health matters in the context of fighting the covid-19 pandemic

*Igor Caminha Jorge**

*Yuri Caminha Jorge***

RESUMO: No desenrolar da adoção de medidas sanitárias, no contexto da pandemia de Covid-19, observou-se uma série de conflitos entre a esfera federal do governo

(*) Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uninerp – LFG. Bacharel em Direito Universidade Federal do Amazonas. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ/AM). E-mail: igor.caminha@tjam.jus.br

(**) Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uninerp – LFG. Bacharel em Direito Universidade Federal do Amazonas. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ/AM). E-mail: yuri.jorge@tjam.jus.br

e as esferas estaduais e municipais, o que gerou choques federativos que tiveram de ser dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da solução encontrada pela Corte Suprema, muito se questionou acerca de sua legitimidade para uma pretensa exclusão da competência do governo federal, de forma que o trabalho visa a expor o (des)acerto de tais críticas. A partir de uma exploração revisional bibliográfica, busca-se sua contextualização do tema, além da relação com o federalismo brasileiro e as dimensões funcionais de uma corte constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: federalismo; pandemia; conflito; justiça constitucional.

ABSTRACT: As the course of sanitary measures developed in the context of the Covid-19 pandemic, a series of conflicts between the federal government and state and municipal government was observed, which generated federative conflicts that had to be solved by the Brazilian Supreme Court. Many have questioned the legitimacy of the Supreme Court because of the solution on the matter for an alleged exclusion of federal government's competence. So, the work aims to expose the (mis)correctness of such criticisms. Based on a bibliographical revisional exploration, it is sought to contextualize the theme, related to Brazilian federalism and the functional dimensions of a constitutional court.

KEYWORDS: federalism; pandemic; conflict; constitutional justice.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Federalismo no Brasil; 2. Conflito federativo na crise sanitária; 3. Função arbitral do STF e a crise sanitária; 4. Postura do Supremo Tribunal Federal frente ao conflito federativo instaurado a partir da crise sanitária; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O período excepcional de pandemia vivido nos últimos dois anos de 2020/2021 causou críticas e modificações, ainda que temporárias, na forma como se vivencia todos os fatos do dia a dia.

A necessidade de distanciamento social, termos como *lockdown* e toque de recolher jamais fizeram parte da cultura brasileira e de

uma hora para outra, todos se viram envoltos por uma realidade nova, desafiadora e de consequências até então desconhecidas, embora previsíveis.

Não havia como negar a necessidade de lidar com a pandemia. Como todo fato novo, a forma de enfrentamento gerou dissenso político e a pandemia se transformou em cenário propício para o palanque político, encharcado pelos vários vieses ideológicos daí extraídos.

As formas de enfrentamento e o recrudescimento ou flexibilização das medidas restritivas no combate à pandemia causou instabilidade institucional decorrente do conflito federativo instaurado a partir da possível usurpação de competência concorrente para tratar legislativamente do tema pelo Poder Executivo Federal.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal foi acionado para resolver no plano jurídico o atrito federativo, impondo, por meio do exercício de sua função arbitral, a solução do conflito e mantendo juridicamente a harmonia da federação.

A solução encontrada, todavia, não ficou alijada de críticas que, via de regra, colocaram em xeque a legitimidade da Corte Constitucional brasileira e lhe atribuiu uma pretensa interferência do governo federal.

O presente artigo busca, pois, analisar a forma como o federalismo brasileiro se apresenta e relacioná-lo com as funções da corte constitucional, notadamente em sua dimensão funcional arbitral, na resolução do conflito federativo decorrente do contexto de crise sanitária causada pela pandemia de Covid-19.

1. FEDERALISMO NO BRASIL

Para os fins do presente artigo, em especial diante da resolução pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos questionamentos acerca da competência legislativa e material da União, Estados e Municípios no enfrentamento da pandemia de Covid-19, antes de enveredar

efetivamente no cerne da questão, é necessário entender, ainda que de forma breve, o federalismo e a repartição de competências no Brasil. Para tanto, cabe abordar sobre as formas de estado.

As formas clássicas de Estado podem ser divididas em estado unitário, confederação e federação e se distinguem, entre outros vários fatores, pela centralização ou descentralização do poder político em bases territoriais.

O Estado nacional unitário é caracterizado pela centralização do poder político. Nessa forma de Estado, há um governo central que controla toda a vida política de determinado estado, em toda a extensão de seu território, e as unidades inferiores, se existentes, são subordinadas à estrutura central do poder¹.

Aqui há uma clara distinção em relação ao federalismo, principalmente no que diz respeito às relações intergovernamentais. No federalismo há um governo central e subunidades, mas estas são autônomas. No estado unitário, verifica-se uma relação de hierarquia.

Por sua vez, a confederação é marcada pela independência e soberania dos componentes, mais se afigurando a um verdadeiro tratado. Nessa forma de estado, o que há efetivamente é uma mera aliança política na qual os componentes mantêm a soberania individual e se submetem a regras gerais supraconstitucionais sem que haja necessariamente perpetuidade. É dizer: uma vez finda ou alterada as razões que justificaram a confederação, os estados podem deixar a união². A confederação encontra sua base em uma estrutura originada a partir de um tratado, amparado pelo direito internacional e não em uma Constituição.

-
1. SOARES, Márcia Miranda. *Formas de Estado: federalismo*. Manuscrito. Belo Horizonte: UFMG/DCP, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/download/56912961/Formas_de_estado_federalismo.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.
 2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Pacto federativo: aspectos atuais*. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, p. 200, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_200.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

Por fim, tem-se a federação. Segundo o Doutor Georg Jellinek, o estado federal é um estado soberano, formado a partir da união de uma pluralidade de Estados, no qual o poder daquele emana dos Estados-membros e formam uma unidade estatal, conforme tradução livre³:

É uma associação de estados de direito constitucional que estabelece um governo sobre os estados conectados, mas cujos participantes são sempre os próprios estados, de modo que, ao mesmo tempo, eles governam em sua totalidade ou pelo menos co-governam, enquanto indivíduos, por outro lado, estão sujeitos a determinadas áreas.⁴

O estado federativo comporta a verdadeira descentralização política, sendo atribuídos poder e capacidade política aos entes integrantes do sistema. A soberania é una e aos integrantes a Constituição reserva autonomia, maior ou menor, conforme o país, que lhes permite atuar com certa liberdade dentro dos padrões definidos na carta federal⁵.

No mesmo sentido é a lição de Paulo Bonavides:

No Estado federal deparam-se vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos. Não possuem esses Estados soberania externa e do ponto de vista da soberania interna se acham em parte sujeitos a um poder único, que é o poder federal, e em parte conservam sua independência, movendo-se

3. JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed. Berlim: Julius Springer. 1929. p. 769.

4 No original: *“Eristeinestaats Rechtliche Staatenverbindung, die eine Herrschailiber die verbundenen Staatenaufrichtet, deren teilnehmer jedoch Stets die Staatens elbstsind, sodass sie zugleich in ihrer Gesamtheit Herrschen Oder Doch Mit Herrschen, als einzelne hingegen Gebieten untertan sind”*.

5. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Pacto federativo: aspectos atuais*. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, p. 200, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_200.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

livremente na esfera da competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização⁶.

A doutrina aponta como fatos históricos originários do Estado Federal as ligas da Grécia antiga, a Liga Hanseática e, em maior grau, a chamada Confederação Helvética. Entretanto, essas associações eram, via de regra, temporárias e voltadas a determinados objetivos específicos⁷, de forma que sua constituição mais se amolda ao conceito de confederação do que efetivamente de federação.

Em que pese a existência de correntes que apontem a existência prévia dessa forma de estado, entende-se que o Estado federal “é um fenômeno moderno, que só aparece no século XVIII, não tendo sido conhecido na Antiguidade e na Idade Média”⁸. Em verdade, aponta-se que a perfectibilização do federalismo se deu, de forma inicial, nos Estados Unidos da América, a partir da Constituição americana de 1787, como ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Embora alguns estudiosos indiquem a antiga Confederação Helvética como instituidora da primeira federação, após transformar-se na Suíça em 1848, parece mais consentâneo com a fisionomia atual desse regime considerar os Estados Unidos da América como a primeira soberania a adotar o referido regime. Depois que as 13 colônias britânicas na América se declararam independentes em 1776, firmando entre elas um tratado de união, nominado de Artigos de Confederação, decidiram rever o pacto confederativo para fortalecer o conjunto e evitar o enfraquecimento de cada integrante isoladamente, e em 1787, na cidade de Filadélfia, converteram a confederação em federação. Nesse novo Estado federal, os entes federados

6. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição (9ª tiragem). São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 231.

7. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 255.

8. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 255.

abdicaram de suas respectivas soberanias em favor do governo federal, reservando-se-lhes, entretanto, todos os poderes locais constitutivos de suas autonomias⁹.

Em que pese a origem seja americana, nem de longe é possível afirmar que seu federalismo clássico serve de molde fechado e absoluto para outros países. Ao contrário, pode-se concluir que há uma pluralidade de federalismos. Isso porque, segundo Abhner Youssif Mota Arabi, à medida que esse modelo de organização política se disseminou pelo mundo, tomou diversas formas, de acordo com as peculiaridades de cada região¹⁰.

No Brasil, a construção do Estado Federal não se deu da mesma maneira que nos Estados Unidos, embora tenha sido de lá importado. Ao contrário da experiência norte-americana, a federação brasileira surge de movimento centrífugo, ou seja, a partir da descentralização das esferas de poder.

Ainda, diversamente de outras federações, no Brasil vige o federalismo triplo, por ser composto de três níveis de poder, dado que incorporou também os municípios como integrantes da estrutura federativa.

Não cabe aqui elencar o rol de classificações dos vários tipos de federalismo, por não ser o objeto principal do presente trabalho. A despeito das variações encontradas em cada região onde é adotado, o federalismo aparenta possuir um núcleo rígido de características.

A primeira delas é a existência de uma constituição escrita e rígida¹¹. Isso porque diferentemente da confederação, que existe

9. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Pacto federativo: aspectos atuais*. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, p. 201, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_200.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

10. ARABI, Abhner Youssif Mota. *Federalismo brasileiro: perspectivas descentralizadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

11. ABRÚCIO, Fernando Luiz; SANO, Hironobu. *Associativismo intergovernamental: experiências brasileiras*. Fundação Instituto para o Fortalecimento das

em decorrência de tratado, o federalismo pressupõe a submissão, a perda da independência em favor de um ente central, mantendo a autonomia das demais esferas políticas, decorre da existência de uma constituição.

Uma segunda característica é a impossibilidade de secessão¹² ou, dito de outro modo, uma vez que o estado ingresse na federação, não lhe é dado se retirar, sendo que a tentativa dissolução do vínculo federativo, inclusive, é tida como causa de intervenção do governo central.

É possível extrair, ainda, a característica da autonomia dos entes federados. Na federação, a autonomia é tida como a:

[...] capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União¹³.

É dizer: no Estado federal, há descentralização política, legislativa e administrativa ampla.

Existem outras características importantes como a repartição dos recursos necessários para concretizar as responsabilidades de cada ente federado, bem como a participação dos Estados na formação da vontade nacional, além da atuação de um Tribunal Constitucional como guardião das competências¹⁴.

Capacidades Institucionais – IFCI/Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. Brasília: Editora IABS, 2013, p. 16.

12 PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. doi: 10.11606/D.2.2010.tde-07072011-090937. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07072011-090937/publico/Fabio_Franco_Pereira_A_federacao_no_constitucionalismo_brasileiro_Completa.pdf. Acesso em 5 nov. 2021.

13. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

14. RAMOS, Edih Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA, Lais-se Lima Silva. *Pandemia e Federalismo: Reflexões sobre as decisões do Supremo*

Dentre as principais características comuns nos diversos tipos de federalismo, há ainda, a repartição constitucional de competências. Esta deixada por último, por ser mais intrinsecamente ligada ao escopo do presente artigo.

Sinal inarredável da federação é o sistema de partilha de competências definido na Constituição, para que seja demarcada a área de atuação do governo federal e das unidades componentes do regime. Na verdade, não pode conceber-se federação sem distribuição das competências, e a ela podem creditar-se duas ordens de consequências. Primeiramente, prestigia-se o poder local através da atuação autônoma dos entes federativos, apontando-se as matérias das quais poderão dispor. Além disso, a repartição de competências, por estar contemplada em nível constitucional, confere às pessoas integrantes da federação a garantia contra invasões perpetradas pelo governo central¹⁵.

De fato, a existência de repartição de competências prevista constitucionalmente é pressuposto da autonomia das unidades federadas, uma vez que, presente no texto formal da Constituição, não poderá haver a usurpação da responsabilidade e eventual esvaziamento da autonomia do ente.

A repartição de competências entre os integrantes do Estado Federal é norteadada pelo princípio geral denominado de predominância do interesse¹⁶, segundo o qual à União competirá matérias e questões

Tribunal Federal na apreciação de conflitos de competência entre os entes federativos no enfrentamento à Covid-19. Revista De Ciências Jurídicas E Sociais – FIURJ, 2020, p. 49. Disponível em <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/7>. Acesso em 12 dez. 2021.

15. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Pacto federativo: aspectos atuais.* Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, p. 203, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_15/revista15_200.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

16. MORAES, Alexandre de. *Federação brasileira – necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros.* Revista De Direito Administrativo, 251,

de predominante interesse geral, aos Estados caberão as matérias de predominante interesse regional e aos municípios atribuem-se assuntos de interesse local.

Não é raro, entretanto, que se depare com conflitos quantos aos limites à responsabilidade de cada ente acerca de determinada matéria, o que termina por ser dirimida no âmbito das cortes constitucionais¹⁷.

Assim como ocorreu nos Estados Unidos, também no Brasil os conflitos oriundos das autonomias, das responsabilidades e dos recursos passaram a ser apreciados pelo Tribunal Constitucional; portanto, as chances de surgirem disputas sobre a distribuição de poder e recursos é inevitável e possui proporções significativas¹⁸.

No que diz respeito ao enfrentamento da pandemia não foi diferente como se verá a seguir.

2. CONFLITO FEDERATIVO NA CRISE SANITÁRIA

A Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196, dispõe que a saúde é um direito social de todos e um dever estatal. Disso decorre que se trata de um direito prestacional a ser garantido pelo Estado, inclusive de forma solidária entre os entes federados¹⁹. Segue a norma constitucional disciplinando a forma como a saúde deve ser

2009, p. 20. <https://doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7526>. Acesso em 6 dez. 2021.

17. No Brasil, para resolução de tais situações, o artigo 102, inciso I, alínea “f”, estabelece que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros.

18. GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas Públicas de Saúde e Lealdade Federativa: STF Afirma Protagonismo dos Governadores no Enfrentamento à COVID-19. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 17, n. 94, nov. 2020, p. 197. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>. Acesso em: 03 dez. 2021.

19. Um por todos: RE 855.178 RG/SE.

promovida. No âmbito da legislação, dispõe competir de forma concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal a edição de regramento sobre proteção e defesa da saúde (artigo 24, XII, da CF/88). Quanto à competência material, estatui que o cuidado com a saúde deve ser comum entre todos os entes da federação (artigo 23, II, da CF/88).

Já não é mais novidade os deletérios efeitos causados pela pandemia de Covid-19 e que o modo de enfrentamento, a ações e omissões governamentais, em todas as esferas, gerou muita controvérsia, rebaixando o tratamento dessa importante causa a uma polarização político-partidária.

Não se pretende aqui expor o que se entende por correto ou não nas políticas públicas de combate à Covid-19 no Brasil, por não ser este o objeto do presente trabalho e por acreditar que cabe a cada um, a esta altura dos acontecimentos, avaliar as ações governamentais quanto ao tema.

Fato é que, após a percepção da proporção que o então surto de Covid-19 teria, foi publicada a Lei nº 13.979/20, iniciando uma série legislativa de crise no Brasil.

O art. 3º da Lei nº 13.979/2020 previu a possibilidade de adoção de isolamento, quarentena, realização compulsória de exames, vacinação, além de outras medidas a serem tomadas no combate à pandemia.

Os representantes dos estados e municípios vislumbraram a necessidade de outras medidas legislativas e materiais a serem tomadas no âmbito de cada esfera respectiva, ao considerarem imprescindível a adoção de postura mais enérgica no controle da disseminação da doença. Em razão disso, os decretos estaduais se tornaram cada vez mais comuns e a “autonomia legislativa e administrativa atribuída, formalmente, aos Estados-membros pareceu dar os primeiros passos em direção à concretização”²⁰.

20. DA SILVA, Laura Gabriella Muniz et al. *O (Re)desenho institucional do pacto federativo diante da Covid-19: Arranjos institucionais no contexto da MP 926/2020*.

Essa emersão normativa dos Estados e Municípios escancarou a descoordenação das medidas de combate ao coronavírus. Esse fato pode ser facilmente percebido por ocasião das mais diversas formas de tratamento quanto à suspensão de funcionamento das atividades não essenciais. Aliás, a própria noção de essencialidade de determinada atividade foi alvo de intenso dissenso.

A Resolução nº 1/2020, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 10 de abril de 2020, que trata da pandemia e direitos humanos nas Américas, dispôs acerca da possibilidade de restrição de determinadas atividades:

Reconhecendo que, em determinadas circunstâncias, com o objetivo de gerar um adequado distanciamento social, pode ser realmente imperativa a restrição do pleno gozo de direitos como o de reunião e a liberdade de circulação em espaços tangíveis, públicos ou comuns que não sejam indispensáveis para o abastecimento de insumos essenciais ou para a própria atenção médica²¹.

Enquanto isso, a classe econômica, em parte, se punha contrária às eventuais intervenções estatais nas atividades. Tal fato, inevitavelmente, ecoou nas esferas de governo.

Alguns Estados-membros, diante do que entenderam por omissão do Poder Executivo Federal aliada à inclinação política do presidente no trato com os efeitos da pandemia utilizaram da competência legislativa concorrente para implementação de restrições mais severas, notadamente quanto à definição de serviços públicos e atividades econômicas essenciais em âmbito regional e local.

Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 96, p. 75. jan. 2021. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4606>. Acesso em: 07 dez. 2021.

21. CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución nº 1/2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 07 dez. 2021.

Como resposta, o governo federal editou a Medida Provisória nº 926/2020, por meio da qual se pretendeu disciplinar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades consideradas essenciais no contexto da pandemia, bem como a definição destas últimas de forma acentuadamente mais flexível em relação às normas dos demais entes federados. É importante destacar que, entre suas disposições, a Medida Provisória disciplinou que:

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

[...]

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população²².

Segundo lecionam Laura Gabriella Muniz da Silva et al, a União, ao editar a sobredita Medida Provisória, terminou por esvaziar a competência constitucional dos Estados-membros no tocante à adoção de medidas de contenção do vírus e, mais que isso, gizou uma dinâmica de descentralização apenas formal, mas reforçou centralização fática da federação:

Ao afirmar que as atividades essenciais não estão sujeitas à restrição de circulação, e, paralelamente, ao atribuir à União competência de dispor sobre quais atividades são consideradas essenciais, a Medida Provisória recolhe

22. BRASIL. *Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 07 dez. 2021.

as disposições de quarentena às mãos da Presidência da República.

Ainda que indiretamente, nota-se que o dispositivo legal, quando analisado estritamente, esvazia os poderes de autogoverno dos Estados-membros no enfrentamento do novo coronavírus. No caótico cenário atual, a MP 926 surge como um instrumento formal que não condiz com os preceitos constitucionais do federalismo brasileiro.

O arranjo informal divergente à efetivação do federalismo ganhou, assim, um reforço. A União, elaborando a MP 926, agravou ainda mais a dinâmica entre a descentralização formal e a centralização fática. Essa dicotomia, de súbito, ganhou um estímulo em prol da centralização. Por esvaziar, na esfera formal, as competências dos Estados e Municípios, a Medida Provisória nº 926 torna ainda mais difícil a concretização da autonomia federativa.²³

Instaurada, pois, uma série de conflitos federativos, em especial por conta de possível usurpação de competências constitucionalmente repartidas.

Inegavelmente a medida provisória teve por escopo centralizar a decisão acerca da essencialidade de atividades e, conseqüentemente, a possibilidade de sua restrição, nos decretos presidenciais. Entretanto, a norma federal foi questionada em sede de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, a partir de argumentos federativos²⁴, ressaltando sua função arbitral.

23. DA SILVA, Laura Gabriella Muniz et al. *O (Re)desenho institucional do pacto federativo diante da Covid-19: Arranjos institucionais no contexto da MP 926/2020*. *Direito Público*, [S.l.], v. 17, n. 96, p. 76. jan. 2021. ISSN 2236-1766. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direito_publico/article/view/4606. Acesso em: 07 dez. 2021.

24. GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. *Políticas Públicas de Saúde e Lealdade Federativa: STF Afirma Protagonismo dos Governadores no Enfrentamento à COVID-19*. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 17, n. 94, nov. 2020, p. 195. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://>

3. FUNÇÃO ARBITRAL DO STF E A CRISE SANITÁRIA

Muito se falou durante o auge da crise sanitária, em especial pelo governo federal e seus apoiadores, que os governadores e prefeitos, apoiados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, não deixaram o governo federal conduzir o enfrentamento da pandemia.

A partir dessa retórica questionou-se firmemente as decisões do Supremo Tribunal Federal sob o enfoque da falta de legitimidade e esvaziamento da governabilidade do Poder Executivo Federal.

Esse entendimento só se sustenta em um ambiente de desconhecimento acerca das principais funções da justiça constitucional. Por isso, cabe uma breve incursão nas dimensões funcionais de uma corte constitucional.

Exceto para aqueles que advogam a tese unitarista das funções da corte constitucional, os quais entendem que a justiça constitucional tem como única função a de aplicar a Constituição, é possível extrair que as Cortes Constitucionais, aqui expressada como gênero, possui funções próprias ou estruturais, podendo cumular funções impróprias a depender do modelo adotado em determinado estado.

- i) As funções impróprias são aquelas que determinada realidade estatal imputa ao Tribunal Constitucional ignorando a posição e a natureza dessa instituição. São funções que não se compadecem com a posição de garante da Constituição, descolando-se da categoria de funções que são estruturais (próprias) a qualquer Justiça Constitucional.
- ii) As funções chamadas próprias são aquelas que pertencem a um Tribunal Constitucional por sua natureza e desenvoltura. São as funções estruturais da Justiça Constitucional, responsáveis por sua identificação e caracterização final. Todas as funções

próprias são essenciais, e delas não se pode desencilhar o Tribunal Constitucional, sob pena de grave prejuízo para a Constituição e o sistema jurídico.²⁵

Como se vê, as funções impróprias são aquelas deslocadas da posição de garante da constituição, ou seja, não são efetivamente as funções para as quais uma Corte Constitucional pura é originariamente desenhada, como por exemplo uma função cassatória advinda de um modelo recursal, em que o Tribunal Constitucional atua como instância revisora do direito aplicado pelos tribunais²⁶. É o caso do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, as funções próprias são aquelas pertencentes a um tribunal Constitucional, funções, aqui sim, estruturais da Justiça Constitucional. Dentro dela, pode-se elencar cinco grandes funções próprias: função interpretativa, função estruturante, função legislativa, função governativa e função arbitral.

Para fins de delimitação metodológica aborda-se apenas as funções próprias no presente trabalho.

A primeira função essencial é a interpretativa. O Tribunal Constitucional opera a interpretação do texto normativo para fins de controle de constitucionalidade das leis. Nesse contexto, a atividade interpretativa pode ser dividida em três segmentos:

- i) interpretação principiológica, a partir da consagração de normas constitucionais de caráter aberto;
- ii) interpretação evolutiva, cujo condão é de adaptar o texto da Constituição às modificações experimentadas no curso da história e;

25. TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, in Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 27. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%c3%a9.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 dez. 2021.

26. CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da constituição, a constituinte e o supremo tribunal federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 55.

- iii) interpretação desenvolvimentista das liberdades públicas, cujo foco é a interpretação ampliativa, beneficiadora e protetora dos direitos fundamentais²⁷.

Em seguida, tem-se a função estruturante, que é a função primária, por excelência, da Corte Constitucional. Como expressão da função estruturante, tem-se “a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na Constituição. Trata-se da calibração do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis como comandos constitucionais²⁸. Aqui se incorpora o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

A função legislativa pode ser extraída das próprias constituições, as quais, por vezes, delegam uma espécie de competência sucessiva, ou seja, na omissão do legislador, a competência se transfere para o Tribunal Constitucional ou pode estabelecer diretamente uma atribuição exclusiva para legislar sobre determinada matéria que fica, nessa medida, subtraída da esfera de atuação do legislador, como é o caso, por exemplo, do regimento interno do STF, criado na Constituição de 1967 e de 1969 e até hoje possui *status* de lei. Essa função também é expressa no controle preventivo de constitucionalidade, já que, ante a sua natureza pré-positiva, traz a característica de processo tipicamente legislativo. Além disso, pode extrair essa função quando do controle das omissões inconstitucionais²⁹.

27. TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 30. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%c3%a9.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 dez. 2021.

28. TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional*. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, n. 7, p. 168, 30 jun. 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/488/217>. Acesso em 08 dez. 2021.

29. TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, in *Revista de Informação Legislativa*, a. 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 37-40. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%c3%a9.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 dez. 2021.

A corte constitucional também exprime uma inegável função governativa. A partir do momento em que se permite a sindicância de atos normativos e executivos, a ordem jurídica transfere, em maior ou menor grau, uma dimensão política das decisões. Segundo aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Claro está que, sob essa aparência, não deixa de estar presente o elemento político, sobretudo porque os textos constitucionais devem ser interpretados para poderem ser aplicados. Ora, na interpretação sempre se insinuam elementos ideológicos, portanto, posições políticas³⁰.

Em sua atividade própria, este controle consiste em limitar, em última instância, os atos de um dos poderes estatais constituídos e eleitos pelo povo, o que traz consigo indissociável carga política.

A função arbitral, por ser objeto de maior relevância ao presente artigo merece uma análise mais aprofundada.

Em constituições analíticas e prolixas, como é a do Brasil, diante do extenso rol de direitos e matérias legislativas, bem como da longa lista de competências de cada ente federado, além da existência de competências materiais e legislativas que podem ser exercidas de maneira concomitante ou exclusiva, é natural que, cedo ou tarde, haja atritos entre os entes constituídos, notadamente no que tange a definição dos limites dados pela repartição de competências. Segundo Hans Kelsen, em tradução livre:

[...] a proteção deste limite constitucional das competências entre Confederação e Estados-membros é uma questão política vital, bem sentida como tal no Estado

30. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis no 9.868, de 10 de novembro, e no 9.992, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, abr./jun. 2000, p.4.

federativo, onde a competência sempre dá lugar a lutas apaixonadas³¹.

A função arbitral é expressa na definição de conflitos normativos ou materiais entre os poderes constituídos, voltados a solução dos atritos entre as entidades constitucionais. Na lição de André Ramos Tavares:

Considera-se exercício de função arbitral apenas na hipótese de se reportar o Tribunal Constitucional à atuação normativa ou material dos “poderes”, procurando solver os eventuais conflitos que surjam, fundamentada exclusivamente na preocupação de superar o atrito entre entidades constitucionais³².

Segundo o mencionado autor, a escolha do vocábulo “arbitral” leva em conta justamente a posição aproximada de mediador ou de árbitro, pois funciona com a ideia de mediação das divergências acerca da repartição de poderes eventualmente encontradas entre as autoridades ou entre os órgãos dos poderes constituídos.

Fica claro, depois de expostas as principais dimensões funcionais da justiça constitucional, que as funções próprias atribuídas à Corte Constitucional não podem ser consideradas de forma isolada, uma vez que estão umbilicalmente ligadas e formam no todo uma complexa gama de atribuições. Exemplificativamente, quando o Tribunal Constitucional exerce a função arbitral, interpreta os argumentos trazidos pelos atores do conflito e fixa a competência dos demais “poderes”. A um só tempo, o Tribunal utilizou as funções interpretativa, arbitral e função governativa.

31. KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, abr./jun. 1928, p. 58.

32. TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções, *in Revista de Informação Legislativa*, a. 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 35. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%c3%a9.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 09 dez. 2021.

Já se discorreu acerca da existência do conflito federativo gerado a partir do modo de enfrentamento da pandemia de Covid-19. A partir disso, as decisões oriundas do STF sobre a matéria encerraram do ponto de vista constitucional, em especial do ponto de vista federativo, os atritos entre os entes federados.

André Ramos Tavares discorre acerca da existência da função arbitral mesmo nos casos em que não há conflito instaurado:

E essa atuação do Tribunal Constitucional não se impõe somente nos momentos de crise. Mesmo no mais completo equilíbrio entre os órgãos constitucionais, nem por isso deverá o Tribunal Constitucional ficar inerte. É que poderá ocorrer que um órgão esteja, com o beneplácito ou não de outro órgão, usurpando as funções deste. Em tais circunstâncias, caberá a intervenção do Tribunal Constitucional para garantir a separação promovida constitucionalmente. Pressupor um conflito aberto para, só nessa situação, admitir o desenvolvimento de uma função arbitral significaria, em muitas circunstâncias, anuir com uma posição constitucionalmente insustentável³³.

Se mesmo quando não há conflito instalado, a Corte não deve se omitir e restabelecer a garantia da separação dos poderes e repartição constitucional de competências, não poderia mesmo se abster de definir os limites de competência quando há aceso conflito federativo.

Sendo essa uma função própria da corte constitucional descabem as afirmações quanto à eventual indevida intromissão do Supremo Tribunal Federal nas políticas públicas federais.

Não há razão para falsa ingenuidade e defender a tese de que a resolução do atrito federativo durante a crise sanitária estivesse completamente alijada de cunho político, tanto é que foi suficiente,

33. TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções, *in Revista de Informação Legislativa*, a. 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 35. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%c3%a9.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 09 dez. 2021.

com justa razão, para que se promovesse uma alteração histórica no resolução de demandas perante o Supremo Tribunal Federal no campo dos conflitos federativos, que só não se sentia em razão de que eles normalmente repercutem apenas sobre setores específicos no âmbito de estados e municípios, entretanto, a pandemia jogou luz na discussão e trouxe o atrito federativo para o centro do debate político e jurídico³⁴.

4. POSTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO CONFLITO FEDERATIVO INSTAURADO A PARTIR DA CRISE SANITÁRIA

O auge do atrito federativo se deu com a edição da Medida Provisória nº 926/2020, por meio da qual, se flexibilizou o conceito de atividades essenciais a permanecerem abertas durante a pandemia, em detrimento das posições de vários governos estaduais e municipais e centralizou o poder decisório junto ao governo federal.

Tal fato foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal, principalmente, por meio da ADI nº 6.341 e da ADPF 672.

Em suma, argumentou-se que noma federal impugnada teria violado a autonomia política das entidades subnacionais e da competência administrativa comum em relação à política sanitária, uma vez que teria concentrado na União a decisão a respeito da adoção das medidas de isolamento, quarentena e restrição de locomoção em casos nos quais fossem afetados serviços e atividades essenciais.

Ao decidir sobre os argumentos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu e garantiu o exercício da competência concorrente aos

34. BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.167, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-10.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

Estados, Distrito Federal e Municípios, dentro de suas esferas de atribuições constitucionais, para adoção de medidas de enfrentamento da pandemia. Reconheceu, outrossim, a competência para elaborar normas de caráter geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional.

Em suma, a Corte se posicionou pela inconstitucionalidade da norma que concentrou perante o governo federal o poder decisório sobre a natureza e a intensidade das medidas administrativas sanitárias relativas à Covid-19, e afirmou que as decisões regionais e locais sobre a matéria prevaleceriam sobre as normas gerais apresentadas pela União, resolvendo, do ponto de vista jurídico, o atrito federativo.

Interessante que, se não houve uma guinada jurisprudencial na resolução de demandas que versem sobre conflito federativo, houve, ao menos, uma mudança pontual inegável.

Isso porque a análise do histórico de decisões envolvendo o tema demonstra que o Supremo Tribunal Federal, via de regra, tendeu a centralizar os poderes no governo federal, notadamente em controle concentrado de constitucionalidade, favorecendo um movimento centrípeto de poder, exceto quanto às questões tributárias, em que o STF, em regra, promove a descentralização dos recursos. É a conclusão a que chegou Andrea de Quadros Dantas:

Em outras palavras, conjugando os estudos já realizados sobre o tema com as conclusões retiradas da análise dos dados da presente pesquisa, é possível afirmar que a jurisprudência do STF promove um movimento dual sobre o federalismo brasileiro, na medida em que centraliza as competências legislativas nas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas promove a descentralização de recursos quando instado a decidir o litígio direto entre União e Estados em sede de ACO³⁵.

35. DANTAS, Andrea de Quadros. O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO. *Revista Direito GV* [online]. 2020, v. 16, n. 2, e1964. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201964>>.

Essa é uma característica percebida desde o período pré-constituinte, como anota criticamente Celso Ribeiro Bastos:

[...] o que interessa é que não há órgão tão centralizador no País quanto o nosso Supremo Tribunal Federal. Se pegarem os nossos repertórios de jurisprudência, vão ver que não há órgão realmente tão obcecadamente centralizador quanto o Supremo Tribunal Federal. Nas grandes decisões, a Professora Ada trouxe aqui pelo menos esses casos mais notoriamente conhecidos, da castração, da ação de representação no campo estadual, da subtração, na verdade autêntica de lei complementar, e nós poderíamos ir assim infindavelmente diante de um dilema; escolher entre autonomia estadual e a prerrogativa federal. O Supremo Tribunal Federal tranquilamente opta pela segunda e crê que está cumprindo uma função importante, isso é que é grave³⁶.

A par da tendência favorável ao Poder Executivo Federal, em sede de disputas federativas horizontais, verifica-se “uma intensa jurisprudência defensiva da Corte Suprema e uma sólida estratégia voltada ao não julgamento (autorrestrrição judicial)”³⁷.

Entretanto, no contexto da pandemia a balança federativa pen-deu para a descentralização.

Nesse contexto e diante das recentes e recorrentes tensões, inclusive entre o Poder Executivo Federal e a Corte Suprema, não se

Epub 11 Set 2020. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201964>. Acesso em 5 dez. 2021.

36. BASTOS, Celso Ribeiro. Propostas para a Constituinte. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Número especial, 1985, p. 72.

37. GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas Públicas de Saúde e Lealdade Federativa: STF Afirma Protagonismo dos Governadores no Enfrentamento à COVID-19. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 17, n. 94, nov. 2020, p. 199. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>. Acesso em: 07 dez. 2021.

pode deixar de levar em conta a questão política envolvida. A leitura dos votos que compuseram o julgamento dessas demandas indica questionamentos de ordem política ao governo federal, bem como explícita o já escancarado embate institucional instalado.

Ademais, a matéria de fundo, ao versar em última análise, acerca do direito à vida e a preservação da saúde, certamente contribuiu para o cenário favorável a mudança de trajetória na postura do Tribunal. Nesse sentido:

Tal postura da maioria da Corte alterou temporariamente (e na circunstância da pandemia causada pelo Covid-19) a trajetória de soluções para os conflitos federativos, especificamente quanto à matéria (políticas públicas de saúde): um interessante experimento futuro seria verificar se esse precedente irá alterar a trajetória decisória da Corte no campo do federalismo, ou não passou de uma resiliência decisória, fruto de adaptação institucional às condições extremas impostas pela pandemia e por um cenário conflitivo entre a Corte e o Executivo³⁸.

Nesse cenário da ausência de ações coordenadas entre os entes federativos, a atuação da Corte Constitucional brasileira, em especial na sua dimensão arbitral, se mostrou adequada para resolver os conflitos de ordem federativa, econômica e social, ao reafirmar a autonomia legislativa e administrativa dos Estados e Municípios no enfrentamento à pandemia de Covid-19.

38. GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas Públicas de Saúde e Lealdade Federativa: STF Afirma Protagonismo dos Governadores no Enfrentamento à COVID-19. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 17, n. 94, nov. 2020, p. 214. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já não é novidade que a pandemia alterou a forma como se enxerga a vida alastrando seus deletérios efeitos por todos os ramos da sociedade. Os campos político e jurídico não ficaram alijados desse fenômeno.

O combate ao vírus e as medidas de enfrentamento à pandemia resultaram em forte debate institucional, encharcado de vieses ideológicos e políticos partidários, o que gerou rota de colisão entre os entes federados, notadamente acerca das medidas restritivas a serem adotadas e a repercussão nas respectivas esferas de competência legislativa e material.

Dessa forma instaurou-se o conflito federativo que teve de ser solucionado pelo Supremo Tribunal Federal, que atuou como verdadeiro árbitro da crise. As decisões tomadas no seio da crise sanitária foram expressão da função arbitral da Corte Constitucional brasileira.

O caminho adotado e a conclusão a que chegou a Corte Suprema brasileira chama a atenção por destoar da tendência histórica de julgamentos com a temática de conflitos federativos. Como visto, em que pese a tendência histórica pendesse pela centralização, no caso da crise sanitária, ponderou o STF pelo reforço da descentralização e reafirmação da competência concorrente na matéria.

Resta saber se as peculiaridades do contexto de crise foram determinantes para uma modificação meramente pontual ou se se trata do início de uma série descentralizadora no federalismo brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz; SANO, Hironobu. *Associativismo intergovernamental: experiências brasileiras*. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI/Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG. Brasília: Editora IABS, 2013.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

- ARABI, AbhnerYoussif Mota. *Federalismo brasileiro: perspectivas descentralizadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para a interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-10.pdf>. Acesso em 8 dez. 2021.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Propostas para a Constituinte*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Número especial, 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição (9ª tiragem). São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República (2016). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em 11 dez. 2021.
- BRASIL. *Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 10 dez. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Pacto federativo: aspectos atuais*. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_200.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.
- CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução nº 1/2020*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 7 dez. 2021.
- CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da constituição, a constituinte e o supremo tribunal federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- DA SILVA, Laura Gabriella Muniz et al. *O (Re)desenho institucional do pacto federativo diante da Covid-19: Arranjos institucionais no contexto da MP 926/2020*. *Direito Público*, [S.l.], v. 17, n. 96, jan. 2021. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4606>. Acesso em 7 dez. 2021.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DANTAS, Andrea de Quadros. *O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO*. Revista Direito GV [online]. 2020, v. 16, n. 2, e1964. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201964>>. Epub 11 Set 2020. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201964>. Acesso em 5 dez. 2021.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis no 9.868, de 10 de novembro, e no 9.992, de 3 de dezembro de 1999)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, abr./jun. 2000.
- GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas Públicas de Saúde e Lealdade Federativa: STF Afirma Protagonismo dos Governadores no Enfrentamento à COVID-19. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 17, n. 94, nov. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>. Acesso em 3 dez. 2021.
- JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed. Berlim: Julius Springer. 1929.
- KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, Paris, abr./jun. 1928.
- MORAES, Alexandre de. Federação brasileira – necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. *Revista De Direito Administrativo*, 251, 2009. Disponível em <https://doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7526>. Acesso em 6 dez. 2021.
- PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-07072011-090937. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07072011-090937/publico/Fabio_Franco_Pereira_A_federacao_no_constitucionalismo_brasileiro_Completa.pdf. Acesso em 5 nov. 2021.
- RAMOS, Edih Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA, Laisse Lima Silva. Pandemia e Federalismo: Reflexões sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal na apreciação de conflitos de competência entre os entes federativos no enfrentamento à Covid-19. *Revista De Ciências Jurídicas e Sociais – FIURJ*, 2020. Disponível em <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/7>. Acesso em 12 dez. 2021.
- SOARES, Márcia Miranda. *Formas de Estado: federalismo*. Manuscrito. Belo Horizonte: UFMG/DCP, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/download/56912961/Formas_de_estado_federalismo.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*, in Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 171, jul./set. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%c3%a9.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 dez. 2021

TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 3, n. 7, 30 jun. 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/488/217>. Acesso em 8 dez. 2021.

VII

Repetição de valores em razão de pagamento de dívida prescrita em programa de transação tributária

Prescribed payment taxes and the possibility of repetition of amounts in a tax transaction program

*Kristian Rodrigo Pscheidt**

RESUMO: A Lei 13.988/2020 institucionalizou no âmbito das Procuradorias da Fazenda Pública a possibilidade de realização de transações tributárias. Dentre as inúmeras regulamentações que surgiram para efetivar os acordos, estão aquelas que restringem a adesão apenas para créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação. Nessa noção, não raros os casos que o contribuinte realiza a transação tributária de crédito prescrito. Ocorre que, devido a natureza *ex lege* da tributação, o pagamento de

(*) Professor de Direito, Pós-Doutor em Direito do Estado pela UFPR, Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018), pós-graduado em Gestão e Legislação Tributária pela Uninter (2018), possui L.L.M em Direito de Negócios pela FMU (2014), é especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba (2010), possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008), graduação em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004) e graduação técnica em Gestão Financeira pela Universidade Luterana do Brasil (2016). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário (IBEDAFT), advogado e consultor. Email: Kristian_adv@hotmail.com

dívida prescrita enseja o direito a repetição do valor, pois deve preponderar o princípio da boa-fé e confiança nas relações com o Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Transação tributária; Prescrição; Repetição; Boa-fé e confiança

ABSTRACT: Law 13988/2020 institutionalized the possibility of carrying out tax transactions within the scope of the Public Treasury Attorneys. Among the numerous regulations that emerged to put the agreements into effect, there are those that restrict adherence only to credits classified as non-recoverable or difficult to recover. In this notion, it is not rare the cases that the taxpayer makes the tax credit transaction prescribed. It happens that, due to the *ex lege* nature of taxation, the payment of prescribed debt gives rise to the right to repetition of the amount, as the principle of good faith and trust in relations with the State must prevail.

KEYWORDS: Tax transaction; Prescription; Repetition; good faith and trust.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O tributo como obrigação *ex lege*; 2. Da transação tributária; 3. Boa fé e princípio da confiança; 4. Da repetição dos valores prescritos; considerações finais; referências.

INTRODUÇÃO

O pagamento do tributo decorre de uma imposição legal, prevista na lei, consoante estabelece o artigo 3º do Código Tributário Nacional. Isso significa afirmar que não existe obrigação principal quando a lei deixa de estabelecer um fato imponível, ou quando a lei cria uma exceção a exação (isenções). Desta maneira, afasta-se a liberalidade do contribuinte. Compulsoriamente, o cidadão é instado a pagar ou não pagar o tributo.

Uma vez constituído o crédito, surge o prazo de pagamento. Não adimplido no prazo, resulta a cobrança coercitiva. Porém, malgrado a execução tenha dado início, é comum a instituição de programas especiais de pagamento da dívida tributária. Por imperativos da

política econômica, são criadas formas especiais de adimplemento de créditos tributários.

Nessa toada, figurou com bastante força a regulamentação da transação tributária prevista no artigo 156, III e 171 do Código Tributário Nacional. A Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, passou a dispor sobre a transação tributária, autorizando que a União, as suas autarquias e fundações procedessem com a instituição da transação. Não demorou para que os demais entes federados seguissem no mesmo caminho.

De tal sorte, chama a atenção a possibilidade de adesão, como regra, dos créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, tal como se observou na Portaria PGFN 11.956/2019, expedida em 27 de novembro. Nessa lógica, estão compreendidos também os créditos nitidamente prescritos.

Por isso, na prática, muitos estão realizando acordos de dívidas prescritas, o que traz à tona uma discussão que já foi aventada quando instituídos os programas especiais de parcelamento, no seguinte sentido: é legítimo que o contribuinte seja conduzido pelo Fisco a pagar uma dívida prescrita? E uma vez realizado esse pagamento prescrito, é possível pugnar a repetição do valor?

Essas são as indagações que o presente artigo pretende esclarecer, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, trazendo a lume alguns valores por vezes esquecidos do direito tributário, que é a boa-fé e proteção da confiança; ambos inerentes a administração pública. Igualmente, em razão da legalidade estrita, o estudo irá discurrir sobre o tratamento distinto que os tributos recebem, de modo que a renúncia ou confissão se mostram questionáveis.

Desta maneira, por um método dedutivo, busca-se aprofundar a hipótese de que o pagamento de débito prescrito pelo contribuinte em razão de programa de transação tributária autoriza este a pugnar pela repetição dos valores. Não se pretende exaurir o tema, mas iniciar um debate cuja discussão não está devidamente aprofundada pela doutrina.

1. O TRIBUTO COMO OBRIGAÇÃO *EX LEGE*

Não se paga ou deixa-se de pagar um tributo por liberalidade. Na dicção do artigo 3º do Código Tributário Nacional, trata-se de obrigação compulsória instituída em lei. “É a expressão consagrada para designar a obrigação *ex lege*, de competência de certas pessoas, de levar dinheiro aos cofres públicos”¹ que, “por decorrência, independem da vontade do sujeito passivo, que deve efetivá-la, ainda que contra o seu interesse”².

A manifestação de vontade do contribuinte torna-se, com relação às obrigações tributárias, irrelevante, já que somente a autoridade tributária tem competência para qualificar juridicamente os fatos, sem prejuízo de uma manifestação posterior do próprio Poder Judiciário. “Afasta-se, de plano, qualquer cogitação de inerente às prestações voluntárias, que recebem o influxo modal ‘permitido’”³.

Essa compulsoriedade, por certo, decorre da máxima legislativa de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º, II, da Constituição da República), reforçado na seara tributária pelo artigo 150 da Carta Magna, qual seja, não se pode exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Como bem exposto na teoria dos atos sucessivos de eficácia do tributo de Alberto Xavier⁴, na obrigação tributária ganha-se *existência*, com o lançamento torna-se *atendível*, e com o vencimento do prazo de pagamento torna-se *exigível*. Ainda, a inscrição em dívida ativa o tornaria *exequível*. Nessa linha, Luciano Amaro⁵ indica que “a obrigação tributária nasce

-
1. PSCHIEDT, Kristian Rodrigo. *Sistema Tributário Nacional: justiça fiscal e a economia comportamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36.
 2. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 69.
 3. Idem. *Língua, Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 396.
 4. XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. São Paulo: Forense, 1997, p. 561.
 5. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 365.

com a ocorrência do fato gerador [...] tendo o lançamento a virtude de dar nascimento ao crédito tributário”.

“De fato, em nosso ordenamento jurídico, os tributos só podem ser instituídos e arrecadados com base em lei. Este postulado vale não só para os impostos, como para as taxas e contribuições que, estabelecidas coercitivamente, também invadem a esfera patrimonial privada”⁶.

Neste postulado, é irrelevante a declaração de vontade do sujeito passivo na constituição do crédito tributário. Deve-se apurar a realidade dos fatos, a materialidade da incidência, momento em que restará estabelecida a obrigação jurídica tributária. Sem esse roteiro, estaria sob a égide do direito privado, em que a vontade das partes poderia elastecer o alcance da lei. Aqui, no direito tributário, a atuação é plenamente vinculada à lei.

No Direito privado, nas obrigações nascidas da vontade, é de grande relevância o seu exame. Já no Direito Tributário a vontade é irrelevante na formação da relação jurídica. Assim, um contribuinte, mesmo sabendo que o tributo é indevido, se o paga, tem o direito à restituição. O que importa é a demonstração de que o tributo é realmente indevido⁷.

Essa convicção ganha força, por exemplo, na questão atinente à confissão e renúncia de direitos realizada pelo contribuinte. A confissão limita-se aos fatos, de maneira que, mesmo havendo confissão, o prejuízo a ser suportado pelo confitente fica limitado ao plano fático, “de modo que o confitente pode perfeitamente se sagrar vitorioso na demanda, desde que o direito legitime seu interesse”⁸. “A renúncia é a declaração do autor de que sua ação é infundada; e também ela difere

6. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185.

7. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 136)

8. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 408.

da confissão porque não reconhece nenhum fato afirmado pelo réu, senão que somente nega a consistência jurídica da ação"⁹.

A confissão consiste na declaração voluntária em que o indivíduo admite como verdadeiro um fato que lhe é considerado prejudicial, alegado pela parte adversa. Conquanto já tenha sido considerada a rainha das provas, atualmente a confissão não é qualificada pela doutrina sequer como meio de prova, por considerar-se que a admissão da veracidade do fato dispensa a produção probatória. Não é, entretanto, o que ocorre na esfera tributária, assim como na penal, tendo em vista o princípio da tipicidade que rege esses dois campos do direito. Estando a confissão nos autos, esta será valorada pelo julgador, juntamente com as demais provas produzidas pelas partes, com vistas a certificar o fato jurídico ou o ilícito tributário, modificá-lo ou extingui-lo"¹⁰.

Portanto, mesmo em situações que envolvem uma declaração expressa do contribuinte, este não possui o condão de constituir o crédito tributário, muito menos de confirmar a hipótese de incidência e fazer nascer a relação jurídica tributária, isto é, "o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, com conseqüente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma"¹¹. Confissão e renúncia são aspectos que constituem fatos, e não o tributo.

O contexto traduzido acima revela-se também pacífico no âmbito dos tribunais superiores, em específico o Superior Tribunal de Justiça,

9. MACHADO, Hugo de Brito. *Confissão de dívida tributária*. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

10. TOMÉ, Fabiana Del Padre. Defesa e Provas no Processo Administrativo Tributário Federal: Momento para sua produção, espécies probatórias possíveis e exame de sua admissibilidade. In: *Processo Administrativo Tributário Federal e Estadual*. Organizadores: Marcelo Vianna Salomão e Aldo de Paula Júnior. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 367.

11. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 40.

quando analisado os inúmeros programas especiais de parcelamento lançados pelo Fisco. É comum nas legislações que dispõem sobre os parcelamentos de débitos tributários a exigência de assinatura, pelo contribuinte, daquilo que eles chamam de "*Termo de confissão irretratável e irrevogável de dívida*", sem o qual a adesão ao parcelamento fica impossibilitada.

Porém, é assente o entendimento que a confissão da dívida que a lei geralmente exige do contribuinte como condição para adesão à programa de parcelamento ou qualquer outro benefício fiscal "tem valor relativo, ou seja, não pode ser considerada como irretratável ou irrevogável, no sentido de obrigar o contribuinte a pagar o tributo, ainda que indevido, apenas porque confessou, pois a confissão não cria a obrigação tributária"¹².

A propósito, tal entendimento ficou consolidado pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.133.027/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 13.10.2010, sob o rito da recursos repetitivos. Na ocasião, consignou-se que a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão de dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, ainda assim, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude).

2. DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA

A transação tributária se trata de hipótese de extinção do crédito tributário, de acordo com o artigo 156, inciso III, do CTN, ao lado do

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1541538/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, Dje 19/12/2016.

pagamento, compensação, remissão, prescrição, decadência e outros. Encontra guarida no artigo 171 do mesmo Código, estabelecendo que a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.

Essa norma de eficácia limitada foi efetivada pela Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, que passou a dispor sobre a transação tributária, autorizando que a União, as suas autarquias e fundações procedessem com a instituição da transação. Transação tributária pode ser definida como a “celebração de um acordo, que implica concessões recíprocas e que segue parâmetros fixados na lei, cuja autoridade competente para a sua celebração também é designada por esta lei, embora esta não possua poderes discricionários”¹³.

Trata-se de um negócio jurídico bilateral realizado entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da relação obrigacional tributária originária, na forma e parâmetros legais estabelecidos pelo ente tributante. “O processo de transação tão somente prepara o caminho para que o sujeito passivo quite sua dívida, promovendo o desaparecimento do vínculo”¹⁴.

Assim, durante a pandemia, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Receita Federal do Brasil lançaram diversos editais de transação¹⁵ supostamente com o objetivo de ajudar contribuintes com dificuldade de honrar seus compromissos por conta da crise gerada pela disseminação da Covid-19.

Ganha destaque que os requisitos gerais para a elegibilidade de adesão do débito, no mais das vezes, passam por critérios como estar

13. AMARO, Luciano. *Op. Cit.*. p. 389.

14. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. Cit.*, 2009, p. 556.

15. Portaria PGFN nº 7.820, de 18 de março de 2020, atualizada pelas Portarias PGFN nº 9.924, de 14 de abril de 2020, e nº 18.176, de 30 de julho de 2020 | Portaria PGFN nº 14.402, de 16 de junho de 2020. | Portaria PGFN nº 18.731, de 6 de agosto de 2020. | Portaria PGFN nº 21.561, de 30 de setembro de 2020.

mais de 15 anos inscrito em dívida ativa e sem anotação de garantia ou suspensão de exigibilidade; débitos suspensos por decisão judicial há mais de 10 anos, entre outros que compõe os conceitos de “irrecuperáveis ou de difícil recuperação” previstos na Portaria n. 9.917, de 14 de abril de 2020 (artigo 24), a qual regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União e do FGTS.

Assim, é fácil perceber que, em grande medida, tais valores já decaíram ou foram fulminados pela prescrição, intercorrente ou não. A rigor do artigo 40 da Lei 6.830/1980, consoante interpretação do Superior Tribunal de Justiça¹⁶, é comum ocorrer a prescrição intercorrente da execução fiscal após o prazo de 06 anos da citação ou penhora infrutíferas.

Ademais, não é certo afirmar que a prescrição não fulmina o débito, mas somente o direito de ação; eis que é incorreta a proposição de parte da doutrina que afirma que “tratando-se de débitos prescritos, não cabe a restituição, porquanto, embora houvesse perecido a ação, o sujeito pretensor continua titular do direito”¹⁷.

Primeiro porque o artigo 156, V do CTN indica expressamente que a consequência, na esfera tributária, da ocorrência da prescrição é a extinção do crédito. Adicionalmente, ressalta-se que mesmo a inscrição no CADIN, a rigor da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, possui um limite temporal de 05 anos, a rigor do previsto na Súmula 323 do Superior Tribunal de Justiça, aliado ao artigo 43, §1º do Código de Defesa do Consumidor. Até mesmo a limitação da emissão de certidão negativa de débitos encerra-se após o decurso de prazo de 05 anos, em razão da prescrição preconizada no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Por certo, muitas situações que envolvem os créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação referem-se a dívidas que já foram

16. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1.340.553 – RS, sob o regime dos recursos repetitivos, que teve seu acórdão publicado em 16/10/2018 e transitou em julgado em 14/05/2019 (Temas: 566 a 571 do STJ).

17. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. Cit.*, 2009, p. 580.

extintas, bastando a declaração ou reconhecimento administrativo ou judicial para a sua extinção pela disposição preconizada no artigo 156, V do CTN¹⁸. Não há mais relação jurídica tributária, conquanto as hipóteses previstas no CTN para a extinção já ocorreram, mas tão somente aguardam a verificação formal pelo ente judicante e anotação no referido sistema.

Felizmente o Superior Tribunal de Justiça tem julgado em posição semelhante, como sinalizado pelo Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹⁹, ao afirmar que o parcelamento postulado depois de transcorrido o prazo prescricional não restabelece a exigibilidade do crédito tributário. Isso por que (a) não é possível interromper a prescrição de crédito tributário já prescrito; e (b) a prescrição tributária não está sujeita à renúncia, uma vez que ela não é causa de extinção apenas do direito de ação, mas, sim, do próprio direito ao crédito tributário (art.156, V, do CTN).

A prescrição não está sujeita à renúncia por parte do devedor, haja vista que ela não fulmina apenas o direito de ação, mas também o próprio crédito tributário, nos termos do art. 156, V, do CTN, de modo que a renúncia manifestada para fins de adesão à parcelamento é ineficaz à cobrança de crédito tributário já prescrito. Esse posicionamento se mostra absolutamente pertinente para a questão da transação tributária já que autores de renome trazem um paralelo íntimo entre o parcelamento e a hipótese de extinção trazida pelo artigo 156, inciso III, do CTN:

Infelizmente, não há entre nós uma lei de transação como a prevista no artigo 171 do CTN. Aquela instituída pela Lei 13.988/2020, de transação só tem o nome. Ela alcança apenas os créditos tributários irrecuperáveis ou de difícil recuperação, a critério exclusivo da autoridade

18. Art. 156. Extinguem o crédito tributário: V – a prescrição e a decadência;

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgInt no AREsp 1156016/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020.

fazendária [...]. Na verdade é um regime de parcelamento especial semelhante ao REFIS e ao PERT, tanto é que há expressa vedação de o desconto recair sobre o principal, suprimindo um dos elementos essenciais da transação tributária.²⁰

De tal sorte, assim como a assinatura de um *Termo de confissão irretratável e irrevogável de dívida*, a adesão a transação tributária não tem o poder de ressuscitar um crédito tributário já extinto, que não mais obriga o sujeito passivo. Portanto, reavivar um crédito tributário já prescrito sinaliza um pagamento indevido, momento em que se pode questionar a própria legalidade de uma norma tributária que estipula a possibilidade desse adimplemento. É dizer, o direito tributário exige uma postura estruturada na boa-fé e confiança perante o Fisco.

3. BOA FÉ E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

A transação tributária abarca como requisito essencial para o contribuinte a assinatura de *termo de confissão irretratável e irrevogável de dívida*. Na dicção legal, estaria o contribuinte renunciando ao direito de questionar o valor e, frente a confissão, estaria convalidando a relação jurídica tributária.

Porém, está em conformidade com o direito a Fazenda Pública editar norma que prevê o pagamento parcelado da dívida prescrita? A resposta é negativa, porque a atuação estatal deve pautar-se sobre a boa-fé e princípio da confiança. O Estado age em prol do contribuinte, e nunca contra ele. Utilizar-se de subterfúgios procedimentais para ludibriar o sujeito passivo não é conduta admitida pelo Direito.

Curioso notar que, tal como indica a Portaria n. 9.917, de 14 de abril de 2020, no seu artigo 2º, a transação tributária coloca como princípio a presunção de boa-fé do contribuinte buscando-se um

20. HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p.732

atendimento ao interesse público. Ora, ao que parece, está em falta com tais preceitos a administração tributária, e não vice-versa.

Isso porque deve-se confiar na Administração Pública. O princípio da proteção da confiança legítima garante ao cidadão vedação contra modificações substanciais inesperadas, bem como daqueles casos cuja permanência de certas situações jurídicas, pelo decurso do tempo ou pela prática continuada da Administração, já não autoriza a revogação ou a anulação do ato administrativo, para fazer valer uma legalidade incongruente com a confiabilidade adquirida.

A Administração deve respeitar esse “estado de confiança legítima” e, ao mesmo tempo, controlar os seus atos em conformidade com o respeito à confiança dos indivíduos na ação dos órgãos estatais²¹. O princípio da boa-fé, que há muito norteia o direito privado, deve pautar também as relações entre os particulares e o Poder Público.

O princípio da proteção da confiança leva em conta a boa-fé do cidadão que acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros²².

Relaciona-se diretamente com o sobre princípio da segurança jurídica, no seu aspecto subjetivo. A proteção à confiança ou confiança legítima, este último originário do direito alemão, importado para a União Europeia e, mais recentemente, para o direito brasileiro. Ele foi elaborado pelo tribunal administrativo em acórdão de 1957; em 1976, foi inserido na lei de processo administrativo alemã, sendo elevado à categoria de princípio de valor constitucional por interpretação do Tribunal Federal Constitucional.

21. TORRES, Heleno Taveira. *Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boa-fe-confianca-sao-elementares-direito-tributario>. Acesso em: 27 ago. 2021.

22. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. Portal Migalhas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 22 set. 2021.

A preocupação era a de, em nome da proteção à confiança, manter os atos ilegais ou inconstitucionais, fazendo prevalecer esse princípio em detrimento do princípio da legalidade. Do direito alemão passou para o direito comunitário europeu, consagrando-se em decisões da Corte de Justiça das Constituições Europeias como "regra superior de direito" e "princípio fundamental do direito comunitário".

Deveria a administração tributária observar uma diretriz própria do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que indica, na forma do artigo 687 da Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015²³, que "o INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido".

Triste é perceber os ares de euforia e satisfação de muitos procuradores da Fazenda Pública, inclusive em renomados Congressos, em divulgar relatórios de êxitos e ganhos auferidos em razão da recuperação de tributos prescritos por meio do instituto da transação tributária. Isso porque o artigo 37 da Lei Maior impõe à administração pública o dever de obediência a um rol de princípios, dentre os quais está a legalidade, máxime do sistema normativo pátrio.

Portanto, carece de constitucionalidade a norma tributária que ludibria o cidadão, como a transação de créditos prescritos, pois pretende o estabelecimento de uma obrigação tributária já extinta e não mais existente. Como diz Menezes Cordeiro, a *suppressio*, em relação aos direitos patrimoniais amparados pela boa-fé, significa "a situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé"²⁴.

Pode-se dizer que o princípio da boa-fé deve estar presente do lado da administração e do lado do administrado. Ambos devem agir com lealdade, com correção.

23. Que estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social.

24. CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2001. p. 797.

O princípio da proteção à confiança protege a boa-fé do administrado; por outras palavras, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na administração pública. O particular confia em que a conduta da administração esteja correta, de acordo com a lei e com o direito.²⁵

Estar-se ia gerando uma nova obrigação tributária, motivada pela assinatura de um termo de adesão, o que não se pode admitir. A novação é instituto impossível de implementação na esfera tributária, já que a obrigação tributária decorre da subsunção do fato à Lei, e nada mais. A confissão, a renúncia, a manifestação do contribuinte, a vontade do Fisco, a assinatura de documentos, ou qualquer ato volitivo é indiferente perante a vontade legal.

Como já observado nos tópicos antecedentes, trata-se de uma prestação compulsória, isto é, o nascimento e a configuração da obrigação continuam sendo obra exclusiva da Lei, “sem que nela intervenha em nenhuma hipótese a vontade do responsável. A obrigação continua correspondendo, em qualquer caso, às características da obrigação *ex lege*”²⁶.

4. DA REPETIÇÃO DOS VALORES PRESCRITOS

A restituição do tributo pago indevidamente tem fundamento nos princípios constitucionais da legalidade estrita da tributação (art. 150, I); o direito da propriedade (art. 5º, XXII); a proibição da utilização do tributo com efeito de confisco (art. 150, IV); e a capacidade contributiva (art. 145, § 1º)²⁷.

25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 113.

26. LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário: teoria geral do tributo*. Espanha: Marcial Pons, 2007, p. 148

27. BOTALLO, Eduardo Domingos. *Repetição do indébito tributário e o art. 166 do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Revista USP, 1999, p. 252.

Frente a tais fundamentos, em matéria tributária, diferente do que ocorre no direito civil, a prescrição extingue o próprio crédito, nos termos do artigo 156, V, do Código Tributário Nacional (CTN), e não apenas a pretensão de cobrança representada pela ação executiva. No Direito Tributário, a prescrição atinge o direito material em si, traduzido no crédito tributário, e não somente a pretensão estatal de ajuizar ação executiva fiscal para a cobrança dos créditos tributários.

Adicionalmente, a prescrição não precisa ser constituída e tampouco declarada para extinguir o crédito tributário. É dizer, o artigo 156, V, do Código Tributário Nacional não condicionou a ocorrência da prescrição à declaração formal de autoridade. A prescrição, *per se*, é causa extintiva do direito. Se o débito ainda persiste nos sistemas da Fazenda Pública, trata-se de mero ajuste, e prescinde a determinação judicial.

Em matéria tributária, o princípio da legalidade constitui um dos pilares da cobrança e arrecadação dos tributos, também evidente nas hipóteses de pagamentos indevidos. A obrigação tributária, pelo seu caráter *ex lege*, nasce e é extinta em um ciclo determinado, de modo que a devolução dos valores indevidamente pagos, antes mesmo de ser um direito dos contribuintes, constitui um dever do fisco²⁸.

Na medida em que o contribuinte apenas está incumbido de arcar com tributo lastreado na lei, o fisco também só pode incorporar ao seu patrimônio valores a título de tributo quando encontrem sintonia com a lei, pois todo montante recolhido à revelia dela viola essa premissa constitucional, motivo bastante para ser devolvido²⁹.

28. ROSENBLAT, Paulo; GURGEL FILHO, Ítalo de Oliveira. *A repetição do indébito tributário indireto e a (i) legitimidade do consumidor final: mudança de paradigma ou casuísmo do Superior Tribunal de Justiça?* Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 3, p. 214-234, Setembro-Dezembro, 2018, p. 216.

29. MORSCHBACHER, José. *Repetição do Indébito Tributário e Compensação*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET, 1999, p. 253.

De tal maneira, não se vislumbra nenhum óbice para que o pagamento indevido de débito tributário prescrito, realizado sob a alcunha de transação tributária, seja passível de restituição pela Fazenda Pública. “A obrigação tributária é *ex lege*. Nela não se prospera o brocardo do Direito Privado segundo o qual quem paga mal paga duas vezes, nem se precisa comprovar a justeza do erro (em termos subjetivos)”³⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.988/2020 institucionalizou no âmbito das Procuradorias da Fazenda Pública a possibilidade de realização de transações tributárias. Surgiu como uma festejada forma de aproximar o Fisco dos contribuintes, permitindo uma abertura permanente para a solução de créditos tributários não adimplidos e, portanto, em conflito (por isso a natureza extintiva, e não preventiva).

Porém, na forma da Lei, dentre as inúmeras regulamentações que surgiram para efetivar os acordos, estão aquelas que restringem a adesão a apenas créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação. Nessa noção, não raros os casos que o contribuinte faz a transação tributária de crédito prescrito, seja ele de natureza intercorrente ou não.

Desde aí já reside um questionamento acerca da constitucionalidade de tal normativa, a rigor do artigo 37 da Constituição, que prestigia e impõe a Fazenda Pública o dever de boa-fé e obediência ao princípio da proteção legítima. É dizer, o Estado deve sempre atuar a trabalhar em prol dos cidadãos, e não se utilizar de subterfúgios regulamentares para ludibriar o contribuinte a pagar débitos já extintos.

Ademais, é importante perceber que em direito tributário a ocorrência da prescrição faz resultar uma consequência material acerca da existência do próprio tributo. Na dicção do artigo 156, V, do CTN

30. COELHO. Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 728

a prescrição extingue o crédito, de modo que a repercussão não se restringe ao exercício da ação, mas sim na própria existência da dívida.

A prescrição, inclusive intercorrente, extingue o crédito tributário automaticamente, sendo que a anotação e reconhecimento da causa extintiva se refere a mera operacionalidade prática da Fazenda Pública. Não há qualquer previsão no Código Tributário Nacional que exige o reconhecimento pela autoridade administrativa ou judicial da prescrição para sua efetivação.

Assim, devido à natureza *ex lege* da tributação, a adesão a termo de confissão irretratável e irrenunciável é absolutamente despicienda, já que o tributo já deixou de existir e a declaração de vontade do contribuinte é absolutamente irrelevante para fins de constituir o crédito tributário. Um termo de adesão não possui o efeito de reavivar uma relação jurídica tributária extinta.

De tal maneira, o pagamento de dívida prescrita enseja o direito a repetição do valor, inclusive se realizada no âmbito da transação tributária, sendo-lhe inteiramente aplicável a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que sinaliza que a renúncia manifestada para fins de adesão à parcelamento é ineficaz à cobrança de crédito tributário já prescrito.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973;
- BOTALLO, Eduardo Domingos. *Repetição do indébito tributário e o art. 166 do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Revista USP, 1999;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial nº 1541538/DF*, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 19/12/2016;
- _____. *Recurso Especial nº 1.340.553 – RS*, sob o regime dos recursos repetitivos, que teve seu acórdão publicado em 16/10/2018 e transitou em julgado em 14/05/2019 (Temas: 566 a 571 do STJ);

- _____. *AgInt no AREsp 1156016/SE*, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020;
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006;
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018;
- _____. *Língua, Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2009;
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015;
- CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2001;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Forense, 2018;
- _____. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. Portal Migalhas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 22 set. 2021.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2021;
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário: teoria geral do tributo*. Espanha: Marcial Pons, 2007;
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997;
- _____. *Confissão de dívida tributária*. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2011.
- MORSCHBACHER, José. *Repetição do Indébito Tributário e Compensação*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 1999;
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2010;
- PSCHIEDT, Kristian Rodrigo. *Sistema Tributário Nacional: justiça fiscal e a economia comportamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;
- ROSENBLAT, Paulo; GURGEL FILHO, Ítalo de Oliveira. *A repetição do indébito tributário indireto e a (i) legitimidade do consumidor final: mudança de paradigma ou casuísmo do Superior Tribunal de Justiça?* Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 3, p. 214-234, Setembro-Dezembro, 2018;
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Defesa e Provas no Processo Administrativo Tributário Federal: Momento para sua produção, espécies probatórias possíveis e exame de sua admissibilidade*. In: *Processo Administrativo Tributário Federal*

e Estadual. Organizadores: Marcelo Vianna Salomão e Aldo de Paula Júnior. São Paulo: MP Editora, 2005;

TORRES, Heleno Taveira. *Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boa-fe-confianca-sao-elementares-direito-tributario>. Acesso em: 27 ago. 2021;

XAVIER, Alberto. *Do lançamento*: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. São Paulo: Forense, 1997.

VIII

Uma crítica à inefetividade da normatização infraconstitucional e da fiscalização dos órgãos de controle do microssistema consumerista no que concerne à apreciação de reclamações formuladas por usuários perante os fornecedores de bens e serviços

*A criticism to the ineffectiveness of the infraconstitutional
standardization and the supervision of the control
bodies of the consumer micro system with regard
to the assessment of complaints made by users
to the suppliers of goods and services*

*Mônica Cristina Raposo
da Câmara Chaves do Carmo**

RESUMO: O presente trabalho avaliou a normatização infraconstitucional existente no que diz respeito aos prazos previstos para análise de reclamações apresentadas por consumidores perante os fornecedores de bens e serviços,

(*) Mestranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

com vistas a relatar a baixa efetividade do regramento vigente, bem assim da insuficiente fiscalização dos órgãos incumbidos do microssistema consumerista, ante o crescimento vertiginoso da judicialização de questões não solucionadas no campo administrativo. Estipulou como objetivo geral, pois, avaliar a normatização infraconstitucional existente no que diz respeito aos prazos previstos para apreciação das indigitadas reclamações e apontar a baixa efetividade do regramento vigente e da fiscalização dos órgãos incumbidos do microssistema consumerista. Adotou o método científico indutivo e a metodologia de pesquisa exploratória, bem como a pesquisa bibliográfica. O trabalho concluiu que a normatização relativa ao controle dos prazos e da qualidade do serviço desempenhado pelos fornecedores de bens e serviços, conquanto abundante, tem demonstrado um significativo coeficiente de inefetividade, o que pode ser verificado a partir do significativo aumento de demandas judiciais no bojo das quais os usuários pleiteiam a solução de problemas triviais que, em tese, poderiam ser deslindados na esfera administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional, Direito do Consumidor, Efetividade, Celeridade.

ABSTRACT: The present study evaluated the existing infra-constitutional regulation with regard to the deadlines for analyzing complaints presented by consumers to suppliers of goods and services, with a view to reporting the low effectiveness of the current regulation, as well as the insufficient supervision of the bodies responsible for the consumerist micro system, given the vertiginous growth of the judicialization of unresolved issues in the administrative field. It stipulated as a general objective, therefore, to evaluate the existing infra-constitutional regulation with regard to the deadlines set for the assessment of the indicated complaints and to point out the low effectiveness of the current regulation and the inspection of the bodies responsible for the consumerist micro system. It adopted the inductive scientific method and exploratory research methodology, as well as bibliographic research. The work concluded that the regulation related to the control of deadlines and the quality of the service performed by the suppliers of goods and services, although abundant, has shown a significant coefficient of ineffectiveness, which can be verified from the significant increase in law suits in the bulge from which

user pleads the solution of trivial problems that, in theory, could be solved in the administrative sphere.

KEYWORDS: Constitutional Law, Consumer Law, Effectiveness, Speed.

SUMÁRIO: Introdução; Da aplicação teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em consonância com a jurisprudência do STF; I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações; III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório; IV. Recurso extraordinário desprovido; Da incidência dos princípios da efetividade e da celeridade nas relações jurídicas travadas entre particulares; Da ineficiência do regramento infraconstitucional no que concerne ao controle dos prazos e da efetividade durante a análise das reclamações apresentadas por consumidores em face dos respectivos fornecedores de bens e serviços; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Não é novidadeiro – ao menos segundo a doutrina nacional e a jurisprudência da Suprema Corte – o entendimento que preconiza a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, isto é, da aplicação, entre particulares, dos direitos e garantias estatuídos ao longo do texto constitucional.

Dentre eles, destacam-se os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF), da celeridade processual, inclusive em âmbito administrativo, ex vi do art. 5º, LXXVIII, da CF, e o da eficiência (art. 37, caput, da CF).

Nada obstante, é corriqueira, na militância forense, a querela de consumidores a respeito da morosidade e da baixa efetividade concernentes à tramitação das reclamações por si formuladas em face de produtos e serviços ofertados por fornecedores.

Com efeito, o elevado número de reclamações não solucionadas em tempo hábil rende ensejo a uma enxurrada de processos judiciais em que a parte planeia a obtenção de singelas providências que poderiam ser atendidas pelo controle interno de tais corporações, em ordem a reduzir a judicialização de tais demandas.

Demais disso, a ausência de celeridade na apreciação de tais reclamações, bem como a falta de um julgamento mais equitativo por parte dos fornecedores, notadamente os grandes litigantes (operadoras de telefonia móvel e de internet banda larga, operadoras de planos de saúde, bancos, seguradoras e concessionárias de serviços públicos) contrapõem-se diametralmente à rapidez e à efetividade proclamadas no texto constitucional.

Impende destacar que é vezeira, de parte dos referidos fornecedores, a arguição de carência de ação em contestação, com fulcro na ausência de interesse processual, eis que os consumidores não buscaram primeiramente a via administrativa no afã de solucionar suas pretensões.

Por conseguinte, a ciranda infrutífera a que se debelam milhares de consumidores na seara extrajudicial tem sensibilizado magistrados em todo o País, os quais não raramente têm condenado os fornecedores desidiosos ao pagamento de compensação por danos morais.

Insta salientar que a questão pertinente aos prazos de resposta é tipificada no Diploma Consumerista, bem como nos diversos regulamentos editados pelas agências reguladoras.

Todavia, em que pese à minuciosa normatização do iter administrativo, a desobediência aos prazos e a baixa equidade durante a análise das reclamações apresentadas por consumidores têm fomentado o ajuizamento, em volume exponencial, de demandas judiciais.

Portanto, num cenário de cooperação alçado ao nível principiológico pelo Código Fux, urge que os fornecedores atentem, com mais rigor e comprometimento, para os prazos dispostos na legislação de

regência, bem assim zelem pela equidade durante o tratamento das queixas manifestadas por consumidores, não somente para desafogar o Judiciário, como também para elidir sua condenação ao pagamento de compensação pecuniária resultante do cometimento de dano de caráter extrapatrimonial.

Nesse sentir, indaga-se: as normas de proteção aos direitos do consumidor e a atuação dos órgãos incumbidos da fiscalização da Política Nacional de Consumo, nos moldes em que atualmente é desempenhada, têm conferido celeridade e análise equitativa às reclamações apresentadas por consumidores perante os fornecedores de bens e serviços?

Após esta breve contextualização, é possível apontar o objetivo geral desta pesquisa: avaliar a normatização infraconstitucional existente no que diz respeito aos prazos previstos para análise das indigitadas reclamações e relatar a baixa efetividade do regramento vigente e da fiscalização dos órgãos incumbidos do microssistema consumerista, ante o crescimento vertiginoso da judicialização de tais questões.

Os objetivos específicos se desdobram em três: apresentar sinteticamente as teorias relativas à aplicação horizontal dos direitos fundamentais, inclusive o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema; analisar os princípios constitucionais da celeridade e da efetividade processual; avaliar a normatização infraconstitucional existente no que diz respeito aos prazos previstos para análise das aludidas reclamações e relatar a baixa efetividade do regramento vigente e da fiscalização dos órgãos incumbidos do microssistema consumerista, diante do crescimento desmesurado da judicialização de tais questões.

Na sequência, faz-se necessária a divisão do artigo em três capítulos, iniciando-se pela resumida exposição das teorias relativas à aplicação horizontal dos direitos fundamentais, seguida da elucidação dos princípios constitucionais da celeridade e da efetividade processuais, sem prejuízo da análise crítica do regramento respeitante à

apreciação das reclamações apresentadas por consumidores em face dos respectivos fornecedores.

O primeiro capítulo será destinado à breve apresentação das teorias relativas à aplicação horizontal dos direitos fundamentais, inclusive do norte jurisprudencial traçado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto.

Discorrer-se-á no segundo capítulo sobre os princípios constitucionais da celeridade e da efetividade processual.

No terceiro capítulo, explicitar-se-á o regramento respeitante à apreciação das reclamações apresentadas por consumidores em face dos respectivos fornecedores, inclusive dos prazos previstos na legislação de regência, tudo a fim de criticar a efetividade de tais disposições diante da enxurrada de demandas judiciais que deveriam ser solucionadas extrajudicialmente.

A metodologia do trabalho, quanto aos objetivos, é exploratória, visto que, por meio do método indutivo, pretende relatar a baixa efetividade do regramento vigente e da fiscalização dos órgãos incumbidos do microssistema consumerista, ante o crescimento vultoso da judicialização de questões que poderiam e deveriam ser solucionadas no campo administrativo.

Por conseguinte, quanto aos meios, preferiu a pesquisa bibliográfica a outros procedimentos disponíveis.

DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Paralelamente à teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais – compreendida como o dever de o Poder público observar e zelar, no seio das relações jurídicas travadas com particulares, pela observância dos direitos fundamentais proclamados na Carta Magna –, foi cunhada, na Alemanha, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

É, outrossim, conhecida como teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Sua construção advém da noção de que as desigualdades não têm lugar somente nas relações jurídicas existentes entre o Estado e os cidadãos, mas também no domínio estritamente privado.

Corroborando tal entendimento, tem-se a doutrina de Daniel Sarmento¹:

O Estado e o Direito assuem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

É de se notar que os Estados Unidos da América adotaram a teoria da ineficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo que estes se aplicam somente no plano vertical, ou seja, entre o Estado e seus governados.

Tal doutrina, também conhecida como State Action, encontra lastro direto na Constituição Americana de 1787, no bojo da qual os únicos direitos fundamentais previstos são aqueles em prol dos cidadãos em face de atos praticados pelo Poder Público.

Segundo Daniel Sarmento², tal teoria nega a eficácia dos direitos fundamentais no plano horizontal. Contudo, para Virgílio Afonso da Silva³, tal doutrina não rejeita propriamente a eficácia de tais direitos entre particulares; a valer, planeia contornar a ausência de

1. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

2. *Idem. Ibidem*.

3. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, p. 06

normatização da questão, em ordem a apontar casuisticamente as hipóteses em que os direitos fundamentais devem ser aplicados no âmbito privado.

Segundo tal constitucionalista⁴, tal doutrina tem o escopo de: “Tentar afastar a impossibilidade de aplicação definindo, ainda que de forma casuística e assistemática em que situações essa aplicação poderia ocorrer”.

Cabe salientar, igualmente, a existência da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, a qual foi acolhida pelo direito germânico.

Tal doutrina parte do pressuposto de que os direitos fundamentais devem ser analisados sob duas dimensões:

- a) a negativa, segundo a qual ao Estado é defeso editar normas infensas a tais direitos; e
- b) positiva, com base na qual é possível a aplicação entre particulares dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, desde que a lei preveja tal incidência.

Segundo tal teoria, a horizontalização dos referidos direitos carece de mediação legislativa, cabendo, pois, ao Poder Legislativo estabelecer em que hipóteses devam ser aplicados.

Entrementes, a teoria agasalhada pela Suprema Corte do Brasil é da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais. Curiosamente, mercê de ter sido criada pelo alemão Hans Carl Nipperdey, tal teoria, consoante adrede mencionado, não foi adotada em solo germânico.

Pedro Lenza⁵ adverte sobre a possibilidade de aplicação de tal teoria em relações privadas de caráter público: (...) sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações

4. *Idem. Ibidem.*

5. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.

privadas ('eficácia horizontal'), especialmente diante de atividades privadas que tenham um certo 'caráter público', por exemplo, em escolas (matrículas), clubes associativos, relações de trabalho etc.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶, por sua vez, acena favoravelmente à aplicação de tal doutrina, desde que: a) haja ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou a direitos da personalidade; b) quando impera considerável desigualdade socioeconômica entre as partes envolvidas, eis que tais relações são similares àquelas vertidas entre o Poder Público e os cidadãos.

Não é por outra razão que Armando Cruz Vasconcellos⁷ assim pontifica:

“[...] violações aos direitos fundamentais podem partir tanto do Estado soberano como, também, dos agentes privados. Essa tendência atual de aplicação horizontal dos direitos fundamentais não visa se sobrepor à relação anterior, uma vez que o primordial nessa questão é nos atentarmos para que a aplicação dos direitos fundamentais, no caso concreto, esteja sempre ponderada com os demais princípios. Diversas questões precisam ser melhores desenvolvidas, como qual a forma dessa vinculação e seu alcance”.

Aliás, é nessa direção que a doutrina Alexy⁸ propende. Segundo o autor, em havendo conflito entre particulares cujo pano de fundo corresponda a uma colisão entre direitos fundamentais, mister é que se faça um juízo de ponderação entre os interesses implicados, no

6. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 392-400

7. VASCONCELLOS, Armando Cruz. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação*. Teresina: Jus Navigandi, ano 13, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12595>>. Acesso em: 27 de novembro de 2021.

8. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 47.

bojo do qual sejam apreciadas a adequação e a proporcionalidade das providências almeçadas em cotejo com os valores em aparente desarmonia.

Nesse sentido, inclina-se a doutrina de Pedro Lenza⁹:

“[...] poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre iniciativa de um lado (CF, arts. 1º, IV, e 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer”

Num País emergente em que impera a desigualdade socioeconômica, não há cogitar-se da aplicação da teoria da ineficácia horizontal ou mesmo da eficácia indireta dos direitos fundamentais, visto que se mostra imprescindível a tutela dos particulares que, em estado de hipossuficiência econômica ou técnica, encontram-se em situação de flagrante desvantagem para com a outra parte.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. De par com tal elucubração, note-se a ementa do precedente abaixo colacionado (RE 201.819/RJ): Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido.

9. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 677.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO

(RE 201819, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821): Assim, o que tem prevalecido no Pretório Excelso é a

aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em conformidade com o que foi explanado alhures.

DA INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E DA CELERIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS TRAVADAS ENTRE PARTICULARES

Demonstrada a juridicidade e a adoção da teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio, é necessário, antes de qualquer ilação maior sobre o tema, pontuar que a Constituição Federal da República, por meio do art. 5º, LXXVIII, erigiu como garantia individual a duração razoável do processo e a tramitação célere de processos judiciais e administrativos.

Se conjugado com o princípio da eficiência estatuído no art. 37, caput, da CF, tem-se que as reclamações formuladas extrajudicialmente por consumidores em face dos respectivos fornecedores de bens e serviços estariam, por analogia, sujeitas às regras constitucionais supramencionadas.

Afinal, o poder constituinte derivado consignou expressamente a incidência de tal garantia invariavelmente a processos judiciais e administrativos.

Gilmar Ferreira Mendes¹⁰ assevera que, nada obstante a inovação trazida pela EC 45/04, a garantia de celeridade e de duração razoável do processo já poderia ser derivada a partir do Estado de Direito e do postulado da dignidade da pessoa humana, *ex vi* do art. 1º, III, da Carta Magna, em razão das convenções sobre direitos humanos existentes acerca do tema. Nesse sentido:

A EC n. 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art.

10. MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 500.

5º, LXXVIII). Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva também expende precioso magistério sobre a questão em apreço:

O inciso foi acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004 com a nobre preocupação de garantir maior presteza na tramitação de processos judiciais e administrativos. A garantia à prestação jurisdicional é afirmada no inciso XXXV do mesmo art. 5º, que, embora fonte do direito de acesso à Justiça, não foi capaz de criar condições de tramitação rápida dos processos judiciais. Assegura-se aí, também, o direito a uma duração razoável dos processos administrativos. O termo “processo deve ser tomado no sentido abrangente de todo e qualquer procedimento judicial e administrativo; isso também já está assegurado no art. 37, pois, quando aí se estatui que a eficiência é um dos princípios da Administração Pública, por certo que nisso se inclui a presteza na solução dos interesses pleiteados [...]

Quanto ao princípio da efetividade, a doutrina majoritária o define em dois aspectos: o finalístico e o modal. No que tange ao primeiro aspecto, a efetividade está intrinsecamente relacionada à noção teleológica de jurisdição, qual seja, aos fins de pacificação social, de acesso à justiça, ou, ainda, em análise mais coadunada com a corrente científica mais moderna, de acesso à ordem jurídica justa.

Cuida-se, portanto, dos desdobramentos externos provocados pelo processo, instrumento da Jurisdição responsável pela atuação tanto do direito objetivo – e, assim, da vontade geral do Estado-Juiz em aplicar as normas dispostas pelo ordenamento jurídico – quanto do direito subjetivo – notadamente, na vontade do jurisdicionado de

ver resolvido o conflito de interesses com a emissão de provimento final, sobretudo, justo.

Já no que concerne ao segundo aspecto, efetivo é o processo em que são conjugadas técnicas e meios adequados ao alcance do mister maior da efetividade: a realização do direito material; a entrega do bem da vida ao titular da pretensão assegurada pelo Juízo.

Sendo assim, o processo seria um instrumento da Jurisdição na concretização dos valores tutelados pelo direito substancial. O mestre paulista Cássio Scarpinella Bueno elucida a questão da efetividade, da seguinte forma:

Por [efetividade] deve ser entendida a necessidade de redução do binômio [direito e processo]; trata-se de reconhecer o processo como mero instrumento de e para realização concreta do direito material. É daí que vêm os [procedimentos especiais] ou, mais amplamente, a [tutela diferenciada]. É daí que vem o assento constitucional e de direito positivo para o processualista voltar-se a preocupações que estão fora do processo; para a busca de finalidades que são exteriores ao processo, mormente em um modelo de Estado Social, Democrático e de direito como é o brasileiro. [grifos do autor] (BUENO, 2007, p. 10).

A atenção dispensada ao enfoque externo do processo é nítida em diversas obras consagradas do direito processual civil brasileiro.

Salutar é a preocupação com os resultados práticos, com os efeitos sentidos pelo titular da pretensão procedente, e não apenas com a justiça das decisões que, muitas vezes, a despeito de corretas, sob a ótica da suposta certeza auferida graças à técnica de cognição exauriente, são inúteis em virtude da inércia e da morosidade de todo o aparato judiciário.

Corroborando a opinião acima demonstrada, tem-se a ensinança de Cândido Rangel Dinamarco:

Para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos: v. supra, n. 4; e, de outro, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade do seu produto final. Esses óbices situam-se em quatro [pontos sensíveis], a saber:

[...]

Efetividade das decisões: todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça. (DINAMARCO et alli, 2004, p. 34).

Outra parte da doutrina convencionou denominar o fenômeno da congruência entre o resultado do processo e o bem da vida tutelado pela norma substancial de princípio da máxima coincidência possível.

Nesses termos, jurisdição, por meio do processo – seu veículo, por excelência – deve conceder ao litigante que tem razão exatamente aquilo a que ele faria jus, de acordo com a norma de direito material, sem precisar provocar o Estado-Juiz. O doutrinador baiano Fredie Didier Jr. aborda o tema ao afirmar que:

Também pode ser designado de princípio da máxima coincidência possível. Trata-se de velha máxima chio- vendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material. (DIDIER, 2007, p. 38).

O princípio da efetividade, corolário de vários incisos do art. 5º da Carta Magna, a exemplo do XXXV (princípio da inafastabilidade da jurisdição), XLV (princípio do devido processo legal) e LXXVIII (princípio da celeridade na tramitação) irradia pelo sistema processual brasileiro a concepção estrita de que o provimento jurisdicional deve atender, munido dos meios e técnicas processuais mais adequados, à pretensão do litigante que tem razão, de forma a aproximar, de forma efetiva, a sentença (posta em sentido amplo) da norma de direito substantivo invocada.

Apenas a título de ilustração, o princípio da efetividade pode ser entendido, ainda, como consequência do princípio da economia processual, quando se importa a noção de eficácia de outras Ciências como a Física, a Administração e a Economia, a qual traduz processo efetivo como aquele em que se empregam técnicas e meios que atingem o máximo de eficácia com o mínimo de recursos e energia aplicados. (BEDAQUE, 2006, p. 50).

Esquadrinhada a questão da efetividade e da celeridade processual no plano jurídico interno, passa-se, doravante, à análise do regramento existente sobre o assunto.

DA INEFICIÊNCIA DO REGRAMENTO INFRACONSTITUCIONAL NO QUE CONCERNE AO CONTROLE DOS PRAZOS E DA EFETIVIDADE DURANTE A ANÁLISE DAS RECLAMAÇÕES APRESENTADAS POR CONSUMIDORES EM FACE DOS RESPECTIVOS FORNECEDORES DE BENS E SERVIÇOS

Cumprido esclarecer que os serviços prestados por concessionárias de água e de energia elétrica, por operadores de plano de saúde, por operadoras de telefonia móvel e de internet, bem como por instituições financeiras, embora prestados por particulares, ostentam caráter público, figurando, ainda, como serviços essenciais.

Justo por deterem notável pujança socioeconômica, tais fornecedores não se acham em igualdade com os correlatos usuários de

serviços, daí por que a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais deve ser acertadamente aplicada.

Afinal, os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a celeridade processual e a eficiência, na forma dos arts. 1º, III, 5º, LXXVIII e 37, caput, da CF, devem irradiar sua eficácia no âmbito das reclamações formuladas por consumidores em face de fornecedores que prestam serviço de natureza inegavelmente pública, tudo com suporte na eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais.

Não se olvida o disposto no art. 18, caput e §1º, do CDC, cuja redação assim dispõe:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III – o abatimento proporcional do preço.

Paralelamente, as agências reguladoras – enquanto autarquias especiais – também editaram Resoluções no âmbito de sua atuação, a fim de regulamentar a matéria.

À guisa de exemplo, observe-se o teor do art. 133 da Resolução 414/2010 da ANEEL.

Art. 133. Nos casos em que houver diferença a cobrar ou a devolver, a distribuidora deve informar ao consumidor, por escrito, a respeito dos seguintes elementos:

- I – ocorrência constatada;
- II – memória descritiva dos cálculos do valor apurado referente às diferenças de consumos de energia elétrica e de demandas de potências ativas e reativas excedentes, consoante os critérios fixados nesta Resolução;
- III – elementos de apuração da ocorrência, incluindo as informações da medição fiscalizadora, quando for o caso;
- IV – critérios adotados na compensação do faturamento;
- V – direito de reclamação previsto nos §§ 1o e 3o deste artigo; e
- VI – tarifa(s) utilizada(s).

§ 1º Caso haja discordância em relação à cobrança ou devolução dos respectivos valores, o consumidor pode apresentar reclamação, por escrito, à distribuidora, a ser realizada em até 30 (trinta) dias da notificação. (Redação dada pela REN ANEEL 418, de 23.11.2010)

§ 2º Na hipótese do § 1º, a distribuidora deve comunicar, por escrito, no prazo de 15 (quinze) dias, o resultado da reclamação ao consumidor, incluindo, em caso de indeferimento, informação sobre o direito do consumidor em formular reclamação à ouvidoria da distribuidora com o respectivo telefone, endereço para contato e demais canais de atendimento disponibilizados, observado o disposto no §1º do art. 200. (Redação dada pela REN ANEEL 574, de 20.08.2013).

Por sua vez, os arts. 158 e 188 da sobredita Resolução preveem a criação de indicadores de desempenho – a exemplo da Duração

Equivalente de Reclamação (DER) e da Frequência Equivalente de Reclamação (FER) –, com o intuito de mensurar a qualidade do serviço ofertado.

Em caso de ultrapassagem dos limites anuais estabelecidos para tais indicadores, a entelada Resolução prevê a fiscalização da ANEEL, bem como a aplicação de penalidades ao fornecedor desidioso.

Por sua vez, o art. 197 da Resolução 414/2010 da ANEEL também estipula prazos máximos para solucionar reclamações formuladas pelos usuários. A propósito, veja-se a redação do referido dispositivo:

Art. 197. As informações solicitadas pelo consumidor devem ser prestadas de forma imediata e as reclamações solucionadas em até 5 (cinco) dias úteis a contar da data do protocolo, ressalvadas as condições específicas e os prazos de execução de cada situação, sempre que previstos em normas e regulamentos editados pelo Poder Concedente e pela ANEEL. (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

Parágrafo único. Caso seja necessária a realização de visita técnica à unidade consumidora ou se trate de reclamação referente a danos não elétricos, a distribuidora deve realizar contato com o consumidor, dentro do prazo a que se refere o caput, a fim de justificar e informar o prazo para solução da reclamação, o qual deve ser de no máximo 30 (trinta) dias da data do protocolo. (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012) Parágrafo único. Caso seja necessária a realização de visita técnica à unidade consumidora a distribuidora deve realizar contato com o consumidor, dentro do prazo a que se refere o caput, a fim de justificar e informar o prazo para solução da reclamação, o qual deve ser de no máximo 15 (quinze) dias da data do protocolo. (Redação dada pela REN ANEEL 574, de 20.08.2013).

Em que pese à minuciosa regulamentação da matéria tanto por meio de lei ordinária (in casu, o próprio CDC) quanto por outros atos

normativos subalternos à lei (v.g., a Resolução 414/2010 da ANEEL), tem-se observado o caráter simbólico de tais regramentos, em razão da baixa efetividade de suas cominações.

O que se tem observado ao longo de décadas de exercício da magistratura no âmbito da Justiça Estadual do Amazonas é o crescimento desmedido da judicialização de questões simplórias que, a valer, poderiam e deveriam ser deslindadas administrativamente.

Medições equivocadas por parte de vícios nos contadores de água e de energia elétrica, empréstimos e outras operações bancárias não realizados pelos supostos usuários vitimados por estelionatos, excesso de prazo na aprovação de procedimentos médico-hospitalares cobertos pelo plano de saúde, cobrança de faturas já quitadas pelos consumidores, exigência de valores, por parte de fornecedores, mesmo após o término do contrato havido com o consumidor, enfim, são exemplos de situações assaz corriqueiras que se avolumam nos escaninhos forenses.

Com efeito, embora de fácil desfecho, tais demandas tem abarrotado o Judiciário. Doutro giro, cabe sobrelevar o ímpeto financeiro de tais demandas, cujo alvo é a condenação dos fornecedores ao pagamento de compensação por danos morais.

Aliás, impende assinalar que se revela bastante habitual a condenação de prestadores de serviço ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista não somente o excesso de prazo durante a apreciação da reclamação formulada, como também a ausência de solução para a queixa formulada.

Com efeito, a fiscalização das agências reguladoras e dos demais órgãos incumbidos do supervisionamento do microssistema consumerista, sem prejuízo dos prazos e das penalidades cominadas na legislação de regência, tem se revelado insuficiente e, portanto, ineficaz no que respeita ao alcance dos objetivos estipulados pelo art. 6º do CDC.

CONCLUSÃO

A normatização relativa ao controle dos prazos e da qualidade do serviço desempenhado pelos fornecedores de bens e serviços, conquanto abundante, tem demonstrado um significativo coeficiente de inefetividade, o que pode ser verificado diante do expressivo aumento de demandas judiciais no bojo das quais os usuários pleiteiam a solução de problemas triviais que, em tese, poderiam ser deslindados na esfera administrativa.

De nada vale a alegação de preliminar de carência de ação em contestação, com fulcro na ausência de interesse processual, tendo em vista a ausência de reclamação administrativa movida pelo consumidor, se os fornecedores não obedecem aos prazos máximos para desfecho das queixas que lhe são submetidas nem tratam com a devida equidade os casos que lhe são dirigidos.

Portanto, o Poder Público, mormente por intermédio do estabelecimento de sanções mais drásticas, deve estimular o cumprimento da vasta e minuciosa legislação vigente em matéria consumerista, a fim de elidir o caráter simbólico e retórico ora observado.

Afinal, os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF), da efetividade e celeridade processuais, inclusive em âmbito administrativo, ex vi do art. 5º, LXXVIII, da CF, e o da eficiência (art. 37, caput, da CF), reclamam pronta atuação do Estado, a fim de assegurar a observância das garantias previstas no texto constitucional, a considerar a adoção, por parte do STF, da teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, consoante deflui do RE 201.819/RJ.

Com efeito, acredita-se que a consequência lógica da eficiência do aparato administrativo, inclusive das respectivas ouvidorias instituídas, deve ser a diminuição da judicialização das querelas movidas por consumidores em face dos respectivos fornecedores.

Ao menos, a solução de tais súplicas nos prazos estipulados pela legislação devem ser suficiente, salvo acintoso engano cometido pelo

fornecedor, para afastar sua condenação ao pagamento de danos extrapatrimoniais, em razão do abreviamento da via crucis percorrida por milhares de consumidores diuturnamente em busca do deslinde de suas reclamações.

Isso posto, urge que os fornecedores atentem, com mais rigor e comprometimento, para os prazos dispostos na legislação, bem assim zelem pela equidade durante o tratamento das queixas manifestadas por consumidores, não somente para desafogar o Judiciário, como também para elidir sua condenação ao pagamento de compensação pecuniária resultante do cometimento de dano de caráter extrapatrimonial.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2. Edição. Lisboa: Livraria Almedina, 2001.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*. V. 1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Palestra proferida no II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais*, realizado em Fortaleza-Ce, de 03 a 05 de abril de 2008.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

- _____. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra: 2007.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. et al. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira et alii. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. edição. São Paulo: Atlas. 2011.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. rev. e atual. até a E.C. nº 39/02. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

IX

Mandado de injunção – análises teóricas e jurisprudenciais

Writ of injunctio – theoretical and jurisprudential analysis

*Thaís Xavier Ferreira da Costa**

*Ronaldo Chadid***

RESUMO: A presente pesquisa tem por objeto investigar o Mandado de Injunção no ordenamento jurídico pátrio, buscando, a partir de uma revisitação em suas bases teóricas

(*) Auditora Estadual de Controle Externo no TCMS; Doutoranda em Direito Constitucional (Fadisp); Mestre em Ciências Jurídicas (Unicesumar); Especialista em Direito do Estado e das Relações Sociais (UCDB).

(**) Graduado em Direito (PUC/PR); Especialista em Direito Administrativo (PUC/SP); Especialista em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Nacional de Pós-Graduação/UCDB. Possui MBA em Gestão Pública pela Uninter de Curitiba/PR; Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca/SP; Doutor em Função Social do Direito pela FADISP/SP e Pós-Doutor em Direito – Especialidade Ciências Histórico-Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Foi Advogado; Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná; Promotor de Justiça/MPE/MS; Professor de Direito Administrativo; Coordenador de Cursos de Graduação e Pós Graduação de Direito; e Procurador do Ministério Público de Contas. Atualmente é Conselheiro e Corregedor do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul; Presidente da Academia Sul Mato-grossense de Direito Público; Membro Correspondente da Academia Paulista de Letras Jurídicas; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Financeiro; Diretor da Sociedade Paulista de Direito Financeiro e Diretor da Sociedad Hispano Brasileña de Derecho Comparado.

elementares perceber a evolução desse remédio constitucional, especialmente após a edição da Lei n. 13.300/2016. Partindo de premissas passíveis de concluir seus requisitos legais e conhecer a sua regulamentação constitucional e infra legal, o trabalho buscará na jurisprudência conclusões sobre o papel do Mandado de Injunção para concreção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania. O método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico exploratório, pautado em doutrinas e artigos de relevância científica acerca da matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Mandado de Injunção. Teoria. Concreção de direitos.

ABSTRACT: This research aims to investigate the Writ of Injunction in the Brazilian legal system, seeking, from a review of its elementary theoretical bases, to understand the evolution of this constitutional remedy, especially after the enactment of Law n. 13.300/2016. Based on premises capable of concluding its legal requirements and knowing its constitutional regulation and legal infra, the work will seek in the jurisprudence conclusions about the role of the Writ of Injunction for the realization of constitutional rights and freedoms and the prerogatives inherent to nationality, sovereignty, and to citizenship. The research method used was the exploratory bibliographic, based on doctrines and articles of scientific relevance on the subject.

KEYWORDS: Injunction Order. Theory. Realization of rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do mandado de injunção; 2.1. Origem, conceito e objeto; 2.2. Legitimidade e competência; 2.3. Procedimento, julgamento e recursos; 2.4. Mandado de injunção coletivo; 2.5. Mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 3. A jurisprudência e o papel do mandado de injunção no ordenamento jurídico pátrio; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a consolidação do estado do bem estar social, a Administração Pública

tornou-se protagonista na concreção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, que expressam valores sociais, de liberdade e de fraternidade.

Como meio de garantia de que tais direitos fossem concretizados, particularmente quanto àqueles contidos em normas constitucionais de eficácia limitada, o constituinte trouxe a previsão do Mandado de Injunção, que visa suprir lacuna técnica, quando a falta de norma regulamentadora obstaculizar a fruição de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania.

Delimita-se a presente pesquisa aos aspectos teóricos basilares desse remédio constitucional e a sua evolução na jurisprudência, buscando-se a partir daí, conclusões acerca do seu papel na concreção dos direitos que compõem o seu objeto. Justifica-se e destaca-se a relevância do presente tema na importância em cumprir os direitos delineados no texto constitucional, já que o é amplamente discutido por estudos científicos a crise da constituição dirigente.

O objetivo geral da pesquisa é revisitar a teoria acerca do Mandado de Injunção e destacar, especialmente a partir da evolução jurisprudencial, suas particularidades e seu papel na concreção de direitos no ordenamento jurídico pátrio. Para alcance do objetivo proposto, almeja-se especificamente, conhecer seu conceito e objeto, estudar legitimidade para impetração e competência para processar e julgar esse remédio constitucional, verificar aspectos importantes da Lei n. 13.300/2016, pesquisar sobre natureza jurídica da decisão proferida em sede de Mandado de Injunção e os recursos cabíveis, analisar particularidades do Mandado de Injunção coletivo e apresentar julgados para entender o seu papel no cenário jurídico hodiernamente.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica exploratória, pautada em doutrinas e trabalhos de relevância científica, quanto à abordagem adotou-se o método dedutivo, partindo de premissas teóricas passíveis de concluir os aspectos de maior importância desse remédio constitucional. Busca-se por meio do estudo de julgados,

empreender um pouco da realidade empírica do Mandado de Injunção no ordenamento jurídico pátrio.

1. A CF/88 – DISCUSSÕES ACERCA DA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A constituição é concebida doutrinariamente como um texto que regula uma ordem histórica e concreta, e seu conceito, segundo JJ Canotilho, só pode ser obtido a partir de sua inserção e função na realidade histórica. É o texto constitucional que vai estabelecer os pressupostos de criação, vigência e execução do ordenamento jurídico e conformar o seu conteúdo.¹

Sendo a CF/88 uma constituição dirigente, que estabelece por meio de suas normas programáticas fins e programas de ação futura com o escopo de garantir melhoria de condições sociais e econômicas da população, emerge a discussão acerca de sua efetividade, como explica Paulo Bonavides² ao abordar a crise constitucional do objeto:

Nos países subdesenvolvidos o Direito Constitucional tem visto sua eficácia retrograda, mostrando-se impotente para fechar o fosso entre as regras formais e a realidade das situações, dos comportamentos e das formas concretas de exercício de poder.

[...] tendo por eixo a questão social – o campo de batalha onde os interesses e as ideologias se defrontam, sem que o Estado, por decorrência da natureza da mesma, possa prover a Constituição dos meios materiais com que executar e concretizar determinados mandamentos e prescrições. Isso ocorre toda vez que as exigências

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, reim., Coimbra, Livraria Almedina, 1994, p. 75-76

2. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 193-195..

programáticas das prestações sociais acabam por exceder a capacidade dos recursos disponíveis, fazendo inadimplente o Estado intervencionista e levantando o espectro da ingovernabilidade da Nação.

A eficácia é aferida no sentido jurídico (capacidade de produzir efeitos jurídicos regulando situações ou comportamentos) e social (conformidade normativa com a realidade). Ingo Wolfgang Sarlet³ destaca que a preocupação com um adequado manejo do problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais está atrelado com sua efetividade:

A efetividade das normas constitucionais diz respeito, portanto, à pretensão de máxima realização, no plano da vida real, do programa normativo abstratamente estabelecido (embora tal programa seja ele próprio fruto de uma articulação com o mundo dos fatos, da economia, dos movimentos sociais, etc.), em outras palavras, como também pontua Luís Roberto Barroso⁴, ao processo de migração do “dever ser” normativo para o plano do “ser” da realidade social.

O alcance normativo na realidade dos fatos depende, portanto, de fatores internos (inseridos na própria constituição – garantias, instrumentos e interpretação constitucional) e externos (alheios à constituição – dinâmica social, econômica e os impulsos políticos). Dessarte, quanto a este último quesito, destaca-se que:

-
3. SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 199
 4. Ao abordar os efeitos das normas programáticas, defende o autor que: “*Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com ela incompatíveis.*” In BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3.ed. São Paulo: Ed. Renovar, 1996, p. 117

Uma sociedade fragilizada, com uma economia dependente e em crise, dificilmente assegura os pressupostos para que os direitos sociais previstos no texto constitucional tenham eficácia e efetividade em termos sequer próximos dos ideais. Estruturas sociais conservadoras podem obstaculizar a concretização de imposições constitucionais e mesmo de direitos fundamentais. Da mesma forma, atores sociais e políticos (incluindo aqui os agentes do Poder Judiciário como agentes políticos) comprometidos e capacitados para transformar a vontade em realidade são indispensáveis.⁵

Diante do distanciamento entre o conteúdo inserido no texto constitucional e a realidade social do país, variadas teorias buscam discutir e avançar em soluções. Insere-se nesse cenário, a teoria do direito reflexivo, cujo pressuposto teórico pauta-se na incapacidade do Estado em regular a complexidade da sociedade contemporânea, encontrando solução nos princípios da responsabilidade social e da consciência global. Ou seja, sociedade e Estado deveriam se autorregular, e os vários sistemas agiriam coordenados, como sintetiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *“substituindo o dirigismo estatal pela consensualidade, avivando o sentido de identidade e de responsabilidade da sociedade civil, e sobretudo, a sua sensibilidade moral, indispensável à sólida fundamentação de uma teoria da justiça.*⁶

Verifica-se que, sendo o texto constitucional a premissa teórica material para o desenvolvimento da política pública concretizadora de determinado direito social, sua realização passa a depender de um ato político, de forma que a teoria em comento retira a responsabilidade estatal (estruturada pela própria constituição) pela responsabilização da sociedade civil, em evidente descaracterização do Estado Social,

5. *Ibidem*, p. 200.

6. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios institucionais brasileiros. In MARTINS, Ives Gandra (org). *Desafios do século XXI*, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 195.

retomando as bases do Estado Liberal, a partir da não intervenção estatal. No mesmo sentido entende Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷, que ao criticar a natureza do texto constitucional, defende a estrutura de um Estado Mínimo, que deve limitar-se a ser o fiscalizador e incentivador da iniciativa privada, e não o responsável pela realização de políticas públicas.

É fato, no entanto, que as estruturas do estado social (realidade do nosso texto constitucional) não coadunam com as premissas do liberalismo, cabendo ao Estado o protagonismo da realização de políticas públicas e consequente concretização de direitos fundamentais. As crises destacadas entre a previsão constitucional e a realidade podem ser aferidas de diferentes ângulos e com desdobramentos distintos no meio jurídico e social. Dentre a gama de soluções para buscar a efetivação do texto constitucional, o presente estudo pesquisará especificamente o Mandado de Injunção, que por determinação do constituinte é a remédio constitucional para agir no caso de ausência de regulamentação que impeça a fruição de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania.

2. DO MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1. Origem, conceito e objeto

Não há consenso doutrinário acerca da origem desse remédio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. José Afonso da Silva afirmou ser de inspiração do direito norte americano e, posteriormente, do direito inglês. Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Hely Lopes Meirelles entendem que o alcance e a aplicação no direito alienígena é muito diferente do que ocorre no Brasil, de onde se conclui,

7. FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (In)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.21 a 38

sob tal perspectiva, que não há no direito comparado modelo como o nosso, de forma que seria uma medida inaugurada com a CF/88, com características próprias.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁸, trata-se o Mandado de Injunção do

[...] *“meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania”.*

Tem-se por objeto, portanto, a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes.

Destarte, tem-se como pressuposto de cabimento a injustificada omissão do Poder Público em editar normas regulamentadoras que concedam efetividade às normas constitucionais não auto executáveis (eficácia limitada). Caracteriza-se a omissão legislativa, portanto, quando não se cumpre aquilo que está constitucionalmente obrigado a fazer. A omissão, nos termos da Lei n.13.300/2016, pode ser total (inexistência de qualquer norma regulamentadora) ou parcial (quando o diploma normativo editado não for suficiente para viabilizar o efetivo gozo da liberdade pública por ele regulamentada).

No que concerne à caracterização da mora legislativa, quando o texto constitucional fixa o prazo para publicação da norma regulamentadora, a omissão sucede no momento em que passar o lapso temporal estabelecido. Nos demais casos, identifica-se pela realização de um juízo de razoabilidade, aplicável em relação a cada caso concreto.

8. MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 328.

É importante destacar que Omissões legislativas decorrentes de Tratados Internacionais, dos quais seja o Brasil signatário, que versem sobre Direitos Humanos, podem ser objeto de Mandado de Injunção, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no MI4733/DF⁹:

Como já se indicou no entanto, não apenas a Constituição prevê e contém mecanismo de proteção proporcional, mas também os próprios ratados internacionais de que a República brasileira é parte. A interpretação dos comandos desses tratados complementam, portanto, o sentido do próprio texto constitucional. Assim, a leitura do disposto no art. 5º, XLI, da CRFB deve ser feita, por força de expressa previsão constitucional (art. 5º, § 2º, da CRFB), de modo consentâneo com o que estabelece

-
9. EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.js?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em 24.11.2021.

a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial em seu art. 4º (...).

No que diz respeito à norma regulamentadora, a compreensão deve ser no sentido *lato*, ou seja, entende-se que o Mandado de Injunção é cabível quando a ausência de qualquer norma regulamentadora (primária ou secundária), obstaculizar a fruição de um direito, como bem explica Paulo Roberto de Figueiredo Dantas¹⁰:

Por norma regulamentadora devemos entender não só as normas legais, como também as normas infralegais (que regulamentam os diplomas infraconstitucionais, conferindo-lhes aplicabilidade), que deveriam ter sido editadas, mas não o foram, por órgãos e agentes pertencentes aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas respectivas entidades da Administração Pública indireta.

Do que fora exposto, denota-se que não cabe Mandado de Injunção quando estivermos diante de normas auto executáveis, uma vez que já estão aptas a produzir os efeitos pretendidos pelo constituinte; quando se pretende alterar lei ou ato existente, sob o fundamento de incompatibilidade com o texto constitucional; para se exigir certa interpretação para a legislação infraconstitucional já existente; ou a partir do momento em que o Poder Público tiver editado (promulgado) norma regulamentadora, uma vez que não haverá mais omissão. Importante lembrar que a existência do projeto de lei não é suficiente para afastar a mora legislativa.

2.2. Legitimidade e competência

Poderá ser sujeito ativo qualquer pessoa, natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, que se veja impedida de exercer direitos e liberdades constitucionais, e também as prerrogativas inerentes à

10. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 411

nacionalidade, soberania e cidadania (Art. 3º da Lei n. 13.300/2016). É permitido litisconsórcio ativo facultativo, até o despacho da petição inicial, por força da aplicação subsidiária da Lei do Mandado de Segurança, expressamente previsto no artigo 14 da Lei do MI.

Quanto à legitimidade passiva, nos termos da lei, somente cabe aos órgãos, autoridades e poderes públicos, que tinham o dever de editar a norma necessária ao exercício dos direitos constitucionais e não o fizeram.

Compete *originariamente* ao STF o julgamento do MI quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do TCU, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio STF (CF/88, art. 102, inciso I, “q”). Cabe também ao STF em Recurso Ordinário julgar Mandado de Injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (CF/88, art. 102, inciso II, “a”).

Ao STJ, por sua vez, compete *originariamente* processar e julgar MI quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração Direta ou Indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (CF/88, art. 105, I, “h”).

Remanesce competência para os demais Tribunais e juízos federais ou estaduais na forma que a lei pertinente vier a dispor, de forma que os Estados-membros poderão instituir, em suas constituições estaduais regras que estabeleçam competências jurisdicionais, para processar e julgar o Mandado de Injunção. A grande maioria deles, concentraram a competência do juízo de segundo grau, com exceção dos Estados do Amapá, de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, que conferiram competências para os juízos de primeiro e segundo grau.

Conclui-se, portanto que as regras de competência serão definidas em função do órgão ou autoridade a quem caiba a edição do diploma legal regulamentador.

2.3. Procedimento, julgamento e recursos

O procedimento pertinente ao Mandado de Injunção está disciplinado pela Lei n. 13.300/2016, com aplicação subsidiária do CPC e da Lei do Mandado de Segurança, nos casos de lacunas normativas. Destarte, deve a petição inicial obedecer os requisitos previstos nos artigos 319 e 320 do CPC. Recebida a inicial, será ordenada: a notificação do impetrado para prestar informações no prazo de 10 dias; e a ciência do ajuizamento da ação ao órgão representado para que, querendo, ingresse no feito.

A lei traz importante previsão em matéria probatória, pois quando o documento necessário à prova encontrar-se em repartição pública, em poder de autoridade ou terceiro, havendo recusa em fornecê-lo, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição no prazo de 10 dias.

O Ministério Público deverá opinar no feito na qualidade de fiscal da lei, no prazo improrrogável de 10 dias. Com ou sem parecer do *parquet*, os autos serão conclusos para decisão.

Destaca-se oportunamente, algumas peculiaridade do Mandado de Injunção por força da aplicação subsidiária do CPC e da Lei do Mandado de Segurança, quer sejam, a não condenação em honorários advocatícios (artigo 25 da Lei n. 12.016/2009 – a Lei ressalva, contudo, a possibilidade de aplicação de sanções no caso de litigância de má fé); não ocorrência dos efeitos da revelia no caso de não apresentação ou apresentação intempestiva das informações por parte da autoridade impetrada não gera os efeitos da revelia; e a denegação da injunção nos casos em que o juiz julgar extinto o processo sem julgamento de mérito (art. 485 do CPC).

No que diz respeito à possibilidade de aplicação de medida cautelar em Mandado de Injunção, inexistente na Lei n. 13.300/2016 tal previsão. Não obstante a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei do Mandado de Segurança, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da regulamentação normativa do Mandado de Injunção, já assentou entendimento de que não cabe edição de medida cautelar para o remédio constitucional em questão.

O julgamento encontra-se disciplinado no artigo 8º da Lei n. Artigo 8 da Lei do 13.300/2016 e consiste na determinação ao órgão competente (legislativo, executivo ou judiciário) para que expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente dessa normatividade. Deverá o judiciário ordenar à autoridade impetrada para que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo razoável. Nos termos do artigo 9º, a decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*, produzindo efeitos até o advento da norma regulamentadora. Para corrente *não concretista*, a natureza é meramente declaratória. Para corrente *concretista* a natureza é não apenas declaratória, mas também constitutiva, já que pode viabilizar o exercício do direito ou garantia até que sobrevenha norma regulamentadora.

Em pertinente análise acerca das disposições normativas pertinente ao alcance da decisão, Uadi Lammêgo Bulos¹¹ evidencia os três tipos distintos de efeitos, por ela admitidos, para que se preste a melhor providência jurisdicional. São eles a eficácia *inter partes* (art. 9º, caput), admitindo efeitos subjetivos, limitados às partes; a eficácia *erga omnes* (art. 9º, §1º e 2º), quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade, ou prerrogativa objeto da impetração; e eficácia prospectiva (art. 11), podendo os efeitos da decisão ser estendidos ao futuro, em casos análogos.

Do indeferimento da petição inicial, caso tenha decidido por um juiz de primeiro grau, caberá Apelação, no prazo de 15 dias. Caso a competência para processamento e julgamento do MI caiba originariamente a um tribunal, caberá Agravo Interno ou Regimental de decisão do relator que o indeferir no prazo de 5 dias, dirigido ao órgão competente a que ele pertença (art. 6º, parágrafo único da Lei n. 13.300/2016).

Na eventualidade de denegação do mandado de injunção de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, cabe recurso

11. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 805.

ordinário para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da CF/88.

O acórdão concessivo de mandado de injunção originário do Superior Tribunal de Justiça enseja recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 102, inciso III, da CF/88.

À vista do § 5º do artigo 1.003 do Código de Processo Civil de 2015, os recursos ordinário, extraordinário e especial devem ser interpostos no prazo de quinze dias. Por fim, vale registrar que todos os acórdãos acima estudados também são impugnáveis mediante embargos de declaração, nos casos e no prazo previstos 1.022 e 1.023 do Código de Processo Civil de 2015.

O artigo 10 da Lei n. 13.300/2016, dispõe sobre um novo instituto jurídico-processual: a ação de revisão. Transitada em julgado a decisão concessiva ou denegatória do mandado de injunção proferida no processo, é admissível o ajuizamento de ação de revisão, *“a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”*. A ação deve ser proposta no mesmo juízo ou tribunal no qual se deu o julgamento do processo de mandado de injunção, por meio da decisão a ser revista, gerando efeitos *ex nunc*.

Importa ressaltar que a decisão de mérito transitada em julgado proferida no processo injuncional também pode ser alvo de ação rescisória, nos casos e no prazo previstos nos artigos 966 e 975 do CPC, porque tais institutos – da ação de revisão e da ação rescisória – não se confundem.

2.4. Do Mandado de Injunção Coletivo

Encontra-se disciplinados nos artigos 12 e 13 da Lei n. 13.300/2016 e visa a proteção jurídica de coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria, na categoria, na busca da concretização de direitos constitucionais carentes de regulamentação. É admissível o acionamento em prol de parcela de grupo, classe ou categoria.

Pode ser acionado pelos substitutos processuais arrolados no artigo 12¹², em nome próprio, mas em favor de outras pessoas que serão beneficiárias da impetração e da eventual concessão do *writ*.

Quanto ao alcance da decisão concessiva, é importante destacar que ela beneficia inicialmente as pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, mas pode ser conferida eficácia *ultra partes* e até mesmo *erga omnes*, no momento do julgamento do *writ*. E mais, os efeitos da decisão concessiva também podem ser estendidos aos casos análogos, por força de decisão posterior exarada no mesmo processo.

É possível o acionamento de mandado de injunção individual por um ou mais interessados, hipótese em que os impetrantes individuais só serão beneficiários da eventual concessão coletiva se requererem a desistência das ações individuais no prazo de trinta dias do conhecimento formal do processo coletivo.

Não há diferença procedimental entre o mandado de injunção individual e o coletivo; ambos são impetrados, processados e julgados à luz dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 14 da Lei n. 13.300/2016.

12. Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

- I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
- II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
- III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
- IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

2. 5. Mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

É notório que ambos institutos têm por finalidade precípua a declaração da mora estatal na regulamentação de dispositivo constitucional de eficácia limitada ou reduzida, entretanto, é importante destacar a diferença entre eles para que não se gere confusão.

A primeira diferença diz respeito à legitimação ativa, pois enquanto toda e qualquer pessoa pode impetrar Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão só pode ser ajuizada pelos legitimados ativos arrolados no artigo 103 da CF/88.

Ademais, trata-se a ADO de espécie de controle concentrado de constitucionalidade, e tem natureza apenas declaratória, tanto de mora legislativa quanto de inércia administrativa, mas não há o suprimento da omissão estatal por parte do Poder Judiciário.

Já o Mandado de Injunção integra o controle difuso e é admissível para a declaração da mora legislativa na regulamentação de dispositivo constitucional, mas há o suprimento da omissão mediante a prolação de comando judiciário normativo específico para a hipótese sob julgamento, com eficácia até o advento da lei ou do ato normativo regulamentar geral e abstrato. Traçando um breve paralelo, porém estabelecendo as devidas distinções, entre mandado de injunção e ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o Ministro Carlos Velloso¹³, assevera que:

No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-a eficaz e exercitável (CF, art. 5º, LXX).

13. Voto Ministro Carlos Velloso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Injunção n. 107. Relator: Moreira Alves. Publicado no DJ, 02 de ago. 1991.

No que diz respeito à competência para processar e julgar, no caso do ADO originária do STF ou de Tribunal de Justiça. Já o MI pode ser da competência originária do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça, bem como da competência de juízos estaduais de primeiro grau de jurisdição.

Por fim, o objeto do Mandado de Injunção é restrito a omissão legislativa em caso direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, enquanto ADO é para *qualquer tipo de omissão constitucional*.

3. A JURISPRUDÊNCIA E O PAPEL NO MANDADO DE INJUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Nascido em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, e regulamentado em 2016, com a edição da Lei n. 13.300, o Mandado de Injunção apresentou-se de início como um meio declaratório da mora legislativa¹⁴ até o momento em que as decisões do Supremo Tribunal Federal romperam com a linha conservadora e passaram a atribuir maior efetividade ao comando decisório. Nesse sentido, destaca Gilmar Ferreira Mendes¹⁵:

14. MI 107 126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 107-3-DF. Rel. Min. Moreira Alves. DJU de 21.09.1990.

Conforme depreende-se da conclusão do relator: transcrita a conclusão do voto proferido pelo Min. Relator: (...) Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia, ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103,§2º, da Carta Magna).

15. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1450/1451.

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao Mandado de Injunção. As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e admissão de uma solução “normativa” para uma decisão judicial. Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum. em outro precedente relevante, considerou que a falta de lei não impedia que entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida.

Sobre o julgado comenta Eduardo Alves de Oliveira:¹⁶

E, avançando na formação da jurisprudência afinada com o novo Estado – de Bem-Estar Social – e do constitucionalismo contemporâneo – garante dos direitos e liberdades fundamentais –, a Corte Constitucional além de reconhecer a mora do legislador infraconstitucional, fixou o prazo de 60 (sessenta) dias para a supressão da lacuna e, caso não suprida, garantiu ao impetrante o seu direito à indenização pelas vias ordinárias, a ser fixada diante o caso concreto. Enfim, a Corte Suprema avançou para permitir a concretização do direito constitucionalmente previsto, mesmo sem a lei regulamentadora.

16. OLIVEIRA, Eduardo Alvares de. Os direitos fundamentais de segunda dimensão no Estado Constitucional Democrático e a jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 18, n. 48, p. página inicial - página final, jan./ mar. 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10506/17271>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Na sequência dessa linha evolutiva, traz-se à baila a explicação de Vanice Lírio do Valle¹⁷:

É nos acórdãos paradigmáticos proferidos nos MIsn^{os} 670, 708 e 712 que se enuncia de forma mais detalhada, os termos em que se tinha por superada a já citada jurisprudência mais conservadora da Corte. A conclusão se construiu no sentido da afirmação da viabilidade do apontamento do critério jurídico de solução pelo Judiciário; com o que se empreendeu a proclamação da aplicabilidade à hipótese do instrumento legislativo disciplinador da greve na iniciativa privada – Lei n^o 7.783/8912 – admitindo-se ainda uma atuação complementar do Judiciário fixando-se regime mais severo à paralisação se assim o reclamarem as circunstâncias do caso concreto, tendo em conta a necessária incidência do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Sobre a repercussão e importância dos julgados proferidos nos MI acima indicados, comenta Renato Bulbarelli Valentini¹⁸

Após os entendimentos firmados na ocasião, permitiu-se que o MI abandonasse o ostracismo que lhe destinava ao infrutífero monólogo proferido ao Congresso. A partir de então, pode-se vislumbrar um horizonte de efetiva proteção jurisdicional, e de maior consolidação constitucional por parte dos próprios destinatários desse conjunto normativo. Principalmente, como bem sublinha Rodrigo

17. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*, ano 24, n. 51, p. página inicial-página final, jan./ mar. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/92/692>. Acesso em: 30 nov. 2021.

18. VALENTINI, Renato Bulbarelli. Aplicação e interpretação do mandado de injunção: como atestar sua capacidade de proteção constitucional. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, ano 6, n. 7, p. página inicial-página final, jul./ dez. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/168/41865/90775>. Acesso em: 1 dez. 2021.

Mazzei, pela atribuição, pelos Ministros presentes, de eficácia *erga omnes* à decisão, em absoluta coerência em relação a natureza do direito pleiteado, abrangível a todos os servidores públicos. O que se percebe, portanto, por meio da análise de tais julgados, é que não foi apenas a concepção concretista a adotada, mas, especificamente, a concretista geral, devido à amplitude concedida a seus efeitos.

Em relação às críticas de ofensa à separação dos poderes, elucidou em seu voto o Ministro Celso de Mello¹⁹:

Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injeção revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional. Precedentes. [...] (RTJ 183/818-819, REL. MIN. CELSO DE MELLO, Pleno) Nem se diga que o Supremo Tribunal Federal, ao colmatar uma evidente (e lesiva) omissão inconstitucional do aparelho de Estado estar-se-ia transformando em anômalo legislador. É que, ao suprir lacunas normativa provocadas por injustificável inércia do Estado, esta Suprema Corte nada mais faz senão desempenhar o papel que lhe foi outorgado pela própria Constituição da República, valendo-se, para tanto, de instrumento que, concebido pela Assembléia Nacional Constituinte, foi por ela instituído com a precípua finalidade de impedir que a inércia governamental, como a que se registra no caso ora em exame, culminasse por degradar a autoridade e a supremacia da Lei Fundamental.

19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 1.967. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 100, p. 8.

Em outro importante julgado, o Supremo reconheceu em sede de Embargos de Declaração²⁰, que não haveria perda de objeto com a superveniência de norma regulamentadora quando verificado que o vácuo legislativo não normativo não foi solucionado com a edição de norma regulamentadora. É oportuno destacar que com o advento da Lei 13.300/2016, estabeleceu que a norma superveniente opera efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, ressaltando a situação em que a norma editada for mais favorável.

Como visto, ao longo desses 28 anos, foi notável a evolução do instituto a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passou a enfrentar a questão da efetividade das decisões, saindo de comandos declaratórios para constitutivos. É certo que a edição da Lei n. 13.300/2016 regulamentou e trouxe mecanismos de conferir concreção às decisões emanadas em sede Mandado de Injunção para os direitos por ele tutelados, cabendo aos nossos tribunais em cuidar para que no caso concreto cumpram-se os direitos estabelecidos pela CF/88.

A superação de problemas sociais e políticos têm sido o novo enfrentamento das nossas cortes em matéria de Mandado de Injunção, a exemplo do MI 4733, em que se julgou o repercutido caso da criminalização da homofobia. Conforme depreende-se do julgado, o entendimento foi no sentido de

20. Embargos de Declaração nos mandados de injunção n. 943, 1.010, 1.074 e 1.090. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. 3. Advento da Lei. 12.506/ 2011 no curso do julgamento. 4. Aplicação de parâmetros similares ao da referida lei. 5. Alegação de omissão quanto ao pedido de exclusão da embargante, Companhia Vale do Rio Doce, do polo passivos dos writs. 6. Argumentação de perda superveniente do objeto das impetrações em razão do advento da norma regulamentadora. Rejeição da tese pelo Plenário, que decidiu dar continuidade no julgamento dos MI impetrados antes da publicação da Lei n. 12.506/2011. 7. Embargos parcialmente acolhidos (ED 943, 1.010, 1.074 e 1.090), apenas para reconhecer a legitimidade passiva da Companhia do Vale do Rio Doce, todavia, manter no feito na qualidade de interessada. Embargos de Declaração dos impetrantes nos MI 1.010 e 1.074 rejeitados) MI 943-ED, rel Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. em 27-2-2014, DJe de 23-6-2014.

[...] “aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 afim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero”.

Destarte, com a disponibilização das ferramentas capazes de empreender coerência e efetividade às decisões preferidas em mandado injuncional, fica o desafio para os nossos julgadores reconhecer os direitos subjetivos, a partir do texto constitucional, bem como dos Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, e superar na análise fática de cada caso, os entraves criados por pressão social, política ou ideológica, para alcançar a tão almejada efetividade dos direitos estabelecidos na CF/88, como forma de garantia da dignidade da pessoa humana.

4. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais estabelecidos na CF/88 são fruto de séculos de conquistas e avanços da humanidade, e estando sob a égide de uma constituição dirigente, que coloca o Estado como protagonista e articulador das políticas públicas, o grande desafio atual é fazer cumprir tais direitos. É tirá-los da previsão estanque e colocá-los em movimento para o cidadão e a sociedade como um todo.

As lacunas detectadas como elementos que coíbem ou dificultem a efetividade dos direitos fundamentais são das mais variadas ordens, desde orçamentária, financeira, perpassando por problemas ligados à política e à técnica, e envolvendo todos os poderes. Tratou-se na oportunidade, da lacuna técnica e legislativa, que obstaculiza a fruição de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, cuja responsabilidade deve ser atribuída ao poder ou órgão que tinha o dever de editar norma regulamentadora.

O Mandado de Injunção, regulamentado em 2016 com a edição da Lei n. 13.300/2016, inaugurou em nosso ordenamento jurídico pátrio um mecanismo que garante o exercício de um direito constitucional que depende de regulamentação (para a chamada norma constitucional de eficácia limitada) representando um importante avanço.

É de se ressaltar, na oportunidade, o papel da orientação jurisprudencial nos 28 anos em que se enfrentou a matéria sem norma regulamentadora. Iniciando em uma linha conservadora com comando decisório meramente declaratório da mora legislativa, nossos tribunais evoluíram para garantia de efetivação dos direitos, passando a emanar decisões de natureza constitutiva.

Hodiernamente, verifica-se que, com os mecanismos de efetividade das decisões proferidas em sede de Mandado de Injunção plenamente estabelecidos, o grande desafio é reconhecer a necessidade de regulamentação de direitos abafados por décadas de opressão social, política, e ideológica, fruto de um legado patriarcal que por séculos imperou em nosso país. Não é demais lembrar que a tão propalada, mas tão pouco conhecida isonomia, vem ganhando novos contornos e, juntamente com a dignidade da pessoa humana, e com incorporação de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, vêm desenhando um novo cenário para a análise da necessidade de regulamentação dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3.ed. São Paulo: Ed. Renovar, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BULOS, UadiLammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, reim., Coimbra, Livraria Almedina, 1994.

- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (In)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes, WALD, Arnold, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios institucionais brasileiros. In MARTINS, Ives Gandra (org). *Desafios do século XXI*, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.
- OLIVEIRA, Eduardo Alvares de. Os direitos fundamentais de segunda dimensão no Estado Constitucional Democrático e a jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 18, n. 48, p. página inicial-página final, jan./ mar. 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10506/17271>. Acesso em: 30 nov. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- VALENTINI, Renato Bulbarelli. Aplicação e interpretação do mandado de injunção: como atestar sua capacidade de proteção constitucional. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, ano 6, n. 7, p. página inicial-página final, jul./ dez. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/168/41865/90775>. Acesso em: 1 dez. 2021.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*, ano 24, n. 51, p. página inicial-página final, jan./ mar. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/92/692>. Acesso em: 30 nov. 2021.

X

Técnicas de decisões intermediárias constitucionais: a superação do “legislador negativo” e a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal

Techniques of constitutional intermediate decisions: the overcoming of the “negative legislator” and the creative performance of the Federal Supreme Court

*Yuri Caminha Jorge**

*Igor Caminha Jorge***

RESUMO: No Brasil, em regra, a lei considerada inconstitucional é nula independentemente da manifestação do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que existem situações em que o Tribunal, ao julgar o caso, reconhece a inconstitucionalidade

(*) Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhangueira-Uninerp – LFG. Bacharel em Direito Universidade Federal do Amazonas. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ/AM). E-mail: yuri.jorge@tjam.jus.br

(**) Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhangueira-Uninerp – LFG. Bacharel em Direito Universidade Federal do Amazonas. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ/AM). E-mail: igor.caminha@tjam.jus.br

de uma lei, mas percebe que extirpá-la do ordenamento jurídico, muitas vezes, pode causar prejuízos ainda maiores do que se permitir que a norma produza efeitos. Surge, então, a necessidade de se modular os efeitos da decisão, bem como de se adotar técnicas diversas do dicotômico reconhecimento constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma. As decisões tomadas com bases nessas técnicas, por vezes, sofrem críticas por supostamente quebrarem a separação de poderes, fazendo com que o Poder Judiciário atue como um legislador positivo. Por tais motivos, buscou-se demonstrar os tipos de decisões intermediárias e verificar se há, de fato, interferência ilegítima do Poder Judiciário no Poder Legislativo, trazendo-se os diversos pontos das correntes antagônicas.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; sentenças; decisões; intermediárias.

ABSTRACT: In Brazil, in general, the law considered unconstitutional is void regardless of the opinion of the Supreme Court. However, there are situations in which the Court, when ruling the case, recognizes the unconstitutionality of a law, but realizes that removing it from the legal system can often cause even greater damage than allowing the rule to produce its effects. Thus, there is a need to modulate the effects of the decision, as well as to adopt different techniques from the dichotomous recognition of the constitutionality/unconstitutionality of the rule. Decisions taken based on these techniques are sometimes criticized for, allegedly, breaking the separation of powers, making the Judiciary Power act as a positive legislator. For these reasons, we sought to demonstrate the types of intermediate decisions and verify whether there is, in fact, illegitimate interference by the Judiciary in the Legislative Power, bringing up the various points of antagonistic currents.

KEY WORDS: Constitutional review; rules; decisions; intermediate.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sentenças intermediárias: 1.1. Decisões interpretativas; 1.1.1. Interpretação conforme a Constituição; 1.1.2. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; 1.1.3. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; 1.1.4. Inconstitucionalidade por omissão; 1.1.5. Declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a

inconstitucionalidade; 1.2. Decisões manipulativas; 1.2.1. Sentenças aditivas; 1.2.2. Sentenças substitutivas; 2. Críticas quanto à adoção das sentenças intermediárias; 2.1. Violação ao princípio democrático; 2.2. Violação à separação dos poderes; considerações finais; referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

No modelo austríaco do controle de constitucionalidade, a declaração da inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos gerais e provoca a eliminação do preceito. Nesse sistema, fala-se na existência de uma sentença constitutiva, a qual não emana seus efeitos ao passado (ou seja, possui efeitos *ex nunc*). Isso porque uma norma tida por inconstitucional é simplesmente derogada do mundo jurídico (anulada). É isso o que se chama, no modelo kelseniano, de papel de legislador negativo do Tribunal Constitucional.¹

Ocorre que essa forma de pensar o controle das normas inconstitucionais enfrentou diversos obstáculos que foram sendo encontrados nos casos postos à julgamento. Mesmo no modelo austríaco, a própria constituição previu, mediante reformas constitucionais, a possibilidade de se atribuir efeitos retroativos ou aplicar outro tipo de modulação temporal, configurando-se uma evolução sobre o pensamento clássico. A respeito, Soraya Lunardi afirma que:

Esse modelo de decisão constitutiva foi adotado na Áustria desde a criação do sistema de controle de constitucionalidade. Por esse sistema só havia a possibilidade de anulação da lei inconstitucional, não sendo possível a retroatividade da decisão. Após a reforma constitucional de 1975, o novo art. 140, 7 da Constituição austríaca confirmou a regra de que a declaração de inconstitucionalidade não tem efeitos retroativos, mas quando se trata de pedido de controle apresentado por tribunal,

1. ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, Revista Ius et Praxis, n. 113, v. 10, nº 1. Talca. 2004, p. 128.

a inconstitucionalidade repercute no caso sub judice. Além disso, o referido artigo permite que a Corte atribua efeitos retroativos à decisão mediante previsão explícita.²

A título de comparação, no Brasil adota-se, como regra, o modelo estadunidense, ou seja, considera-se que a inconstitucionalidade de determinada lei é proferida em uma decisão de natureza declaratória. Assim, havendo a nulidade da norma, a decisão tem eficácia retroativa (efeitos *extunc*).³

André Ramos Tavares afirma que esse princípio da nulidade da norma decorre diretamente da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) que, nos artigos 97 e 102, III, a, b e c, admite que qualquer magistrado ou Tribunal possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la ao caso concreto. Ao assim proceder, a Constituição deixa claro que a lei considerada inconstitucional é nula independentemente da manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF). Seria, então, um princípio implícito. Ocorre que essa tese não poderia ser adotada de forma inarredável em qualquer decisão do STF. Isso porque existem situações em que o tribunal, ao julgar o caso, reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, mas percebe que extirpá-la do ordenamento jurídico, muitas vezes, pode causar prejuízos ainda maiores do que se permitir que a norma produza efeitos. Isso é assim porque qualquer Tribunal Constitucional precisa, antes de tomar a decisão, analisar suas consequências, seja pelo viés econômico, social ou jurídico.⁴

Justamente por isso, Soraya Lunardi conclui que existe uma tendência de que ambos os modelos convirjam, consolidando-se em

-
2. LUNARDI, Soraya. *Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos*, Revista do Curso de Direito da FEAD, n. 5, jan. dez. 2009, p. 3.
 3. LUNARDI, Soraya. *Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos*, Revista do Curso de Direito da FEAD, n. 5, jan. dez. 2009, p. 2.
 4. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.p. 286-287.

um terceiro modelo, qual seja, aquele que admite a possibilidade de modulação dos efeitos conforme decisão dos julgadores, os quais têm uma liberdade maior ou menor, a depender da existência ou não de critérios legais para a modulação.⁵

O que se percebe, então, é que a questão relativa aos efeitos temporais da sentença tornou-se um primeiro problema a ser enfrentado, pois os sistemas de controle de constitucionalidade passaram a perceber a possibilidade de adotar efeitos retroativos às sentenças (efeitos *ex tunc*), substituindo o efeito de derrogação (anulação) pelo da nulidade da norma, e, ainda, o caráter constitutivo da sentença pelo declaratório. Mas mesmo nesse sistema, os efeitos retroativos esbarram na questão da segurança jurídica e não poderiam ser aplicados indistintamente.

Outra questão é que os casos postos a julgamento revelaram situações que inviabilizaram a aplicação de forma simples de uma decisão dicotômica entre constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Partindo para o panorama brasileiro, e seguindo esse raciocínio, a Lei nº 9.868/99 disciplinou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo se extrai do artigo 27 dessa lei, no Brasil, entende-se que o que há é uma sentença declaratória da nulidade e que os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc*, salvo algumas exceções em que poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ficaram consagradas as possibilidades de eficácia das sentenças proferidas em sede de controle de constitucionalidade, a saber a eficácia *extunc* (como regra), a *ex nunc* e a pro futuro.

5. LUNARDI, Soraya. *Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos*, Revista do Curso de Direito da FEAD, n. 5, jan. dez. 2009, p. 4.

Levando em conta a legislação mencionada, o que se vê é que está positivado no Brasil a primeira dissociação com o modelo originário de legislador negativo inicialmente defendido por Kelsen, conforme o que comumente se conhece.

Ainda, o parágrafo único do art. 28 dessa lei fixa que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Essa disposição, além de deixar claro o efeito *erga omnes* e vinculante das decisões tomadas em controle de constitucionalidade, igualmente positiva um segundo ponto de afastamento do modelo de legislador negativo, que é a previsão expressa de técnicas de decisão diversas daquela dicotomia inconstitucionalidade/constitucionalidade. Previu-se, mesmo que sem maiores definições legais, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Essas técnicas positivadas surgiram a partir das chamadas sentenças intermediárias (ou atípicas).

1. SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS

Para se compreender as sentenças intermediárias ou atípicas, deve-se, de plano, partir da premissa de que texto e norma não têm o mesmo significado. O texto é o enunciado normativos sobre o qual recai o processo de interpretação. Por outro lado, as normas ou proposições normativas são o resultado desse processo interpretativo.⁶

Ciente dessa distinção, deve-se mencionar, ainda, que os tribunais constitucionais têm como função defender e assegurar a força normativa da Constituição. Assim, quando de sua atuação, devem interpretar

6. ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, Revista *Ius et Praxis*, n. 113, v. 10, nº 1. Talca. 2004, p. 135.

os textos normativos, determinando seu sentido e alcance, tudo com vistas a resguardar o respeito à Constituição.

Justamente ao se levar em conta essa dinâmica, forçou-se o desenvolvimento das sentenças atípicas, por meio das quais o tribunal constitucional pondera os valores e princípios constitucionais, optando pelas soluções que causem menos dano ao ordenamento jurídico, ao tempo em que se compatibilizam com a Constituição.

Enaltecendo as sentenças interpretativas, atípicas ou intermediárias, Humberto Nogueira Alcalá afirma que:

El Tribunal se encuentra volcado a hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución en su actividad jurisdiccional, superando la concepción de contralor negativo, ya que tiene también la función de realizar los valores y principios constitucionales, dentro de los límites de su función controladora que no sustituye la función activa y operativa de los demás órganos constitucionales. Las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales son creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infraconstitucional a la Constitución, especialmente cuando se vulneran derechos fundamentales o para evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad a través de las simples sentencias estimatorias de inconstitucionalidad. Todo ello con el límite de que en la sentencia atípica el Tribunal Constitucional explicita, a través del proceso interpretativo o de integración judicial de un valor o principio constitucional que se deduce de la Carta Fundamental, lo que no constituye actividad legislativa sino simple interpretación o integración constitucional, la que además ofrece la ventaja de economía procesal y seguridad jurídica, la que por otra parte sería también la opción obligada para el legislador.⁷

7. ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, Revista Ius et Praxis, n. 113, v. 10, nº 1. Talca. 2004, p.p. 137-138.

O autor expõe, ainda, uma preocupação quanto aos limites dessa atuação pelo tribunal constitucional ao dizer que

*Lo único que debe evitarse en esta materia es el uso que encubriese el supuesto de una creación "ex novo" de enunciados normativos por el Tribunal Constitucional, lo que en un Estado constitucional democrático corresponde al Parlamento.*⁸

Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, de quem se extraem as classificações que serão utilizadas no presente artigo, afirmam que as decisões intermediárias se classificam em decisões interpretativas e construtivas.

Nas decisões interpretativas, o Tribunal confere ou rejeita um significado que poderia ser extraído da norma, na forma que a lei está positivada. Ao assim proceder, determina-se, entre as interpretações possíveis, aquela mais consentânea com a Constituição, ou suprime-se os sentidos tidos por inconstitucionais. Inserem-se nessa categoria as seguintes espécies de decisões:

- a) interpretação conforme à Constituição;
- b) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto;
- c) declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; e
- d) a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.

Por seu turno, nas decisões construtivas ou manipulativas, o Tribunal atribui aos dispositivos atacados sentidos que não podem ser diretamente extraídos da norma, de modo a ampliar ou modificar o seu conteúdo e alcance, tudo com vistas a compatibilizá-la com

8. ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, Revista Ius et Praxis, n. 113, v. 10, n.º 1. Talca. 2004, p. 138.

a Constituição. Nessa categoria inserem-se as técnicas de decisão construtiva aditiva e substitutiva.⁹

A fim de compreender como as espécies de decisões intermediárias influenciam no ordenamento jurídico, passa-se a tecer algumas linhas a respeito de cada uma delas.

1.1. Decisões interpretativas

1.1.1. Interpretação conforme a Constituição

Essa técnica denominada de interpretação conforme a Constituição declara-se a constitucionalidade do ato impugnado, desde que ele seja entendido da forma que o Tribunal Constitucional explicitar em seu julgado, a qual deve estar incorporada ao dispositivo da decisão.

O pressuposto de sua aplicação é a pluralidade semântica do texto impugnado. Desse modo, havendo mais de um significado extraível do texto, o Tribunal limita a interpretação apenas aos sentidos compatíveis com a Constituição.

Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello afirmam que, para a correta utilização da técnica, o texto deve trazer ínsito alguma plasticidade. Isso porque não se permite que haja uma interpretação em sentido integralmente oposto aos que se podem, de fato, extrair do texto, sob o argumento de ajustar a lei à Constituição. Há, assim, o reconhecimento de que a limitação da interpretação é dada pelas possibilidades semânticas do texto.¹⁰

9. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. v. 46, n. 146. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2019, p.303

10. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. v. 46, n. 146. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2019, p.303

Deve-se rememorar que tal técnica foi expressamente incorporada na Lei nº 9.868/99.

O fundamento de sua utilização se extrai diretamente do princípio da unidade da ordem jurídica, de maneira que as leis promulgadas sob a égide da Constituição devem ser interpretadas de acordo com ela, e as leis anteriores que continuem a vigor devem ser interpretadas e ajustadas à nova situação constitucional.¹¹

Na interpretação conforme, o Tribunal Constitucional deve realizar uma redução do alcance da norma, aproximando-se da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, mas com ela não se confundindo. Isso porque, neste último caso, uma parte da norma é efetivamente inconstitucional, ao passo que na interpretação conforme afasta-se a possível interpretação que torne a norma inconstitucional.¹²

Um exemplo da utilização dessa técnica pode ser extraído do julgamento da ADI 3684. Nessa ação, decidiu-se sobre a constitucionalidade dos incisos I, IV e IX do art. 114 após a Emenda Constitucional nº 45/2004. Alegou-se que tais dispositivos teriam atribuído jurisdição penal à Justiça do Trabalho, pois foi-lhe conferida jurisdição sobre qualquer controvérsia oriunda da relação de trabalho, incluindo-se o julgamento de habeas corpus.

Esses dispositivos conferiam, realmente, várias interpretações possíveis, já que poderia ser entendido que a justiça trabalhista atuaria apenas em ações que versassem sobre relação de trabalho (primeiro sentido) ou em ações decorrentes da relação de trabalho, incluindo-se a matéria criminal correlacionada à matéria trabalhista (segundo sentido).

11. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 292.

12. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 293.

Ao fim do julgamento, o Supremo Tribunal Federal demonstrou que a segunda interpretação violava os princípios constitucionais da legalidade e do juiz natural. Informou-se, ainda, que ao atribuir o julgamento de habeas corpus à Justiça do Trabalho não implica reconhecer jurisdição penal, pois essa ação poderia ser movida não somente em no âmbito da persecução penal.

Em suma, conferiu-se interpretação conforme ao art. 114, I, IV e IX, da Constituição, para afirmar que competia à Justiça do Trabalho julgar apenas as ações decorrentes da relação de trabalho, excluindo-se a jurisdição penal, ainda que relacionada à matéria.

1.1.2. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

Sabe-se que é possível entender-se como inconstitucional apenas uma parte da lei, seja de apenas uma palavra ou de apenas um artigo em determinada legislação, tudo com vistas a garantir a conformidade com a Constituição. Inclusive, pode-se dizer que essa é a regra. No entanto, é possível que haja a chamada nulidade parcial sem redução de texto.

Como dito anteriormente, trata-se de técnica de decisão constitucional expressamente incorporada na Lei nº 9.868/99. Nesse tipo de técnica, o texto da lei impugnada não sofre qualquer tipo de reparo, mas faz-se uma redução das hipóteses de incidência da lei. Essa questão é pacífica na doutrina.

Em explicação simples, Lúcio Bittencourt afirma que tal técnica merece utilização, pois “uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros”.¹³

Ocorre que existe grande divergência quanto ao fato de se tratar ou não de técnica distinta da interpretação conforme a Constituição.

13. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Atualização por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 128.

Assim, por conta da proximidade entre essas técnicas, faz-se necessário mencionar os argumentos que embasam as duas correntes.

Aqueles que entendem tratar-se de técnicas idênticas, afirmam que ambas necessitam da polissemia da norma. Logo, não importa falar em entendimento pela inconstitucionalidade de interpretação ou da hipótese de aplicação, já que em ambos os casos, é necessário fazer uma prévia interpretação em conformidade com a Constituição. Seria, então, apenas uma “vertente negativa da interpretação conforme”.¹⁴

O Ministro Moreira Alves foi considerado o principal defensor dessa corrente, pois em seus julgamentos consignava a equiparação da interpretação conforme à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, especialmente nas ADIs 319 e 491.

Por outro lado, aqueles que entendem pela diferença entre as técnicas, inicialmente, amparam-se na expressa previsão legal das espécies. Como a lei não traz palavras inúteis, mostra-se necessário distingui-las.

Leo Brust informa que as técnicas não se confundem. De início, menciona a existência da sentença interpretativa *lato sensu* e *stricto sensu*, diferenciando-as na sequência.

Na interpretação conforme a Constituição “propriamente dita” o julgador escolhe entre interpretações alternativas existentes no conteúdo normativo do preceito legal e preserva o seu texto. Por isso, e só por isso, ela pode produzir tanto sentenças de constitucionalidade (o preceito é constitucional interpretado ou se for interpretado num determinado sentido), como de inconstitucionalidade (é inconstitucional interpretado ou se for interpretado...). Porém, tendo como ponto de partida a interpretação conforme, mas tomando-a num sentido mais amplo (*lato sensu*), o julgador tem condições de ir muito mais além

14. BRUST, Leo. *A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas*. São Paulo: Revista Direito GV, 2009, p. 508

e produzir sentenças que afetam o próprio conteúdo normativo complexo do preceito, reduzindo-o, aumentando-o e, até mesmo, substituindo-o.¹⁵

Saindo desse ponto inicial, a doutrina aponta diversas outras diferenças.

Basicamente, como já dito, na interpretação conforme, o Tribunal, apesar de declarar que a lei é constitucional se interpretada em determinado sentido, não declara que todas as demais interpretações seriam inconstitucionais. De todo modo, o resultado do julgamento é a constitucionalidade da norma (improcedência da ADI). Em outro ângulo, na declaração de nulidade sem redução de texto, o tribunal entende pela exclusão, dada a inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação da norma, ainda que não se altere o texto em si. Essa técnica é utilizada, então, quando se pretende afirmar que uma específica aplicação do texto é inconstitucional. O resultado do julgamento é de parcial procedência da ADI¹⁶.

Em esclarecedora posição, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi afirmam que na interpretação conforme:

O dispositivo pode ser interpretado como: “A ou B é permitido.” O Tribunal constitucional decide que o dispositivo é constitucional só na medida em que dispõe: “A é permitido”, excluindo a interpretação de que B seja permitido. Já na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto não há dúvida sobre a interpretação do dispositivo. Só se fiscalizam as hipóteses de sua aplicação, isto é, situações que podem compor a premissa menor do silogismo jurídico. Na medida em que o dispositivo se aplica em algumas hipóteses,

15. BRUST, Leo. *A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas*. São Paulo: Revista Direito GV, 2009, p. 508

16. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.p. 295-296

temos inconstitucionalidade. Nas demais hipóteses não há problema.¹⁷

Ciente dessa distinção, inicialmente, o STF compreendia como equivalentes as técnicas de interpretação, da forma que já mencionada a partir dos julgamentos de relatoria do Ministro Moreira Alves. No entanto, mais recentemente, a jurisprudência do Tribunal passou a indicar a distinção elas.¹⁸

1.1.3. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador

Essa técnica tem origem na Suprema Corte dos EUA, especificamente no caso *Linkletter vs. Walker*, em 1965, oportunidade na qual rejeitou-se a necessária vinculação da inconstitucionalidade da lei com a sua nulidade. Em verdade, decidiu-se que a retroatividade da decisão deveria levar em conta as particularidades de cada caso concreto e suas consequências.¹⁹

No Brasil, essa técnica não é uma inovação, de fato, pois o ordenamento jurídico constitucional brasileiro já previa sistemas em que a técnica é utilizada. Exemplifica-se:

- i) nas ADI interventivas, o reconhecimento da inconstitucionalidade pressupõe a violação de princípio constitucional sensível, mas não há nulidade de atos, de modo que eventuais desconstituições dependerão de atuação superveniente; e

17. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

18. ÁVILA, Ana Paula. *Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais das Minorias pelo STF*. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 20, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7884/4469>>. Acesso em: 16 out 2021

19. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290

- ii) nas ADI por omissão total, não haverá declaração de nulidade, pois sequer existe uma norma para sofrer anulação.²⁰

Justamente por conta desse segundo exemplo, é que a técnica tinha, em princípio, aplicação restrita à ADI por omissão. No entanto, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 conferiu poderes ao STF para restringir efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, abriu-se margem para a utilização da técnica também nos julgamentos de atos comissivos do legislador.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, tal técnica é utilizada nos casos em que:

[...] é patente a inconstitucionalidade da lei, todavia não se declara a sua nulidade com o intuito de evitar que o Direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional, ou até mesmo para evitar o surgimento de um vácuo jurídico.²¹

Nesses casos, em regra, quando o tribunal reconhece a inconstitucionalidade da norma, mas mantém os seus efeitos durante certo tempo, finda-se por formular um “apelo ao legislador” para que produza a norma, de modo a ajustá-la ao parâmetro constitucional.²²

Essa técnica já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas ocasiões. Cita-se como exemplo o julgamento da ADI 2.240-BA acerca da inconstitucionalidade da lei que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. No caso, o município já havia sido criado em desconformidade com a Constituição, no entanto, tendo em vista a consolidação de diversas situações fáticas e a insegurança jurídica que a nulidade da norma geraria, o STF optou por declarar

20. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.p. 290-291

21. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: IBDC, 1999, p. 181.

22. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.p. 290-291

a inconstitucionalidade da lei sem pronunciar sua nulidade. Ainda, conferiu-se o prazo de 24 meses para que o legislador fizesse as adequações necessárias.

A questão referente ao prazo definido merece maiores comentários.

É certo que nem a Constituição nem as legislações pátrias definem o prazo que o Tribunal pode atribuir ao legislativo para que atue nos termos mencionados. Buscando uma solução no direito comparado, entende-se que o mais adequado seria haver uma positivação expressa. Na falta, adota-se como critério um prazo razoável, ao alvedrio do próprio Tribunal, por certo com base nas peculiaridades do caso.

Sobre o tema, Francisco Javier Díaz Revorio, ao abordar o tema no processo constitucional espanhol, afirma que o apelo ao legislador:

[...] tropieza con serias dificultades cuando falta una previsión constitucional o legal que permita al tribunal conceder ese plazo al legislador, pues en tal caso dicho plazo carece de cobertura legal, y falta además un criterio constitucional para establecer los límites temporales de dicho plazo. Quizá por ello nuestro tribunal constitucional ha acudido en ocasiones a la idea del “plazo razonable”, o ha concedido un plazo implícito. En otros modelos, como el austriaco, la posibilidad de retrasar los efectos de la anulación de la ley tiene amparo constitucional expreso, pudiendo el tribunal constitucional disponer dicho retraso en los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, hasta un máximo de dieciocho meses. La previsión constitucional o legal expresa de este retraso da cobertura jurídica a una medida que, em otro caso, resultaría difícilmente justificable, pero que parece especialmente conveniente como fórmula para completar, en ciertos casos, la ausencia de declaración de nulidad, pues este plazo permite conminar al legislador a cumplir con los mandatos constitucionales. A falta de plazo, ciertas hipótesis de “inconstitucionalidad sin nulidad” implicarían la pervivencia em el ordenamiento,

de modo indefinido, de preceptos legales cuya inconstitucionalidad ha sido constatada y declarada.²³

Por fim, importante mencionar sobre as consequências do descumprimento do prazo fixado quando do apelo ao legislador.

O STF não pode obrigar o Poder Legislativo a legislar em determinado sentido, sob pena de ofensa à separação dos poderes. Sendo assim, cumpre destacar o sentido na fixação do prazo para que o legislador atue. Em um primeiro momento, o raciocínio mais lógico seria o de que, uma vez expirado o prazo, a norma automaticamente atingiria o patamar de inconstitucionalidade. Entretanto, essa não é a posição empregada. A justificativa é dada pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, quando afirma que:

Também o decurso do prazo fixado pelo Bundesverfassungsgericht para que o legislador empreenda as medidas reclamadas não acarreta o automático reconhecimento da inconstitucionalidade da lei. É que a lei que disciplina o processo de controle de normas não prevê esse tipo de declaração de nulidade submetida a uma condição suspensiva (aufschiebend bedingte Nichtiegerklärung). Por outro lado, a práxis demonstra que uma prorrogação do prazo estabelecido pelo Tribunal afigura-se, igualmente, possível. Esse prazo deve ser considerado, portanto, apenas como um prazo de carência (Karenzfrist) dentro do qual a lei “ainda constitucional” poderá ser legitimamente aplicada. (...) Dessarte, em caso de inércia do legislador, a lei declarada “ainda constitucional” pelo Bundesverfassungsgericht há de ser considerada válida até que, devidamente provocado, venha o Tribunal a proferir nova decisão.²⁴

23. REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM, Mexico, 2007, p.p. 211-312. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2559/19.pdf>> Acesso em: 10 out. 2021

24. MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. R. Inf. Legisl. a.29 n. 114 abr./jun. Brasília,

Verifica-se, portanto, que somente haverá consequência quando e se a norma vier a ser questionada novamente, após a definição da situação de irregularidade e expirado o prazo.

1.1.4. Inconstitucionalidade por omissão

Com o advento, pela CRFB/88, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, criou-se um campo fértil para a adoção dessa técnica, especialmente nos casos em que a norma exista, mas esteja incompleta ou defeituosa.

Isso porque, ao se considerar a omissão isoladamente, não haveria falar em nulidade. No entanto, ao se deparar com a insuficiência da lei, seria necessário reconhecê-la, adotando-se a visão clássica. Ocorre que existem casos em que se deve manter a lei para evitar uma inconstitucionalidade ainda maior.

André Ramos Tavares exemplifica da seguinte forma:

A doutrina assinala que será possível sustentar a manutenção da lei inconstitucional na específica hipótese em que isto consubstancia “exigência do próprio ordenamento constitucional”. Assim, v. g., se o Tribunal Constitucional declarasse a inconstitucionalidade da lei que estipula o salário mínimo, por ser incompleta, e pronunciasse sua nulidade, agravaria o estado de desrespeito à vontade constitucional.²⁵

1992, p.p. 498-499. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em: 18 out. 2021

25. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296-297.1

1.1.5. Declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade

Marcelo Novelino define essa técnica como aquela tomada nos casos em que o que se afigura “são situações constitucionais imperfeitas que se situam em estágio intermediário entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta”.²⁶

Nesta técnica, a constitucionalidade é amparada por uma situação de fato que se modifica no tempo, e por essa razão, posteriormente, finalizada essa situação, a norma será inconstitucional²⁷.

O STF já teve oportunidade de aplicá-la. É o caso emblemático do julgamento proferido no HC 70.514, no qual considerou-se constitucional a lei que concede prazo em dobro para a Defensoria Pública em matéria penal, até que ela esteja plenamente estruturada.

1.2. Decisões manipulativas

1.2.1. Sentenças aditivas

O primeiro tipo de decisão manipulativa é a sentença aditiva. Nesse caso, tomando por base uma inconstitucionalidade por omissão parcial, o Tribunal Constitucional procura adequar à Constituição uma norma pelo que ela deixou de incluir em seu programa.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso explica a metodologia da técnica:

A declaração de inconstitucionalidade, parte ablativa ou demolitória da decisão, incide apenas sobre a norma negativa implícita, que caracteriza a inconstitucionalidade

26. NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2010. p. 238.

27. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1494

por omissão parcial. A parte reconstrutiva ou restaurativa do julgado é aquela por meio da qual se adiciona o conteúdo que faltava, para que a norma possa ser considerada plenamente constitucional. Na hipótese, a Corte declara a norma “inconstitucional na parte em que não previu X”.²⁸

Essa técnica somente é aceita quando se pode demonstrar pelos argumentos adotados que a omissão somente pode ser superada de uma única forma obrigatória ou, mesmo que existam outras formas, elas seriam incompatíveis com o regime estabelecido pelo legislador, menos compatíveis com os demais princípios constitucionais ou desproporcionais. Se existirem diversas maneiras válidas para a colmatação da lacuna, então trata-se de espaço discricionário afeto ao legislador, e o Poder Judiciário não poderia atuar positivamente, sob pena de violação à separação dos poderes.²⁹

No Brasil, considera-se a posição adotada no julgamento da ADPF 54 de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello como a decisão mais emblemática de aplicação da referida técnica. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Com isso, incluiu-se, mesmo sem previsão expressa, uma nova excludente de ilicitude no art. 128 do Código Penal. Com a conclusão de que o feto anencefálico não constituía uma vida viável, o Tribunal entendeu que não havia falar em configuração do crime de aborto.

28. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. v. 46, n. 146. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2019, p. 311

29. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. v. 46, n. 146. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2019, p. 313

1.2.2. Sentenças substitutivas

Por fim, tem-se que nas decisões manipulativas substitutivas, a metodologia é semelhante à técnica anterior. Entretanto, declara-se a inconstitucionalidade pelo que está expressamente disposto na norma, e não pelo que se omite, como na decisão aditiva. Após, ocorre a substituição judicial da norma inconstitucional por outra consentânea com a Constituição.

Igualmente, relaciona-se a explicação metodológica de Luís Roberto Barroso sobre o tema:

No caso das decisões substitutivas, a parte ablativa da decisão incide sobre uma norma explícita (e não sobre uma norma implícita, como no caso das decisões aditivas). A declaração da inconstitucionalidade da norma, pelo que ela prevê, gera, então, uma omissão normativa ou um vácuo, que é tão ou mais danoso e violador da Constituição do que a própria norma declarada inconstitucional. Essa é justificativa para que, além de declarar a inconstitucionalidade, a Corte supra a omissão inconstitucional gerada por sua própria decisão. Nessa hipótese, a Corte declara “a inconstitucionalidade da disposição, na parte em que prevê ‘X’, em lugar de prever ‘Y’ para estar em conformidade com a Constituição.”³⁰

Um exemplo da utilização da técnica foi o ocorrido no julgamento da ADI 4.424 de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. Nesse caso, afastou-se o cabimento de ação penal condicionada à representação em caso de violência doméstica contra a mulher. O STF entendeu que, por conta da sua sujeição à violência e levando-se em consideração a situação de vulnerabilidade física e psicológica, condicionar a persecução penal à representação da vítima implicaria violação do dever estatal de coibir a violência doméstica. Por tais motivos,

30. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. v. 46, n. 146. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2019, p. 315

determinou-se que os artigos 12, I, e 16 da Lei nº 11.340/06 deveriam ser interpretados de forma a reconhecer-se a natureza incondicionada da ação penal nos casos de violência doméstica.

Finalizadas as indicações das classificações e dos conceitos das sentenças intermediárias constitucionais, passa-se a expor as principais críticas quanto ao tema.

2. CRÍTICAS QUANTO À ADOÇÃO DAS SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS

Justamente por interferirem diretamente na legislação, as decisões intermediárias, notadamente as decisões manipulativas, sofrem críticas na doutrina. Entre os principais argumentos contrários à utilização dessas técnicas, o presente artigo dará enfoque à suposta violação ao princípio democrático e ao princípio da separação dos poderes.

Inicialmente, cabe entender o princípio democrático. Conforme expõe José Afonso da Silva, o Estado Democrático é fundado no princípio da soberania popular. Assim, impõe-se a participação efetiva do povo na coisa pública, a qual não se exaure na simples formação das instituições representativas, pois estas são apenas um estágio da evolução do Estado Democrático.³¹

Por seu turno, de acordo com a visão clássica de Montesquieu, a separação dos poderes prega, em rasa síntese, que deve haver uma divisão tripartida dos Poderes Estatais. Desse modo, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são limitados pelos outros poderes. Essa limitação recíproca e equilibrada seria a forma de se controlar o poder estatal concentrado.³² A CRFB/88 adota, por certo, essa divisão

31. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 117.

32. MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006, p. 165.

ao expor em seu art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Dito isso, cabe verificar se as decisões manipulativas representam, de fato, a quebra desses princípios.

2.1. Violação ao princípio democrático

Uma crítica que se faz à decisão manipulativa é a de que ela, alterando o conteúdo de uma norma produzida pelo Poder Legislativo, viola justamente o princípio democrático. Argumenta-se que os juízes, que não são eleitos pelo voto popular, não têm legitimidade para tal alteração.

Ocorre que essa visão somente leva em conta como caráter democrático a eleição dos representantes pelo voto. Olvida-se de que, por ser multifacetada, a democracia está presente nas demais áreas, incluindo-se na atuação do Tribunal Constitucional.

O respeito à democracia está presente sempre que o Tribunal Constitucional se pronuncia de forma legítima. A respeito:

A forma de exercer o controlo democrático sobre o Tribunal Constitucional passa, naturalmente, pelo modo como são eleitos e por quem elege os seus membros; passa pela construção de um modelo democrático-pluralista aplicável à discussão interna dos processos (Jorge Miranda fala de pluralidade de correntes); passa pela fundamentação das suas decisões, pela publicidade destas e dos votos de vencido; passa pela discussão pública das suas decisões. Mas passa também por uma aplicação do modelo de *checks and balances* que permita que algumas das suas decisões ou segmentos de decisões não sejam consideradas intocáveis e insindicáveis. O controlo democrático-representativo exercido sobre um órgão tão próximo do *político* supõe a possibilidade de algumas das suas decisões – ou algumas facetas das suas decisões – poderem ser colocadas em causa pelos

outros tribunais ou até pelo legislador (para já não falar do direito geral de resistência dos cidadãos).³³

Nesse aspecto, sobressai a ideia de democracia deliberativa fundada na legitimidade do discurso, segundo a qual as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, ao fim do qual sejam dadas as razões das opções feitas. Ao comentar Robert Alexy, o Ministro do STF, Luis Roberto Barroso, afirma, por isso, que “a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos” e que a corte constitucional é um “representante argumentativo da sociedade”.³⁴

Ainda que não se aceite que essa importante característica como justificativa, pode-se ir além: as Cortes Constitucionais desempenham em diversos momentos o mencionado papel representativo. É o que se vê nos casos em que são instados a se pronunciar sobre demandas sociais que não foram satisfeitas em momento oportuno pelo legislador ou quando atuam para suprir omissões inconstitucionais do Poder Legislativo.

O Ministro Luís Roberto Barroso arremata a crítica à violação da democracia com o seguinte argumento:

A propósito, cabe formular uma pergunta crucial, feita por Eduardo Mendonça em sua tese de doutorado já citada: o argumento de que a jurisdição constitucional tem atuado em padrões antidemocráticos não deveria vir acompanhado de uma insatisfação popular com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal?

33. CANAS, Vitalino. *Os Efeitos das Decisões do Tribunal Constitucional: A Garantia da Segurança Jurídica, da Equidade e do Interesse Público*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003, p. 227. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/296873107.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

34. BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. p. 40. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 20 out. 2021.

O que dizer, então, se ocorre exatamente o contrário: no Brasil e no mundo, os índices de aprovação que ostenta a corte constitucional costumam estar bem acima dos do Legislativo¹⁰⁷. Por certo não se devem extrair desse fato conclusões precipitadas nem excessivamente abrangentes. Porém, uma crítica formulada com base em uma visão formal da democracia, mas sem povo, não deve impressionar. (...)

Como já se teve oportunidade de afirmar diversas vezes, decisão política, como regra geral, deve ser tomada por quem tem voto. Portanto, o Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. E, quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem ser deferentes para com as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático. Porém, como o leitor terá intuído até aqui, a jurisdição constitucional desempenha um papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o STF assume um papel de eventual protagonismo.³⁵

E mais, diz-se que as sentenças manipulativas derivam do princípio da supremacia constitucional, da potencialidade expansiva das normas constitucionais e da competência autorizada dos tribunais

35. BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. p.p. 44-45. Disponível em: < https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 20 out. 2021.

constitucionais para interpretar a Constituição.³⁶ Todas essas são situações autorizadas pela própria Constituição, a qual foi elaborada por meio de representantes democraticamente eleitos.

Assim, quando o Tribunal Constitucional se pronuncia proferindo decisões manipulativas, ele o faz não baseado em simples opiniões dos julgadores, mas sim tendo em vista a efetivação de direitos e concretização de regras e princípios extraídos da Constituição e dos regramentos internacionais, sempre de modo fundamentado.

Logo, por qualquer prisma, o princípio democrático é respeitado.

2.2. Violação à separação dos poderes

Quanto à crítica atinente à violação da separação dos poderes, afirma-se que as decisões manipulativas, especialmente as aditivas e substitutivas, superam o caráter de legislador negativo e equiparam-se a produções legislativas, usurpando funções de outro Poder Estatal.

Inicialmente, tem-se que, ao se considerar que a separação de Poderes cuida da atuação isolada dos Poderes Estatais, deve-se partir do pressuposto de que toda decisão tomada em sede de controle de constitucionalidade envolve interferência no Poder Legislativo. Entretanto, sabe-se que esse isolamento não é plenamente praticado, pois sempre há o chamado sistema de freios e contrapesos entre os Poderes. Dentro dessa parcela de interferência legítima é que se encontram as decisões constitucionais.

Em que pese seja verdade que com as decisões manipulativas supera-se o chamado legislador negativo, não há como encontrar total similitude para equiparar a decisão judicial a uma produção legislativa de forma irrestrita.

36. MORAIS, Carlos Blanco de. et. al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p.p.97-98.

Como dito, nas raras vezes que assim atua, o Poder Judiciário sempre encontra a limitação na norma atacada. Não há amplo espectro de atuação, tal como ocorre no âmbito do Poder Legislativo. Ainda assim, para que a legitime a “invasão” na atuação típica do legislador é necessário que haja uma forte argumentação e que a conclusão seja uma solução necessária a partir da Constituição. Em verdade, “o Magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição”.³⁷

Outro limite que se verifica é que a interferência somente se dá em parcela do material normativo, ou seja, os aspectos reconhecidamente constitucionais da norma atacada não podem ser distorcidos. A norma acrescentada ou substituída não pode afetar o teor da parte constitucional da norma, sob pena de, somente então, haver inequívoca usurpação de poderes por parte do Poder Judiciário.³⁸

Ciente de que a própria dinâmica e características das decisões manipulativas pode, de fato, levantar suspeitas quanto à indevida interferência em outro Poder, Gabriel Accioly Gonçalves, valendo-se da experiência constitucional italiana, afirma que:

[...] nas hipóteses em que não se possa encontrar uma imposição constitucional clara que ampare o pedido apresentado ao tribunal, este deve adotar uma postura de auto-restrição, apenas declarando ser a questão posta uma abrangida pelas margens de atuação do legislador.³⁹

37. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. v. 46, n. 146. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2019, p. 322.

38. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, criatividade interpretativa e técnicas manipulativas*. 2015. 320 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p.p. 241-242. Disponível em: <<https://www.bdt.uerj.br:8443/handle/1/9687>>. Acesso em: 20 out. 2021.

39. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, criatividade interpretativa e técnicas manipulativas*. 2015. 320 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito

Portanto, respeitando-se as balizas mencionadas, não há como enxergar a atuação criativa dos Tribunais Constitucionais como violadora da separação de Poderes.

Indo além, caso se negue a legitimidade das sentenças manipulativas, haveria um cenário de supremacia da lei, independentemente de preocupações com os vácuos legislativos ou omissões do Poder Legislativo. Assim, seria atribuída “palavra final” aos legisladores.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tradicionalmente, com o método kelseniano de controle de constitucionalidade (modelo austríaco), uma lei tida por inconstitucional é alijada do ordenamento jurídico por meio de uma sentença constitutiva com efeitos *ex nunc* (sem retroação). No presente artigo, buscou-se evidenciar que os Tribunais Constitucionais apresentam uma evolução em suas atuações, superando-se a função de mero “legislador negativo” e distanciando-se da dicotomia inconstitucionalidade/constitucionalidade das leis, proferindo as chamadas sentenças intermediárias.

Nessa esteira, apontaram-se os principais tipos de decisões intermédias, explicitando suas características e peculiaridades. Ao final, apontaram-se as críticas acerca dessa forma de atuação pelos Tribunais Constitucionais no que se refere à violação do princípio democrático e da separação de Poderes, bem como os motivos pelos quais essas críticas não se sustentam.

Com base no reconhecimento da validade desses tipos de decisões no ordenamento jurídico brasileiro, os quais foram expressamente

Internacional e Integração Econômica; Direi] – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p.p. 253. Disponível em: <<https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9687>>. Acesso em: 20 out. 2021.

40. ISRAEL, Lucas Nogueira. A legitimidade das sentenças aditivas no controle de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.p. 121-122.

positivados em lei, deve-se mencionar que a atuação do Supremo Tribunal Federal com tais características é excepcional.

Em regra, o STF atua valendo-se das decisões constitucionais intermediárias:

- i) quando é instado a se manifestar sobre omissões legislativas, sejam elas de caráter textual ou normativo;
- ii) quando observa a necessidade de se assegurar situações consolidadas; ou
- iii) quando verifica que sua atuação tradicional pode gerar um vácuo legislativo ou situações mais prejudiciais do que a manutenção da norma cuja inconstitucionalidade foi reconhecida.

Ao se ter em vista que esses vícios legais devem ser corrigidos, cabe ao Poder Judiciário, valendo-se de suas diversas funções, agir para suprir as omissões do Poder Legislativo, sempre embasando-se de argumentos sólidos apoiados na força normativa da Constituição. Nada de incorreto se extrai dessa dinâmica.

É certo que as decisões constitucionais têm de observar limites e, além disso, por não vincularem o Poder Legislativo em sua função típica, nada impede que esse Poder, a qualquer tempo, edite lei sobre o tema questionado. No entanto, deve-se entender que essas decisões constitucionais servem, no mínimo, de estímulo à atuação do legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*. Revista Ius et Praxis, n. 113.

ÁVILA, Ana Paula. *Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais das Minorias pelo STF*. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 20, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7884/4469>>. Acesso em: 16 out 2021.

- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. v. 46, n. 146. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. p. 40. Disponível em: < https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 20 out. 2021.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: IBDC, 1999.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Atualização por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BRUST, Leo. *A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas*. São Paulo: Revista Direito GV, 2009.
- CANAS, Vitalino. *Os Efeitos das Decisões do Tribunal Constitucional: A Garantia da Segurança Jurídica, da Equidade e do Interesse Público*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003, p. 227. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/296873107.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2021.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito: construções, criatividade interpretativa e técnicas manipulativas*. 2015. 320 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p.p. 241-242. Disponível em: <<https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9687>>. Acesso em: 20 out. 2021.
- ISRAEL, Lucas Nogueira. *A legitimidade das sentenças aditivas no controle de constitucionalidade: entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LUNARDI, Soraya. *Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos*. Revista do Curso de Direito da FEAD, n. 5, jan. dez. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. R. Inf. Legisl. a.29 n. 114 abr./jun. Brasília, 1992, p.p. 498-499. Disponível em: < <https://www2.senado.leg>

br/bdsf/bitstream/handle/id/175956/000464726.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 18 out. 2021

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. et. al. *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p.p.97-98.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2010.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Cuestiones Constitucionales, UNAM, Mexico, 2007, p.p. 211-312. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2559/19.pdf>> Acesso em: 10 out. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XI

PARECER JURÍDICO

Análise de dispositivo legal que afasta a incidência dos tributos sobre os honorários recebidos por escritório de advocacia e repassados a outros advogados ou sociedades parceiros¹

analysis of legal provision that removes the incidence of taxes on fees received by law office and transferred to other lawyers or partner companies

*Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho**

*Marcos Joaquim Gonçalves Alves***

RESUMO: Este artigo objetiva explicitar a natureza jurídica dos contratos de parceria entre um escritório de advocacia com outros advogados ou sociedades de advocacia, bem como analisar a juridicidade dos fundamentos jurídicos

-
1. O presente parecer foi aprovado, por unanimidade, pela Comissão de Direito Tributário da OAB Federal e pelo Presidente da OAB Federal Dr. Beto Simonetti *ad referendum* do pleno, tendo, em seguida, sido encaminhado para os senhores parlamentares, tendo contribuído para a derrubada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em sessão conjunta do dia 5/7/2022, do veto presidencial ao art. 15, § 9º do Estatuto da Advocacia.

- (*) Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é professor de Direito Financeiro e de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, ex-procurador da

que levaram o Chefe do Poder Executivo Federal a vetar dispositivo legal no sentido de que *a sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia deverão recolher seus tributos sobre a parcela da receita que efetivamente lhes couber, com a exclusão da receita que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente.*

PALAVRAS-CHAVES: Contrato de parceria. Honorários advocatícios. Receita. Entrada ou ingresso. Não incidência tributária.

ABSTRACT: This article aims to explain the legal nature of partnership contracts between a law firm with other lawyers or law firms, as well as to analyze the constitutionality of the legal grounds that led the Chief of the Federal Executive Branch to veto a legal provision in the sunset hat *the company of lawyer sand the sole proprietorship of law firms shall collect their taxes on the portion of their evenue that they are effectively entitled to, excluding the revenue that is transfer red too their lawyers or to companies that act in the form of a partnership to serve the client.*

KEYWORDS: Partnership agreement. Attorney fees. Revenues. Entry or inflow of money. Non tax incidence.

SUMÁRIO: I – Introdução ao parecer jurídico e quesitos. II – Natureza jurídica dos contratos de parceria. III – Exame da juridicidade das razões apresentadas para o veto presidencial. IV Conclusão e respostas aos quesitos.

Fazenda Nacional de categoria especial (aposentado), ex-Consultor da União (1996 a 2015), é associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT – e membro do Fórum de Integração Brasil Europa – FIBE, é advogado e parecerista. Responde também como diretor científico fundador da *Revista Fórum de Direito Tributário*. E-mail: othonsaraiva.filho@gmail.com.

(**) Membro consultor da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB. Formado pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1996, com especialização em Direito Tributário pela mesma universidade, Marcos Joaquim é membro fundador do IPT – Instituto de Pesquisas Tributárias e membro consultor de Relações Governamentais do CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. E-mail: mjalves@mjab.adv.br.

I – INTRODUÇÃO AO PARECER JURÍDICO E QUESITOS:

1. Consulta-nos a COMISSÃO DE DIREITO TRIBUTÁRIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL FEDERAL sobre a correção jurídica ou não dos fundamentos apresentados que levaram o Excelentíssimo Senhor Presidente da República a vetar dispositivo do Projeto de Lei nº 5.284/2020, que incluiu o § 9º ao artigo 15 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), dispondo que *a sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia deverão recolher seus tributos sobre a parcela da receita que efetivamente lhes couber, com a exclusão da receita que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente.*
2. Para isso, apresentou-nos documentos referente ao processo legislativo para criação da Lei nº 14.365/2022 (Projeto de Lei nº 5.284/2020).
3. No dia 11 de maio de 2022, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 5.284/2020, que altera as Leis nºs 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia) e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para incluir disposições sobre a atividade privativa de advogado, a fiscalização, a competência, as prerrogativas, as sociedades de advogados, o advogado associado, os honorários advocatícios, os limites de impedimentos ao exercício da advocacia e a suspensão de prazo no processo penal.
4. Após a aprovação legislativa, o projeto foi submetido à sanção presidencial e, no dia 02 de junho de 2022, o Presidente da República sancionou com vetos o projeto, convertendo-o na Lei nº 14.365/2022.
5. Dentre as alterações ao Estatuto da Advocacia que foram objeto de veto, destaca-se a inclusão do § 9º ao art. 15, para dispor que:

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral.

(...)

§ 9º A sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia deverão recolher seus tributos sobre a parcela da receita que efetivamente lhes couber, com a exclusão da receita que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente.

6. Trata-se de proposição que visa evitar o bis in idem da receita de escritórios de advocacia de atuam em parceria. Corriqueiramente, o cliente paga um pró-labore ou um êxito para o escritório originariamente contratado, que, por sua vez, repassa parcela dessa entrada de dinheiro para um escritório terceiro que atuou em parceria.
7. A norma disciplina que o mero ingresso provisório de receitas na conta do escritório de advocacia não configura acréscimo patrimonial e, portanto, não deve compor a base de cálculo dos tributos que incidem sobre a receita e a renda.
8. O Presidente da República, porém, vetou a inclusão do §9º, com base em três fundamentos constitucionais: a) reserva de lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria tributária (art. 146, III, da Constituição); b) violação ao princípio da isonomia em relação a outras categorias profissionais (art. 150, II, da Constituição); c) impossibilidade de concessão de incentivo fiscal sem apresentação de estimativa do impacto orçamentário e financeiro ou medidas compensatórias (art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), conforme razões de veto transcritas abaixo:

A proposição legislativa estabelece que a sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia deveriam recolher seus tributos sobre a parcela da receita que

efetivamente lhes coubesse, com a exclusão da receita que fosse transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente. Entretanto, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade ao violar o disposto no inciso III do *caput* do art. 146 da Constituição, ao qual prevê necessidade de edição de lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Ademais, constitui risco jurídico decorrente da interpretação da regra como contrária ao princípio da isonomia, nos termos do disposto no inciso II do *caput* do art. 150 da Constituição, na medida em que poderia conceder um tratamento tributário diferenciado inconstitucional a uma categoria de contribuintes.

Além disso, ao criar benefícios de natureza tributária sem apresentação da estimativa do impacto orçamentário e financeiro e das medidas compensatórias, além de violar o disposto no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a medida contraria o interesse público, pois não atende ao previsto no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, e nos art. 124, art. 125, art. 126 e inciso I do *caput* do art. 136 da Lei nº 14.194, de 20 de agosto de 2021 – Lei de Diretrizes Orçamentárias 2022.

9. Portanto, eis os quesitos do Parecer:

- a) Com base no dispositivo vetado do Projeto de Lei nº 5.284/2020, que incluiu o § 9º ao art. 15 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), seria legítimo que a sociedade de advogados recolhesse seus tributos sobre a parcela da receita que lhe coubesse, excluía a parcela de ingresso de dinheiro que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente?

- b) A inclusão do §9º ao art. 15 do Estatuto da Advocacia proposta pelo Projeto de Lei nº 5.284/2020 deveria se submeter à reserva de lei complementar?
 - c) A inclusão do §9º ao art. 15 do Estatuto da Advocacia proposta pelo Projeto de Lei nº 5.284/2020 enseja tratamento diferenciado entre categorias profissionais?
 - d) A proposta legislativa possui natureza de isenção, exclusão de base de cálculo ou outro benefício fiscal?
10. Estabelecidas as premissas fáticas para o Parecer e delimitados os quesitos, partamos à análise jurídica da controvérsia.

II – NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE PARCERIA

11. Nos contratos de parceria, escritórios diferentes atuam sobre o mesmo litígio, com focos e especialidades diferentes. Embora a pretensão possa ser a mesma e o êxito na atuação esteja vinculada ao mesmo objeto, as prestações de serviços são diferentes. A diferença, todavia, não exclui a complementariedade.
12. Tomemos por exemplo a parceria de um escritório de direito tributário com um escritório de direito empresarial firmada com o intuito de construir uma defesa jurídica a uma operação de planejamento tributário que envolva a economia de impostos por meio da reorganização societária, planejamento sucessório, distribuição de lucros ou outras técnicas da lida empresarial. Certamente, o objetivo do contrato de parceria é fazer com que ambas as partes possam unir conhecimentos para melhor atender o cliente.
13. Igualmente, o know-how tributário e cível pode auxiliar em uma defesa criminal, por exemplo nos casos de imputação de crimes de sonegação fiscal pelo abuso do poder de organização empresarial.
14. A competência, a experiência e a confiança entre firmas especializadas podem motivar a parceria, ainda que isso resulte em

repartição dos honorários advocatícios pactuados originalmente entre o cliente e um dos escritórios parceiros.

15. É preciso pontuar que a natureza jurídica do contrato de parceria não é de mera subcontratação. Não há uma relação jurídica entre um escritório contratante e outro escritório contratado. Em verdade, ambos os escritórios estão vinculados ao cliente, devendo prestar contas pelo serviço realizado a ele.
16. Nesses casos, geralmente, o cliente providencia dois ou mais depósitos a título de pagamentos de honorários, um deles para a sociedade de advogados no primeiro momento contratado, e outro para o advogado, parecerista ou outra sociedade, algumas vezes sugeridos ou indicados ao cliente (outra vezes, a inclusão de terceiro é feita diretamente pelo próprio cliente), o que espanca qualquer possibilidade de dupla tributação.
17. Todavia, por mera comodidade do cliente, este pode preferir providenciar um único depósito dos honorários na conta da sociedade de advogados primeiramente contratada, mas sendo da ciência de todos de que parte desse depósito, que apenas transita provisoriamente na contabilidade desse escritório, deve ser transferida, imediatamente, para o proprietário dessa parcela de honorário, ou seja, o advogado, parecerista ou outra sociedade parceira.
18. À luz dos princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da justiça fiscal, não é juridicamente aceitável conferir efeitos tributários diversos, levando ao indevido bis in idem do mesmo valor pelos serviços prestados, em decorrência de uma mera opção de comodidade do cliente em relação a dois ou mais escritórios advocatícios.
19. Destarte, o equivocadamente vetado preceptivo legal, em análise, simplesmente procura favorecer a esses princípios supracitados, evitando o indevido bis in idem ou a duplicidade de incidência tributária sobre o mesmo fato e valor econômico, nada tendo de inconstitucional.

20. O vínculo entre os escritórios é de confiança e de união de propósitos, que pode ser formalizado em acordo formal, apesar de não configurar contrato de despachante, de representante, ou outra avença de natureza semelhante. No acordo formal, é possível esclarecer as atribuições de cada escritório e dispor sobre os deveres de cada parte, inclusive prevendo cláusulas de confidencialidade. Pode-se, também, estipular reuniões de alinhamento, de troca de conhecimento e de construção de estratégia global, sempre tendo em vista os interesses do cliente.
21. A inexistência de vínculo jurídico impede que um escritório tenha a última palavra sobre desavenças a respeito da estratégia de defesa, podendo esses desacordos serem dirimidos por auto-composição ou mediação com cliente. Ressalva-se que a relação de confiança e de deferência à área de especialidade de cada parceiro tendem a ser os critérios de resolução. Não há, portanto, subordinação sequer intelectual entre as partes.
22. Em relação à divulgação dos representantes do cliente, mormente no caso da inclusão de timbres em peças processuais, geralmente as marcas dividem espaço no cabeçalho da petição. Essa informação é importante para esclarecer que o serviço prestado no contrato de parceria é um nome próprio de cada sociedade.
23. Em relação a despachos, participação de reuniões com autoridades, ou sustentações orais, a mera apresentação de substabelecimento com reservas já é o suficiente para a atuação em conjunto, sem que isso signifique, de forma alguma, subcontratação.
24. Os contratos de parceria são regulamentados de forma sucinta pelo Provimento da OAB nº 204/2021, que dispõe:

Art. 3º É legítima a contratação de diversos advogados ou de distintas sociedades de advogados para atuação consultiva ou litigiosa sobre o mesmo objeto, aplicando-se, nesse caso, todas as obrigações previstas neste provimento.

(...)

Art. 9º No caso de recebimento de honorários advocatícios representativos de remuneração pela orientação de outro advogado ou sociedade de advogados para atuação em favor do cliente, a comprovação deverá ser feita por meio da apresentação do contrato de parceria entre o advogado ou sociedade de advogados indicante e o advogado ou sociedade de advogados indicada, onde deverão constar:

- a) O valor total da remuneração do advogado ou sociedade de advogados indicante, em razão da indicação;
- b) O valor do contrato de origem firmado pelo advogado ou sociedade de advogados com o cliente indicado;
- c) A especificação dos trabalhos a serem desenvolvidos pelo advogado ou sociedade de advogados ao cliente indicado; e
- d) As condições de recebimento dos honorários.

25. Como o contrato de parceria é regido pela liberdade contratual e pelas normas gerais dos contratos empresariais, a regulamentação da OAB é voltada basicamente para a repartição dos honorários entre as firmas parceiras.
26. Não são raras as situações em que os honorários, sejam sucumbenciais ou contratuais, são depositados na conta de um escritório, que deve reter apenas a parcela correspondente à remuneração de seus serviços e repassar o resto do seu montante para os parceiros.
27. Cada sociedade deve emitir a sua própria nota fiscal em nome do cliente referente a sua parte dos honorários e o escritório que faz a repartição dos valores deve fazer a devida contabilização desse fluxo financeiro em sua conta.
28. Há um mal costume, todavia, que o escritório parceiro deixe de formalizar a sua relação contratual com o cliente ou que o

escritório contratado deixe de realizar um aditivo para reduzir os honorários contratuais originalmente previstos a ele. A parceria muitas vezes fica delimitada ao acordo de atuação conjunta e divisão dos honorários, muito devido à relação de confiança entre as partes.

29. A formalização da parceria deveria ser seguida da regularização e formalização dos contratos de honorários com o cliente. Eventual ausência, todavia, não representa a contratação de prestação de serviço de um escritório com outro, muito menos que os valores de um escritório que ingressam em uma firma parceira sejam receitas que devam ser oferecidas à tributação.
30. Nesse sentido, o legislador federal tomou o cuidado de incluir no art. 15, do Estatuto da Advocacia, o seguinte parágrafo: *A sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia deverão recolher seus tributos sobre a parcela da receita que efetivamente lhes couber, com a exclusão da receita que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente.*

III – EXAME DA JURIDICIDADE DAS RAZÕES APRESENTADAS PARA O VETO PRESIDENCIAL

31. Advirta-se, preliminarmente, que neste tópico, vamos procurar ser o mais sinóptico e objetivo possível, tendo em vista que o escopo deste Parecer é de simplesmente, oferecer aos Excelentíssimos Senhores Parlamentares subsídios jurídicos para o exame do veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao preceptivo do Projeto de Lei nº 5.284/2020, que incluiu o § 9º ao artigo 15 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia).
32. A Constituição Federal, de 1988, no seu artigo 153, *caput*, inciso III, atribui competência à União para instituir o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, sendo que o § 1º do artigo 145 da mesma Carta Política, ampara o mínimo existencial da pessoa

física ou o necessário para sobrevivência da pessoa jurídica, de modo que o imposto sobre a renda e proventos deve ter caráter pessoal e deverá ser graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte.

33. Indubitavelmente, a expressão *renda e proventos de qualquer natureza* restringe a moldura do que se pode ser tributado a título de imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e o que pode ser entendido desses termos.
34. Em verdade, é possível deduzir que a Constituição Brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, adotou como conceito de renda e de proventos de qualquer natureza as definições das redações vigentes, até essa data, do artigo 43 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), diploma legal recebido pela Lei Maior com o *status* de lei complementar nacional (CF, art. 146, *caput*, III, *a*; ADCT da CF, art. 34, § 5º).
35. Disso decorre que o legislador infraconstitucional não tem a liberdade de extrapolar os conceitos de renda e de proventos de qualquer natureza definidos pelo *caput* do artigo 43 do CTN e adotados pela Constituição da República de 1988.
36. Se assim não fosse, se pudesse o legislador infraconstitucional, por exemplo, definir como renda aquilo que é uma receita (as palavras renda e receita não se confundem, representam realidades econômicas e jurídicas bem diferentes) ou mero ingresso (simples entrada provisória de recursos que não se integra definitivamente no patrimônio do contribuinte, sendo logo distribuído para o seu verdadeiro titular) ou mesmo uma despesa (gasto realizado pelo contribuinte para obtenção da renda ou dos proventos), estaria destruída toda a distribuição constitucional de competência tributária.
37. A esse respeito, traga-se à colação o percuciente magistério do ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Gallotti, no trecho do voto emanado por ocasião do julgamento do Recurso

Extraordinário nº 71.758², lastreado no preceptivo do artigo 110 do Código Tributário Nacional – CTN³, em que espanca o descabimento de ficções jurídicas para a definição de termos, que a Constituição Federal utilizou, para delimitar a poder do Estado: *se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição.*

38. Assim, é que o *caput* do artigo 43 do CTN define *renda* como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica com acréscimo patrimonial do produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e, proventos de qualquer natureza como a disponibilidade econômica ou jurídica de outros acréscimos patrimoniais não compreendidos como renda, ou seja, que não sejam produtos do capital nem do trabalho nem da combinação de ambos, como exemplo, os proventos da aposentadoria e pensão, os rendimentos obtidos ilicitamente.
39. Insta ressaltar que sem acréscimo patrimonial, auferido em um determinado período, não há de se falar de renda nem de proventos, pois o Estatuto Político, de 1988, acolheu, explicitamente, o conceito de renda e de proventos como acréscimo.
40. Portanto, é razoável inferir que a norma vetada do § 9º do artigo 15, em baila, em verdade, trata de esclarecimento ou interpretação legal acerca de não-incidência, ao invés de que qualquer espécie de benefício fiscal⁴.

2. STF-Pleno. RE 71.758/GB, rel. min. Thompson Flores, in RTJ vol. 66-1, p. 165.

3. Lei nº 5.172, de 25/10/1966 – CTN. “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

4. Hodiernamente, esta exegese jurídica é unânime na doutrina pátria, cabendo conferir, apenas a título ilustrativo, as seguintes corroborações: MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de direito tributário*, 38 edição, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 320 a 333; PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos federais*,

41. Pensar o contrário, seria autorizar um indevido *bis in idem*, sem autorização constitucional nem legal, posto que o mesmo fato signo presuntivo de riqueza, de capacidade contributiva, vale explicitar, seria tolerar que a mesma receita ou o mesmo valor fosse tributado pelo imposto de renda, pela contribuição social sobre o lucro líquido e pelo imposto sobre serviços e também pelas contribuições PIS/Cofins duas vezes, uma incidindo sobre o total que havia entrado ou ingressado nos cofres da sociedade de advocacia originariamente contratada pelo cliente, nesse total incluso a quantia imediatamente transferida, e a outra vez, referente justamente a mesma parcela transferida para advogado ou para outra sociedade de advocacia parceira.
42. Vale avivar que, além de a Constituição Federal não admitir *bis in idem* de tributos, no seu artigo 154, inciso I, e no seu artigo 195, § 4º, permite o uso pela União de sua competência residual, desde que o imposto ou contribuição para a seguridade social novos sejam instituídos por lei complementar, tenham fato gerador e base de cálculos diferentes dos impostos e das contribuições para a seguridade social já discriminados pela Constituição e sejam não-cumulativos, exigências não atendidas.
43. É certo que o artigo 44 do CTN dispõe que a base de cálculo do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas pode ser o montante real (que é a regra, com base no confronto das receitas menos os custos e as despesas), presumido (dentro de determinado montante, quando escolhido esse sistema pelo contribuinte tendo como base a receita bruta e no caso da adoção do Simples Nacional, sendo uma opção do contribuinte, não pode ser imposta a ele) e arbitrado (quando há impossibilidade de tributação com supedâneo montante real ou presumido).

estaduais e municipais(e-book), 11 edição, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 65 a 114; PAULSEN. Leandro. *Curso de direito tributário completo(e-book)*, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018, posições 7341 a 7631; DERZI, Misabel. *Os conceitos de renda e patrimônio*. Belo Horizonte. Del Rey, 1992.

44. Em relação às pessoas físicas, a quem também é exigida a observância do mínimo existencial e do acréscimo patrimonial, o imposto sobre renda e proventos passou, praticamente, a incidir sobre o rendimento bruto com os abatimentos e deduções permitidas por lei.
45. Cumpre reconhecer que, embora traga simplificação da sistemática do tributo, a incidência do imposto sobre a renda com base no lucro presumido (receita bruta) ou do rendimento bruto, praticamente, elimina a exigência constitucional do caráter pessoal desse imposto (CF, art. 145, § 1º).
46. Consoante o magistério de Hugo de Brito Machado⁵, *in verbis*:

A rigor, na definição da base de cálculo do imposto de renda pela legislação ordinária, podem ser constatadas diversas violações da Constituição, posto que levam à incidência do imposto sobre algo que não é renda. Por outro lado, o próprio sistema do qual decorre o pagamento do imposto na fonte em valor superior ao devido na declaração de ajuste anual [ou periódico] de ajuste também fere a Constituição Federal, pois termina sendo uma forma oblíqua de instituir empréstimo compulsório [fora das exigências constitucionais – CF, art. 148].

47. Destarte, o preceptivo § 9º do art. 15, em baila, pretende apenas e tão somente trazer uma interpretação legal de não incidência em relação ao valor transferido para o parceiro, seu real titular, obstando o indevido *bis in idem*, ou seja, a tributação em duplicidade da mesma quantia pelo imposto sobre renda, pelas contribuições CSLL, Pis/Cofins e pelo imposto sobre serviços.
48. Ademais, a jurisprudência de nossa Excelsa Corte Constitucional se consolidou no sentido de que não se pode ser considerada como receita bruta aquilo que sequer pode ser tida por receita, ou seja, a mera entrada ou o simples ingresso de recursos no cofre do

5. MACHADO, Hugo de Brito. *Opus citatum*, p. 327.

primeiro contribuinte, para, em seguida ou imediatamente depois, ser transferido para o verdadeiro titular dessas quantias – o outro ou segundo contribuinte, que apenas transitou na contabilidade desse primeiro contribuinte.

49. A propósito, traga-se à colação atese do tema nº 69 da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR⁶ no sentido de que o *ICMS*, cobrado ou retido, *não compõe a base de cálculo do Pis e da Cofins*, justamente por representar mero ingresso ou simples entrada provisória de dinheiro na contabilidade do contribuinte, não podendo o respectivo valor ser considerado receita ou não podendo compor o faturamento do contribuinte, já que o correspondente recurso tem como verdadeiro titular o Estado-Membro.
50. *Mutatis mutandis*, o Respeitável *Decisum* do Excelso Supremo Tribunal Federal (STF), que possui efeitos *erga omnes* e vinculante, aplica-se perfeitamente ao preceptivo, em análise, do § 9º do artigo 15 do Estatuto da Advocacia, equivocadamente vetado.
51. Só por este *Decisum*, está demonstrado que a vedação deste preceito do § 9º do artigo 15 vai de encontro à jurisprudência do STF, não sendo, mesmo com o mal fundamentado veto, juridicamente cabível a cobrança duas vezes do mesmo valor, ou seja, não há juridicidade na cobrança do PIS e da Cofins da mesma quantia tanto do escritório advocatício com contrato com o cliente, quanto do advogado, parecerista ou outra sociedade de advocacia parceiros daquele, quando, em relação ao escritório contratado pelo cliente, esse valor, que meramente trafega por sua contabilidade para logo ser transferido para o terceiro parceiro sequer é uma receita, mas mera entrada ou simples ingresso de recursos.

6. BRASIL, STF-Pleno. Acórdão integral dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 574.706/PR RG, publicado na íntegra na “Revista Fórum de Direito Tributário” nº 116, SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes (diretor científico), Belo Horizonte: Editora Fórum, março e abril de 2022, p. 201 a 276.

52. Além da formalização contratual entre um escritório da advocacia e terceiros, advogado, parecerista ou outro escritório, é o próprio dispositivo vetado (art. 15, § 9º, do Estatuto da Advocacia, criado pelo Projeto de Lei nº 5.284/2020) que estabelece que a parte desse ingresso ou essa entrada provisória, a ser, em seguida, transferida para o parceiro, real titular desse dinheiro, não configura receita, não podendo compor a receita bruta, da pessoa jurídica que recebera a totalidade dos honorários acordados com o seu cliente, sendo que, com a anuência do mesmo cliente, parte desses recursos deveria ser depositada na conta do terceiro advogado ou parecerista ou da sociedade de advocacia parceira.
53. O que está explicitado acima aplica-se, perfeitamente, à contribuição para o custeio da seguridade social sobre o lucro das pessoas jurídicas (CF, art. 195, *caput*, inciso I, alínea *c* (redação dada pela EC nº20, de 1998), instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, que no seu artigo 2º estatui que a base de cálculo da Contribuição social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas – CSSL – é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.
54. A norma, em análise, não é vinculante para o imposto municipal e distrital sobre serviços de qualquer natureza, servindo, apenas, como vetor interpretativo das normas dos municípios e do Distrito Federal sobre a incidência do ISSQN.
55. De modo que poderia ser aplicável o mesmo raciocínio interpretativo do dispositivo legal federal, se não tivesse sido vetado, isto em relação a injuridicidade de incidência em duplicidade do imposto sobre serviços de qualquer natureza, pois representaria tributar, com indevido *bis in idem*, ou seja, duas vezes, o valor do serviço prestado, uma vez sobre a totalidade do valor do serviço prestado pelo escritório contratado pelo cliente, nesse valor sendo incluso, provisoriamente, o valor que logo após o recebimento foi transferido para o terceiro parceiro deste escritório, tributando-se, novamente, com o valor da mesma parcela transferida o serviço prestado pelo parceiro.

56. A Constituição Federal confere competência aos municípios e ao Distrito Federal para instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN – (CF, art. 156, *caput*, III; c/c art. 147), já o *caput* do artigo 1º, da Lei Complementar nº 116, de 31 de junho de 2003, em obediência ao artigo 146, *caput*, III, *a*, da Lei Maior, reza que tal imposto tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa (advocacia, item 17.14), ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.
57. Por sua vez, o *caput* do artigo 7º da Lei complementar nº 116/2003 dispõe que *a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço*.
58. Ora, não há autorização constitucional ou legal para que seja cobrado duas vezes o ISSQN pelo mesmo serviço prestado, uma vez pelo total recebido, pela parte da sociedade de advogados originariamente contratada, inclusa a parte transferida para o seu real titular, e a outra vez, pelo advogado, parecerista ou outro escritório parceiro, referente ao recebimento da parte deste nos honorários.
59. A seu turno, os preceptivos constitucionais do artigo 195, *caput*, inciso I, alínea *b* (com redação dada pela EC nº 20, de 1998), c/c o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea *b* (incluso pela EC nº 33, de 2001), e do artigo 239 autorizam o *bis in idem* de a União a exigir contribuições para o financiamento da seguridade social sobre a receita bruta ou faturamento, que são a contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins (LC nº 70/1991 e legislação posterior) – e o Pis (LC nº 7, de 1970, recebida pela CF/1988 com a hierarquia de lei ordinária e legislação posterior) – programa de integração social – PIS.
60. A Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que instituiu o **regime não-cumulativo do PIS/Pasep**, e a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que instituiu o **regime não-cumulativo da**

Cofins⁷, quando já vigente a alteração dada pela EC nº 20/1998, determinaram, em harmonia com a norma constitucional vigente do art. 195, *caput*, inc. I, alínea *b*, a incidência, sobre as empresas do regime da não-cumulatividade, das contribuições sobre **o total das receitas** auferidas pela pessoa jurídica, isto é, sobre a *receita bruta* (Lei 10.637/2002, art. 1º; Lei 19.833/2003, art. 1º, art. 12 do Decreto-Lei 1.598/1977), que revelem capacidade contributiva, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, compreendendo esse total de receitas as receitas brutas das vendas de bens e serviços, o resultado auferido nas operações de conta alheia, outras receitas da atividade ou do objeto principal da pessoa jurídica e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, espelhando capacidade contributiva, inclusive as receitas acidentais, excluídos as ressalvas legais e, naturalmente, aquilo que não é receita, mas simples ingresso ou entrada, que não representa um signo presuntivo de capacidade contributiva.

61. A seu turno, a Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a par de alterar a Lei nº 9.718/1998, a Lei nº 10.637/2002 e a Lei nº 10.833/2003 e o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, no seu art. 52, estabeleceu, para as empresas **não submetidas à técnica da não-cumulatividade**, a incidência das contribuições PIS/Pasep e Cofins sob o **faturamento** das pessoas jurídicas de direito privado, continuando a equiparar faturamento com receita bruta, ressalvadas as receitas acidentais, compreendida, então, esta receita bruta como o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço da prestação de serviços em geral, o resultado auferido nas operações de conta alheia e, também, outras receitas da atividade ou do objeto principal da pessoa jurídica, desde que espelhem capacidade contributiva.

7. Cf. alterações promovidas pelos arts. 53 e 54 da Lei 12.973/2014 a dispositivos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que tratam respectivamente das contribuições para PIS/Pasep e Cofins do regime não-cumulativo.

62. Assim, o artigo 52 da Lei nº 12.973/2014 alterou a redação do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, dispondo que o **faturamento das contribuições sob o regime cumulativo para o PIS/Pasep e a da Cofins** compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, tendo, entretanto, tal legislação infraconstitucional ido menos do que a EC 20/1988 havia autorizado para receita ou receita bruta, de modo que continuou não prevendo a configuração de receitas acidentais (rendimentos de aplicações financeiras, venda do ativo fixo ou permanente, aluguéis de imóveis, não sendo a empresa imobiliária) como parcela da receita bruta tributável.
63. Assim, para além da definição de receita bruta para fins do imposto de renda da pessoa jurídica, para fins, também, das contribuições cumulativas para o PIS/Pasep e da Cofins, o artigo 12, *caput*, incisos I ao IV, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com redação dada pela Lei nº 12.973/2014 (artigo 208 do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018 – RIR/2018), equipara o vocábulo faturamento com a expressão receita bruta, embora, repise-se, tradicionalmente existiam duas grandezas diferentes, mas, de qualquer forma, a nova redação da alínea *b* do inciso I, do artigo 195 da Lei Suprema (EC 20/1998) ampliou a competência de a União instituir contribuições para a seguridade social das empresas tanto sobre o faturamento quanto sobre a receita. Transcreva-se o art. 12 do DL nº 1.598/1977, *in verbis*:
- Art. 12. A receita bruta compreende: I – o produto da venda de bens nas operações de conta própria; II – o preço da prestação de serviços em geral; III – o resultado auferido nas operações de conta alheia; IV – as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.
64. Não obstante, como Leandro Paulsen adverte, com pontuais complementações que inclui em negrito:

Não se pode interpretar ampliações dos conceitos de faturamento, compreendido como receita bruta, de modo a que alcance rubrica que, em verdade não revelam qualquer capacidade contributiva.

Efetivamente, embora o conceito de receita seja mais largo do que o de faturamento, nem todo ingresso ou lançamento contábil a crédito constitui ingresso patrimonial. A análise da amplitude da base econômica “receita” precisa ser analisada sob a perspectiva dos princípios constitucionais, dentro os quais o do não confisco e o da isonomia [**como também, os princípios do art. 5º, LIV, da CF, da razoabilidade e da proporcionalidade**].

Nem tudo o que contabilmente seja considerado como receita poderá, tão só por isso, ser considerado como receita bruta para fins de incidência de multas. Tampouco é dado à SRF ampliar por atos normativos o que se deva considerar como tal. A receita, para ser tributada, deve constituir riqueza reveladora de capacidade contributiva e patrimonialidade.

[...]

Do mesmo modo, não pode o legislador [**muito menos a autoridade administrativa**] fazer incidir contribuição sobre indenizações⁸ ou ressarcimentos e recuperações de custos tributários⁹. Assim, na repetição de indébito tributário, não incide Cofins¹⁰. Do mesmo modo, não incide Cofins sobre os créditos de ICMS, IPI, PIS e Cofins que evitam a cumulatividade de tais tributos;

8. Cf. a esse respeito, SEHN, Solon. Não-incidência de PIS/Pasep e da Cofins sobre reembolsos e indenizações, in “Revista Dialética de Direito Tributário” – RDDT – nº 162, São Paulo: Ed. Dialética, março de 2009, p. 58 a 69.

9. Cf. MINATEL, José Antônio. *Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação*, revista do MP, 2005, p. 218 a 259.

10. Cf. IN SRF 25/2003: *Art. 2º Não há incidência da [...] Cofins e do PIS/Pasep sobre os valores recuperados a título de tributo pago indevidamente.*

a sua utilização em compensação com tributo devido, o seu ressarcimento em dinheiro pelo Fisco ou mesmo o ingresso decorrente da cessão a terceiro não integram a base de cálculo das contribuições sobre a receita. Também não poderá incidir sobre créditos presumidos do IPI, de que trata a Lei nº 9.363/96, que visam a compensar o PIS e a Cofins suportados de fato pelo exportador quando da aquisição de produtos¹¹.

Também não é dado ao legislador tributar todo e qualquer ingresso nas contas do contribuinte como se faturamento fossem, na medida em que eventualmente podem configurar ingressos em nome de terceiros.

Aliás a Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 2º, III, chegou a determinar a exclusão da base de cálculo da Cofins e do PIS, dos valores que, computados como receita, tivessem sido transferidos para outra pessoa jurídica. Ocorre que o dispositivo remetia a normas regulamentares que jamais foram editadas, restando, posteriormente, revogado pela MP nº 2.158-35/2001, tornada permanente por força da EC nº 32/2001, Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza manifestaram-se, então, no sentido de que o referido inciso III constituía simples explicitação dos parâmetros constitucionais para a incidência de contribuições¹².

[...]

-
11. Nesse sentido, cf. Acórdão do STJ-2ª Turma, do REsp nº 1.003.029/RS, rel. min. Castro Meira, agosto/2008.
 12. MARTINS, Ives Gandra da Silva. SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *Exclusão das receitas de terceiros da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins devidas pelo contribuinte. Direito que decorre da norma de competência relativa a cada uma dessas contribuições e do princípio da capacidade contributiva. Inconstitucionalidade da MP 2.037 que pretendeu obstá-lo mediante revogação do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/98*, in "RDDT" nº 70, São Paulo: Ed. Dialética, julho de 2001, p. 150 a 163.

Hoje, com a Lei nº 12.937/2014, resta claro que, quanto às operações em conta alheia, só incide sobre o resultado¹³.

65. Ressalte-se, a Lei Complementar nº 70/1991, embora não trate de matéria que a Constituição exige lei complementar, sendo, em verdade, lei ordinária¹⁴, fiel à Constituição Federal, afastou, no parágrafo único do seu artigo 2º, a possibilidade de incidir-se, na base de cálculo da COFINS, o valor devido a título do imposto sobre produtos industrializados – IPI – e das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.
66. Como já exposto, a mera entrada provisória de dinheiro, simples ingresso de recursos nos cofres de uma empresa, para posterior encaminhamento para o verdadeiro proprietário desse honorário ou desse recurso, sequer é receita, não podendo compor o faturamento ou a receita bruta, ainda que na hipótese da incidência de tributos no regime do Simples Nacional (LC nº 123, de 14 de dezembro de 2006).
67. Por tudo isso, não há de se cogitar de qualquer lesão do artigo 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, nem do artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Tributárias da Constituição da República.
68. Não se pretendeu conceder renúncia de receita alguma, mas apenas e tão somente obstar que a parcela de recursos transferida seja tributada duas vezes sem autorização constitucional nem legal, bem como evitar que seja tributado com imposto de renda, com contribuições para a seguridade social – a CSLL, o PIS e a Cofins – e com o imposto sobre serviços de qualquer natureza

13. PAULSEN, Leandro. VELLOSO, Andrei Pitten. *Opus citatum, Contribuições no sistema tributário brasileiro (e-book)*, p. 273 a 277.

14. STF-Pleno. ADC nº 1, rel. min. Moreira Alves, in *DJ* de 16/6/1995, p. 18213; STF-Pleno. RE nº 377.457/PR, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe*-241, 19/12/2008.

aquilo que sequer pode ser tido como receita, posto que trata-se de mera entrada ou simples ingresso de recursos, para a imediata transferência para o verdadeiro proprietário do recurso – o terceiro parceiro.

69. O correto mesmo seria tributar com o imposto de renda, o imposto sobre serviços e as contribuições CSLL, PIS e Cofins apenas a parcela de receita que, realmente, pertence ao escritório de advocacia originariamente contratado pelo cliente. A parte que ingressa provisoriamente na contabilidade desse escritório, para, logo em seguida ser transferida para advogado, parecerista ou outro escritório parceiro deve sofrer por esses parceiros a tributação pelas receitas que lhes foram transferidas e lhes pertencem.
70. Portanto, não sucede, no preceito vetado, concessão de incentivo fiscal sem apresentação de estimativa do impacto orçamentário e financeiro ou medidas compensatórias (art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal; art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000), posto que aqui não há renúncia de receita tributária, mas apenas existe regra evitando o indevido *bis in idem* e a incidência de imposto de renda e contribuições para PIS/Cofins e CSLL sobre aquilo que sequer é uma receita, que não poderia figurar como parte de receita bruta, já que trata de mera entrada ou simples ingressos de recursos no escritório contratado pelo cliente, para depois, após a transferência de parcela de recursos para o parceiro, este deve ser tributado como verdadeiro titular do valor do acréscimo patrimonial ou da receita.
71. O preceptivo vetado, em comento, não deveria ser disciplinado por lei complementar de normas gerais (CF, art. 146, III), posto que as hipóteses de incidência, bases de cálculos e contribuintes dos impostos aqui mencionados estão já suficientemente disciplinados pelos artigos 43 e seguintes do CTN e pelos artigos 1º e seguintes da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, e pela sua lista de serviços anexa, e pelas leis das contribuições sociais CSLL,

PIS, Cofins, não havendo, conforme assentada jurisprudência do Guardião Maior da Constituição Federal necessidade de lei complementar para definir fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes das contribuições para a seguridade social.

72. Conforme ponderação de Roque Carrazza¹⁵, a exigência constitucional de lei complementar de normas gerais em matéria tributária (CF, art. 146, III), se interpretada sistematicamente, desautoriza a União a descer a detalhe, isto é, ocupar-se com peculiaridades da tributação de cada pessoa política, sob pena de desconjuntar os princípios federativos e de autonomia política dos entes federados.
73. *Ad argumentandum tantum*, mesmo que se considere que o dispositivo vetado disciplina um benefício fiscal ou uma isenção ou redução de base de cálculo, assim mesmo o artigo 150, § 6º, da Lei Maior não exige lei complementar genérica para tal disciplina, mas sim lei ordinária específica, ao dispor que *qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição*.
74. E conforme jurisprudência mansa e pacífica do STF, apenas cabe lei complementar naquelas hipóteses de conteúdos fechados, expressamente elencadas pela Constituição; quando não existe o termo complementar, em geral, essa lei constitucionalmente exigida é ordinária.
75. Destarte, especialmente em relação aos tributos federais (IR, CSLL, Confins, PIS), não há exigência constitucional de lei complementar para a concessão de benefícios fiscais.

15. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 794.

76. Ademais, o preceptivo do artigo 5º, inciso XIII, da Lei das Leis dispõe que livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que lei ordinária estabelecer, e o parágrafo único do artigo 170 da mesma Carta Política assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei ordinária.
77. Portanto, é constitucional que a regulamentação de profissões como a da advocacia seja efetuada, inclusive sob algum tributário, por lei ordinária.
78. Outrossim, não há, na norma vetada do artigo 15, § 9º, do Estatuto da Advocacia, violação ao princípio da isonomia em relação a outras categorias profissionais (CF, art. 150, II), já que várias categorias de contribuintes recebem, por normas leis ordinárias específicas, o mesmo tratamento tributário, sem que jamais tivesse havido qualquer alegação de inconstitucionalidade por infundada alegação de descumprimento ao princípio da igualdade do tratamento tributário.
79. Destarte, não fere ao princípio isonômico no tratamento tributário norma de lei ordinária estabelecendo que *a sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia deverão recolher seus tributos sobre a parcela da receita que efetivamente lhes couber, com a exclusão da receita que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente.*
80. Aliás, os artigos 14 e 50 da Lei nº 7.739, de 16 de março de 1989, os artigos 30 e 31 da Instrução Normativa da RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, e a Solução de Consulta Cosit nº 116, de 26 de março de 2019, autorizam a exclusão do valor do aluguel recebido a quantia referente à comissão da empresa imobiliária e deduções, quando arcadas exclusivamente pelo proprietário, das quantias relativas a impostos, taxas e emolumentos incidentes sobre o bem que produzir o rendimento, do aluguel pago pela

locação do imóvel sublocado; das despesas pagas para cobrança ou recebimento do rendimento e despesa de condomínio.

81. A esse respeito, transcrevam-se, apenas a título ilustrativo as Ementas das seguintes Soluções de Consultas, emanadas pela Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil, em casos semelhantes envolvendo outras categorias econômicas, *in verbis*:

Solução de Consulta nº 239 –Cosit

Data: 16 de maio de 2017

Assunto: Simples Nacional

Ementa: RECEITA BRUTA. BASE DE CÁLCULO. SRERVIÇO DE INTERMEDIACÃO DO SERVIÇO DE TÁXI.

A base de cálculo a ser oferecida à tributação, pelas empresas que realizam a intermediação do serviço de táxi (Radiotáxi), é o valor efetivamente recebido por elas pelo serviço de intermediação prestado, desde que não haja qualquer tipo de ingerência da pessoa jurídica intermediadora em relação ao serviço prestado pelo taxista (transporte de passageiros) e que o motorista, autorizado a prestar o serviço de táxi pelo órgão público competente, seja um prestador de serviço autônomo.

Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 123, de 2006, arts. 3º e 18; Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 2011, art. 2º e 16; Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12.

Conclusão: a) Os valores depositados pelas operadoras de cartão de crédito/débito na conta das empresas de Radiotáxi, que realizam a intermediação do serviço de táxi, quando do pagamento das corridas por meio de cartão de crédito/débito, não configuram receita dessas empresas (Radiotáxi), desde que não haja qualquer tipo de ingerência da pessoa jurídica intermediadora em relação ao serviço prestado pelo taxista (transporte de

passageiro), e que o motorista, autorizado a prestar o serviço de táxi pelo órgão público competente, seja um prestador de serviço autônomo; e b) Devem ser oferecidos à tributação pela consulente apenas os valores referentes aos percentuais retidos, quando do repasse aos taxistas dos pagamentos de corridas efetuadas por meio de cartão crédito/débito, e não o total dos valores depositados pelas operadoras de cartão em sua conta. Sendo essa, juntamente com a mensalidade fixa paga pelos motoristas autônomos, a receita a ser oferecida à tributação pela consulente [prestadora de serviço de apoio ao transporte por táxi, inclusive centrais de chamada].

Solução de Consulta nº 170 – Cosit

Data: 27 de setembro de 2021

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

EMENTA: BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. PREÇO DO SERVIÇO.

A receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, no caso de prestação de serviços, correspondente ao preço do serviço.

Não se incluem no conceito de renda bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei 1.598, de 1977, os valores que circulam na contabilidade de pessoa jurídica e não lhe pertencem, sendo propriedade e receita bruta de terceiros.

Dispositivos Legais: Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12; Anexo do Decreto nº 9.580, de 2018, art. 208; e Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 2017, art. 26.

Assunto: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

EMENTA: BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. PREÇO DO SERVIÇO

A receita bruta, para fins do art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, combinado com o art. 26 da Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 2017, no caso de prestação de serviços, corresponde ao preço do serviço.

Não se incluem no conceito de receita bruta de que trata o art. 26 da Instrução Normativa nº 1.700, de 2017, os valores que circulam na contabilidade de pessoa jurídica e não lhe pertencem, sendo propriedade e receita bruta de terceiros.

Dispositivos Legais: Lei nº 7.689, de 1988, art. 2º; e Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 2017, art. 26.

Assunto: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. PREÇO DO SERVIÇO.

A receita bruta, para fins do art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.833, de 2003, no caso de prestação de serviços, corresponde ao preço do serviço.

Não se incluem no conceito de receita bruta, para fins do art. 1º, §1º, da Lei nº 10.833, de 2003, os valores que circulam na contabilidade de pessoa jurídica e não lhe pertencem, sendo propriedade e receita bruta de terceiros.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 1º, §1º; e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

A receita bruta, para fins do art. 1º, §1º da Lei nº 10.637, de 2002, no caso de prestação de serviços, corresponde ao preço do serviço.

Não se incluem no conceito de receita bruta, para fins do art. 1º, §1º da Lei nº 10.637, de 2002, os valores que circulam na contabilidade de pessoa jurídica e não

lhe pertencem, sendo propriedade e receita bruta de terceiros.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.637, de 2002, art. 1º, §1º; e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12.

Conclusão: A receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, no caso de prestação de serviços, corresponde ao preço do serviço; e para fins do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, da Contribuição Social sobre lucro Líquido, da Cofins e da Contribuição para PIS/Pasep, não se incluem no conceito de receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, os valores que circulam na contabilidade da pessoa jurídica e não lhe pertencem, sendo propriedade e receita bruta de terceiros, titulares da relação jurídica que deu causa à entrada desse recurso.

82. No mesmo sentido interpretativo, é o seguinte “Decisum” unânime da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, *verbis*:

Processo nº 10950.002290/00-51

Recurso nº: 125.329

Matéria: IRPF – EX: 1999

[...]

SESSÃO de: 21 de agosto de 2021

Acórdão nº: 102-44.977

Ementa: IRPF – FATO GERADOR NÃO OCORRIDO – AUSÊNCIA DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA – A posse, seja legítima e ilegítima, de bens de terceiros não gera, por si só, disponibilidade econômica e, em consequência, não se constitui em fato gerador de imposto de renda. Quando o CTN (art. 45) admite seja alcançado pelo imposto de renda o possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou de proventos tributáveis, o faz

tão-só, como elucida o art. 2º, § 1º, do RIR/99, para tributar as pessoas físicas que perceberem rendimentos de bens de que tenham a posse como se lhes pertencessem, de acordo com a legislação em vigor.

83. No mesmo diapasão hermenêutico, são as seguintes Ementas de Acórdãos unânimes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça,

STJ-1ª Turma. AgInt no AREsp nº 562.665-ES

Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho

Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. SERVIÇO DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR TOTAL DA NOTA FISCAL, A QUAL INCLUI SERVIÇOS QUE SÃO PRESTADOS POR TERCEIROS. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM MEDIANTE ANÁLISE DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA EXCEPCIONAL. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Discute-se nos autos se a base de cálculo do ISSQN sobre os serviços de propaganda e publicidade inclui ou não os valores reembolsados a terceiros a título de impressão e produção de materiais de divulgação.

2. Segundo disposto nos arts. 1º e 7º da LC 116/2003, **o ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, sendo a base de cálculo o preço do serviço, o qual, à luz dos princípios da capacidade contributiva, da legalidade e da justiça tributária, deve estar vinculado ao ganho financeiro proporcionado pelo serviço prestado.** Precedente: REsp. 1.584.736/SE, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, *DJe* 28.2.2018.

3. Assim, considerando que o fato gerador do ISS é o serviço prestado e concluindo o Tribunal estadual que o valor total da nota fiscal inclui serviços não prestados

pela empresa ora recorrida, mas sim por terceiros, não advindo o lucro auferido pela empresa dos serviços prestados por estes terceiros, rever tal assertiva implica o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial.

4. Agravo Interno do MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES a que se nega provimento. (*DJe* 13/6/2019)

STJ-1ª Turma. AgInt no REsp nº 1.821.015-SP

Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho

Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ISS. EMPRESA GESTORA DE PLANO DE SAÚDE. RETIFICAÇÃO DO VALOR. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADO. NÃO OCORRÊNCIA DE NOVO LANÇAMENTO PELO MAGISTRADO. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. MENSALIDADE PAGA PELOS ASSOCIADOS, DESCONTADAS AS QUANTIAS REPASSADAS AOS TERCEIROS CREDENCIADOS. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. A decisão da Corte paulista não destoia do entendimento sufragado por este Tribunal de que, nos serviços de plano de saúde, a base de cálculo do ISS é o valor líquido recebido, ou seja, o valor bruto pago pelos associados, descontados os pagamentos efetuados aos profissionais credenciados, pois em relação aos serviços prestados por esses profissionais há a incidência do tributo, de modo que **a nova incidência sobre o valor destinado a remunerar tais serviços caracteriza-se como dupla incidência do ISS sobre o preço pago por um mesmo serviço**. Dessa forma, o valor repassado aos profissionais credenciados deve ser excluído da base de cálculo do tributo devido pela empresa gestora.

5. Agravo Interno do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP a que se nega provimento. (DJe 29/10/2020). Grifei.

IV – CONCLUSÃO E RESPOSTAS AOS QUESITOS

84. Diante do exposto cabe concluir que nada tem de inconstitucional o preceptivo do Projeto de Lei nº 5.284/2020, que incluiu o § 9º ao artigo 15 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), dispondo que *a sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia deverão recolher seus tributos sobre a parcela da receita que efetivamente lhes couber, com a exclusão da receita que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente*, pois a analisada norma apenas busca explicitar situação de não incidência, como escopo de obstar indevido *bis in idem*, sendo certo que sequer pode ser considerada como receita nem podendo compor a receita bruta a parcela recebida provisoriamente, caracterizando-se como mera entrada ou simples ingresso de dinheiro nos cofres de uma sociedade de advogados ou de uma sociedade unipessoal de advocacia, para, imediatamente, ser transferida para advogados ou a sociedades parceiras, verdadeiros proprietários dessa parcela de honorários transferida.

85. Passamos a responder objetivamente aos quesitos:

a) Com base no dispositivo vetado do Projeto de Lei nº 5.284/2020, que incluiu o § 9º ao art. 15 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), seria legítimo que a sociedade de advogados recolhesse seus tributos sobre a parcela da receita que lhe coubesse, excluía a parcela de ingresso de dinheiro que for transferida a outros advogados ou a sociedades que atuem em forma de parceria para o atendimento do cliente?

R. Sim, tal regra, equivocadamente, vetada, caracteriza-se, simplesmente, como regra legal interpretativa esclarecedora de não incidência, com o escopo de obstar o indevido *bis in idem*

e a incidência tributária de quantia que sequer pode ser classificada como receita, não podendo compor a receita bruta, já que configura mera entrada ou ingresso provisório de recursos, imediatamente transferido para terceiro, o parceiro, verdadeiro titular desse recurso. Este sim deve ser tributado pela parcela dos honorários que lhe pertence.

b) A inclusão do § 9º ao art. 15 do Estatuto da Advocacia proposta pelo Projeto de Lei nº 5.284/2020 deveria se submeter à reserva de lei complementar?

R. Não, pois não há choque no disposto do preceito legal vetado com as pertinentes normas de lei complementares, estando os fatos geradores e as bases de cálculo do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza muito bem definidos, por exemplo, nos arts. 43 e 44 do CTN, não havendo também necessidade de lei complementar para definir fatos geradores e base de cálculos de contribuições para a seguridade social já discriminadas na Constituição da República.

Ademais, mesmo que se considerasse, apenas a título de argumentação, que o caso vertente tratar-se-ia de hipótese de benefício fiscal, o que não acredito que seja o caso, a norma constitucional do § 6º do art. 150 exige apenas lei ordinária.

A propósito, segundo ponderação de Roque Antônio Carrazza, a exigência constitucional de lei complementar de normas gerais em matéria tributária (CF, art. 146, III), se interpretada sistematicamente, desautoriza a União a descer a detalhe, isto é, ocupar-se com peculiaridades da tributação de cada pessoa política, sob pena de desconjuntar os princípios federativos e de autonomia política dos entes federados.

Aduza-se que, nos termos do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que lei ordinária estabelecer, e o parágrafo único do artigo 170 da

mesma Carta Política assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei ordinária.

Portanto, é constitucional que a regulamentação de profissões como a da advocacia seja efetuada por lei ordinária.

c) A inclusão do §9º ao art. 15 do Estatuto da Advocacia proposta pelo Projeto de Lei nº 5.284/2020 enseja tratamento diferenciado entre categorias profissionais?

R. Não, pois conforme demonstram as transcritas manifestações da própria RFB e do Egrégio STJ vários dispositivos legais dirigidas a outras atividades conferem o mesmo tratamento fiscal, com o escopo de evitar incidência em duplicidade do mesmo tributo sobre o mesmo fato ou valor.

A propósito, os artigos 14 e 50 da Lei ordinária federal nº 7.739, de 16 de março de 1989, os artigos 30 e 31 da Instrução Normativa da RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, e a Solução de Consulta Cosit nº 116, de 26 de março de 2019, autorizam, para fins do imposto de renda, a exclusão do valor do aluguel recebido a quantia referente à comissão da empresa imobiliária.

d) A proposta legislativa possui natureza de isenção, exclusão de base de cálculo ou outro benefício fiscal?

R. Não, consoante já explicado na resposta do quesito “a”.

Não sucede, no preceito vetado, concessão de incentivo fiscal sem apresentação de estimativa do impacto orçamentário e financeiro ou medidas compensatórias (art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal; art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000), posto que aqui não há renúncia de receita tributária, mas apenas existe regra evitando o indevido *bis in idem* e a incidência de imposto de renda e contribuições para PIS/Cofinse CSLL sobre aquilo que

sequer é uma receita, que não poderia figurar como parte de receita bruta, já que trata de mera entrada ou simples ingressos de recursos no escritório contratado pelo cliente, para depois, após a transferência de parcela de recursos para o parceiro, este ser tributado como verdadeiro titular do valor do acréscimo patrimonial ou da receita.

Este é o nosso Parecer, s. m. j.

Brasília, 29 de junho de 2022

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho

OAB/DF 11.816

Marcos Joaquim Gonçalves Alves

OAB/DF 20.389, OAB/SP 146.961

