

# REVISTA DA ESDM



Revista da ESDM - 2019 - v.5 - n.9

## Staff da Revista da ESDM

**Diretor Geral da ESDM** : Alexandre Salgado Marder

**Diretora Editorial (Editora-Chefe)**: Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

**Diretora Institucional**: Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

**Diretoria de Comunicação**: Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

## Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (RS)

Alexandre Salgado Marder (RS)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (BA)

André Santos Chaves (RS)

Arícia Fernandes (RJ)

Arthur Maria Ferreira Neto (RS)

Carlos Augusto Silva (RJ)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (BH lotada no DF)

Cintia Estefania Fernandes (PR)

Cláudio Fortunato Michelin Jr. (Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (RS)

Daniela Silva Fontoura de Barcellos (RJ)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (BA)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (MG)

José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)

Leandro Martins Zanitelli (MG)

Luciola Maria de Aquino Cabral (CE)

Luiz Gustavo Levate (BH)

Luiz Henrique Antunes Alochio (ES)

Marcelo Sampaio Siqueira (CE)

Márcia Rosa de Lima (RS)

Márcio Augusto Vasconcellos Diniz (PE)

Marco Ruotolo (Itália)

Maren Guimarães Tabora (RS)

Raffaele de Giorgi (Itália)

Rodrigo Brandão (RJ)

Vanésca Buzelato Preste (RS)

Vanice Regina Lirio do Valle (RJ)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Portugal)

## Pareceristas

André Santos Chaves (RS)

Andrea Teichmann Vizzotto (RS)

Francisco Lisboa Rodrigues (CE)

José Sérgio da Silva Cristóvam (SC)

Márcia Rosa de Lima (RS)

Maren Guimarães Tabora (RS)

Vanésca Buzelato Prestes (RS)

## Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

## Ficha catalográfica

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 5, n. 9 (2019) - .  
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Caroline Silveira Sarmento – CRB10/2240

<b>Apresentação.....</b>	<b>4</b>
<b>CONSTITUCIONALISMO ALEMÃO: A EXPERIÊNCIA SOCIALDEMOCRATA DE WEIMAR Emerson Lima Pinto.....</b>	<b>6</b>
<b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER EXECUTIVO E O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE A FUNCIONÁRIOS E SERVIDORES PÚBLICOS Mateus de Farias Klein e Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira .....</b>	<b>25</b>
<b>JUDICIALIZAÇÃO PARA A PAVIMENTAÇÃO DE RUAS Antonio Fernando de Amorim Cadete e Leon Delácio de Oliveira e Silva.....</b>	<b>38</b>
<b>INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA E INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO Alexandre Prevedello.....</b>	<b>49</b>
<b>ISSQN SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NA CONSTRUÇÃO CIVIL Helton Kramer Lustoza .....</b>	<b>62</b>
<b>DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA: A APRECI- AÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Romano Scapin .....</b>	<b>79</b>
<b>O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE Alexandre Prevedello e Lucca Silveira Finocchiaro .....</b>	<b>104</b>

## Apresentação

A Revista da ESDM busca valorizar a pesquisa científica e ser um instrumento para o relato dos debates científicos da advocacia pública. Nesta linha, apresentamos a edição número nove, que reúne sete artigos, com a presença de autores mestres e doutores, trazendo conteúdos que congregam novas contribuições para o debate sobre: constitucionalismo social; controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo; judicialização; legitimação fundiária; imposto sobre prestação de serviços; princípio da legalidade; e, por fim, segurança jurídica.

Abre a edição o texto “Constitucionalismo alemão: a experiência socialdemocrata de Weimar”, no qual Emerson Lima Pinto aborda as conturbações sociais do início do século XX, que geraram significativos referenciais teóricos para o Direito, a Filosofia e Política.

Mateus de Farias Klein e Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, em “Controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo e o adicional de insalubridade a funcionários e servidores públicos”, abordam o estabelecimento da base de cálculo do adicional de insalubridade no salário mínimo trazendo a discussão se é possível que o Poder Executivo declare inconstitucional dispositivo de seu estatuto e determine nova base de cálculo.

Os limites da decisão judicial é o assunto abordado por Antonio Fernando de Amorim Cadete e Leon Delácio de Oliveira e Silva que discorrem sobre tema de interesse da municipalidade que afeta o cotidiano dos municípios, no artigo “Judicialização para a pavimentação de ruas”.

Alexandre Prevedello, no artigo “Instrumento de legitimação fundiária e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, aborda tema recente, inovador e que carece de doutrina, apresentando contribuição para interpretação do instituto da legitimação fundiária, à luz do sistema jurídico.

Ainda nesta seção, com o texto “ISSQN sobre a prestação de serviço na construção civil”, Helton Kramer Lustoza trabalha a jurisprudência com enfoque na tributação e os limites da tributação no âmbito municipal, para estabelecer uma análise sobre as principais polêmicas que giram em torno da tributação do ISSQN.

O estudo da evolução do princípio da legalidade e a atuação Administração Pública brasileira é discutida por Romano Scapin no artigo “Do princípio da legalidade ao da juridicidade administrativa: a apreciação de constitucionalidade pela Administração Pública”, o qual investiga os reflexos causados à Administração pela modernização conceitual do núcleo jurídico do princípio da legalidade.

Fechando a edição, a tríada Legislativo-Executivo-Judiciário quanto à segurança jurídica é a temática abordada por Alexandre Prevedello e Lucca Silveira Finocchiaro no artigo “O princípio da segurança jurídica e a relação fisco-contribuinte”.

Com a publicação desta edição da Revista da ESDM reiteramos nosso compromisso com a pesquisa e com o desenvolvimento científico, por meio do diálogo e das relações com o campo do Direito Municipal.

Desejamos a todos uma boa leitura.

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**

Diretora Editorial da Revista da ESDM

# **CONSTITUCIONALISMO ALEMÃO:**

## ***A EXPERIÊNCIA SOCIALDEMOCRATA DE WEIMAR***

### ***German constitutionalism: Weimar social democratic experience***

#### **Emerson Lima Pinto**

Advogado. Pós-Doutor em Direito, Doutor em Filosofia e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Ciências Penais PUCRS. Especialista em História da Filosofia (UNISINOS). Professor de Direito Constitucional e Administrativo na FEEVALE e CESUCA.

#### **Resumo**

A Constituição de Weimar nasce sob os auspícios da derrota sofrida na Primeira Guerra Mundial e após a "vergonhosa", para boa parte dos alemães, paz de Versalhes. A República de Weimar nasce sob as ruínas do antigo. Afirma-se como uma carta constitucional social democrata de novo tipo, instituidora de um Estado Social no plano político-jurídico e social. A República de Weimar proclamava-se um Estado destinado a satisfazer as necessidades sociais de seus cidadãos de uma forma inovadora, em uma dimensão grande até mesmo em um contexto internacional do início do século XX foram repletas de conturbações sociais que geraram significativos referenciais teóricos para o Direito, a Filosofia e Política. O Constitucionalismo alemão de Weimar institui direitos de 2ª dimensão, intervenção econômica do Estado e um sistema de direitos e garantias fundamentais mais completos contribuindo para o constitucionalismo social nascente.

**Palavras-chave:** Constituição. Alemanha. Social

#### **Abstract**

The Weimar Constitution is born under the auspices of the defeat suffered in World War I and after the "shameful" for most of the Germans, Versailles peace. The Weimar Republic is born under the ruins of the ancient. It is affirmed as a new democratic social constitutional charter, establishing a social state at the political, legal and social level. The Weimar Republic proclaimed itself a state destined to meet the social needs of its citizens in an innovative way, to a large extent even in an international context of the early twentieth century were full of social upheavals that generated significant theoretical references for the Law, Philosophy and Politics. Weimar's German Constitutionalism institutes 2nd-dimensional rights, state economic intervention, and a more complete system of fundamental rights and guarantees contributing to nascent social constitutionalism.

**Keywords:** Constitution. Germany. Social

#### **Sumário**

1. Introdução; 2. Antecedentes históricos e o percurso da Constituição de Weimar; 3. O constitucionalismo social de Weimar; 4. Considerações finais; 5. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de Weimar nasce sob os auspícios da derrota sofrida na Primeira Guerra Mundial e após a “vergonhosa”, para boa parte dos alemães, paz de Versalhes. Nas palavras de Comparato,<sup>1</sup> a *República de Weimar* nasce sob as *ruínas do antigo*, ao nosso sentir, o que provoca, em breve, seu desabamento estrondoso. Ainda antes da promulgação de uma Constituição Alemã, foram elaborados e redigidos – por França e Inglaterra – os termos de um tratado de paz, o Tratado de Versalhes. A Alemanha não poderia recusar-se a aceitar o tratado, pois seria invadida pelas tropas aliadas e já havia sido vencida nos campos de batalha.

Apenas em 29 de julho, depois de cinco projetos de Constituição, um *novo projeto foi apresentado*<sup>2</sup> e, desta vez, promulgado.<sup>3</sup> A Constituição de Weimar, em Guedes,<sup>4</sup> abriga em si duas ideologias distintas: a socialista e a liberal. Entretanto, afirma-se como uma carta constitucional social-democrata de novo tipo, instituidora de um *Estado Social*<sup>5</sup> que até então (in)existia no plano teórico, a não ser apenas como uma distante notícia das Américas, particularmente do México. A Constituição representa o compromisso entre os vários partidos com presença expressiva no recém-fundado Parlamento Alemão. Sua República de Weimar proclamava-se um Estado destinado a satisfazer as necessidades sociais de seus cidadãos de uma forma inovadora, em uma dimensão grande até mesmo em um contexto internacional, que estava apreensivo com as notícias da Rússia.

Verificou-se que as décadas iniciais do século XX foram repletas de conturbações sociais que geraram significativos referenciais teóricos para o Direito, a Filosofia e Política. Desde os ambientes liberais, o paradigma individualista é hegemônico no pensamento constitucional e precisa ser tensionado reflexivamente no que se refere a alguns de seus pressupostos constitucionais, em particular sua crença na unidade e exclusividade do Estado e de uma sociedade de indivíduos livres e iguais que satisfazia o sentido de representação social e de poderes autolimitados, que engendrava a fórmula de uma Constituição que mantenha a distância da ética e da política que possui mais função normativa em relação ao texto que engendra mediante sua objetividade científica.

Com a Constituição de Weimar, no plano teórico e dogmático, ocorre um salto qualitativo no constitucionalismo de tal forma que se pode identificar a construção de um novo ambiente constitucional. Inaugura-se o Constitucionalismo Social com características distintas e complementares ao construído no complexo sistema teórico constitucional até então.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E O PERCURSO DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR

Não obstante toda a constatação de uma formação social pessimista que Rousseau coloca, há o modelo do Contrato Social a ser seguido, apesar do extraordinário edifício contratualista por ele revelado. Este se difere de sua contumaz crítica daquela sociedade civil do *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, em que a única fundamentação social era a propriedade, uma vez que todos os que acreditaram no indivíduo que primeiro cercou a propriedade e disse “Isso é meu”, fariam parte de uma sociedade civil, iniciada pela constituição desigual. Desse modo se instaura o conflito, ou a

“guerra”, semelhante ao pensamento de Hobbes, pois os que detêm o poder das técnicas e meios de produção vão querer também se apropriar do trabalho e dos resultados de seu labor. Portanto, se deve instituir o pacto, conhecido em Rousseau como contrato social, análogo às razões do surgimento do Estado em Hobbes, constituído para evitar os conflitos e garantir a segurança dos seres humanos e cuja função é estar acima dos interesses antagônicos e irreconciliáveis, impondo normas a serem obedecidas por todos. Troca-se, portanto, a guerra pela paz social.<sup>6</sup>

A concepção contratualista constitucional possui limites que devem ser superados a fim de garantir instrumentos essenciais para a organização das sociedades de modo eficiente, real e impositivo de uma diretriz que estabeleça um concreto à constituição como fenômeno jurídico, perspectiva material e formal que expresse o *sentimento constitucional*, que é pressuposto da nova cultura constitucional que expressa por meio do constitucionalismo social que no início do século XX, encontra tanto no México, quanto na Alemanha solo fértil para florescer e com seu caráter progressista definiu um novo sentido para a Constituição e que ainda hoje influencia fortemente o Constitucionalismo contemporâneo que procura afirmar um caráter *dialogico* que não pode ser comparado com a consciência nacional.

No contexto europeu pós-Napoleão e advindo de anos de crises, primeiramente, monárquicas, e, posteriormente, dentro de sua própria forma assumida, o Parlamento, a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, deixou diversas referências para as mais diversas Constituições Ocidentais formuladas dentro de uma perspectiva social. E, na Alemanha do século XVIII, encontrava-se dividida: em cada porto, cada comunidade restrita tinha o seu *príncipe* com poderes soberanos e, em 5 de maio de 1816, sob a influência da Constituição Espanhola de Cádiz e da França, é promulgada a primeira Constituição Alemã, a da *Saxônia-Weimar*. Depois em 1850, é promulgada a Constituição da Prússia,<sup>7</sup> o maior dos Estados Alemães, que vigorou neste Estado até 1918 e influenciou o texto de outras constituições Alemãs, tendo como base os princípios da monarquia constitucional em harmonia entre a soberania do monarca e a separação dos poderes.

Após o Congresso de Viena, a Europa ficou dividida em dois campos, o primeiro campo apresentava-se de forma progressista, cuja característica fundamental era a luta pelo fortalecimento das instituições parlamentares, inclusive com o importante papel de elaborar as Constituições, tendo como exemplo a Inglaterra. O segundo campo era conhecido como reacionário, pois preocupava-se com os acontecimentos que ressurgiram as *monarquias absolutas*.<sup>8</sup>

Aliás, sobre o perfil civilista que o Direito acaba assumindo durante o período napoleônico fundamental, vale ressaltar a afirmativa de Ruiz Miguel:<sup>9</sup>

Es verdad, no obstante, que las ideas fuerza del constitucionalismo no dejaron de sufrir alguna tensión interna, especialmente, en los sistemas jurídico-políticos de la Europa continental del siglo XIX, mui influidos por el modelo francés. La tensión fundamental se produjo por el contraste entre la teóricamente proclamada superioridad de las constituciones y el más efectivo principio de primacía de la ley ordinaria, un contraste resultado en favor de este segundo criterio por la deliberada exclusión de cualquier mecanismo de control de la constitucionalidad de la ley ordinaria. De este modo, en el ámbito europeo-continental al menos, se invirtieron por completo las relaciones proclamadas entre Constitución y Código (especialmente el código civil, siempre con rango de ley ordinaria) porque fueron



los Códigos y en general las leyes, los que de hecho primaron en la garantía y delimitación, pero también en la limitación, de los derechos individuales más abstractamente y - según se interpretó por los juristas - sólo programáticamente proclamados en las constituciones. Y así como el constitucionalismo, junto a su inicial y peculiar modalidad británica, se desarrolló bajo dos modelos diferentes, a partir de las dos revoluciones que a fines del siglo XVIII marcan el paso a la época contemporánea, la independencia norteamericana y la Revolución Francesa. (grifo nosso).

A *Primeira Guerra Mundial* termina com a derrota da Alemanha, ocasionando profundas transformações políticas, econômicas e sociais. Em 1919, uma Assembleia constitucional constituinte reúne-se na cidade de Weimar e aprova uma Constituição Federal, cujos conteúdos mais relevantes são uma técnica de um novo federalismo e a inclusão no corpo constitucional de direitos sociais através de um compromisso entre os constituintes representantes do empresariado capitalista e os do proletariado socialista. A constituição de Weimar vigorou até o fim da Segunda Guerra Mundial, com uma outra derrota militar alemã, ocasionando a ocupação de seu território pelas potências aliadas. Sobre o impacto do Tratado de Versalhes na sociedade alemã, Loureiro<sup>10</sup> afirma:

Em maio de 1919, o Tratado de Versalhes **chegava ao conhecimento da opinião pública na Alemanha. O país reagiu com indignação e espanto as duras condições impostas pelos países vencedores.** Scheidemann, que havia feito campanha contra a assinatura do Tratado, pede demissão na véspera do voto pelo Reichstag, 20 de junho, sendo substituído por seu colega de partido Bauer. Reswte alega que se o tratado não for assinado (o que é feito em 20 de junho), o país ficará entregue ao caos. Max Weber, que tinha acompanhado a delegação alemã a Versalhes, estava entre aqueles que recusavam a aceitação do tratado.

As dificuldades eram realmente muito expressivas. Instituidora da primeira República Alemã pós-1918 e com o ônus da derrota, a Constituição de Weimar promulgada logo após o colapso da sociedade Alemã e do Estado, deu vazão, desde a sua origem, em sua aplicação, aos tumultos e às incertezas inerentes ao momento histórico em que foi concebida. A *República de Weimar* já nascia com problemas institucionais sérios: o Judiciário opunha-se a colaborar com ela, a base político-partidária no Parlamento era fraca e heterogênea, e alguns chefes de governo seriam políticos antagonistas aos ideais da socialdemocracia. E, sobre a Constituição de Weimar, afirma Fioravanti:<sup>11</sup>

Precisamente la Constitución alemana de Weimar de 1919 representa en cierto sentido el **comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX.** Si adoptamos un punto de vista histórico-comparativo e imaginamos que la constitución democrática europea del siglo XX representa un tipo histórico de constitución, una forma constitucional históricamente determinada, no es difícil ver que la Constitución de 1919 contiene todos los elementos propios y específicos de nuestro <<tipo histórico>>, que no por causalidad recorrerán, de diversas maneras, **todas las constituciones democráticas sucesivas, comprendidas de aún vigentes, como la italiana de 1948.** [...] El conjunto de estas normas, en fin, se concibe, a partir de 1919 – y en el concreto desarrollo de la experiencia de las constituciones democráticas del siglo XX -, como un **verdadero y auténtico núcleo fundamental de la constitución, derivado directamente del poder constituyente, de manera que representa el aspecto más esencial y en definitiva irrenunciable de cada constitución.** (grifo nosso).

No surgimento da República, o Poder Executivo já não exercia muito poder. Portanto, houve necessidade de construir de um Parlamento forte e independente, o que acabou gerando a reforma do sistema parlamentar e seu efetivo funcionamento. Contudo, o sistema partidário ficou relegado, não havendo na Constituição nenhum dispositivo sobre os partidos

políticos. Guedes<sup>12</sup> informa que sua composição, com 184 artigos, permitia interpretações diferentes, uma vez que abrigava inúmeras posições político-ideológicas, demonstrando a ausência de consenso ao elaborá-la.

A democracia-constitucional que surge em Weimar, na visão de Ost,<sup>13</sup> tem um caráter de contraexemplo e, nesse sentido, afirma:

O exemplo da República de Weimar, que Madison não pudera conhecer, confirma a pertinência desta análise: **sem nunca ter podido impor a sua superioridade sobre a lei ordinária, a Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919, incessantemente revista e manipulada, nunca conseguiu estabilizar o regime republicano democrático que pretendia instituir**, e acabou mesmo por caucionar a famosa lei de 24 de março de 1933 pela qual o Reichstag transferia os plenos poderes legislativos para o Chanceler Hitler. O artigo 76 desta constituição dizia com efeito que << a Constituição pode ser emendada por via legislativa>>; **por outras palavras, nada distinguiu lei constitucional e lei ordinária, a não ser a exigência da uma maioria mais importante. Como observa G. Anshutz, publicista autorizado da época: <<A Constituição não está acima do poder legislativo, mas à sua disposição (Klein)>>**. (grifo nosso).

O governo germânico, mesmo se encontrando em estado de desolação por sérios fatores, dentre eles o (des)emprego, a miséria, e a inflação, tentou por meio da Constituição (re)agir, tomando, então, medidas de caráter reformista em relação à economia — muito embora não tivesse condições financeiras para tomar essa decisão. A sociedade sofria com os problemas da *modernidade*,<sup>14</sup> da era industrial, agravados pelas consequências trazidas pela guerra. Vislumbravam-se claramente os problemas nas grandes cidades – a prostituição juvenil, os saques, as pilhagens de comida, o consumo de drogas e estupefacientes, a pornografia e a deturpação dos costumes. Em algumas dessas situações, o Estado conseguiu intervir, de modo a controlá-los.

O texto de Weimar consagrava os direitos à inter-relação entre direitos fundamentais e democracia, entendendo serem perfeitamente compatíveis na Constituição e afirmando os direitos fundamentais a partir da proteção do homem que trabalha e a garantia de sua emancipação, portanto, dotando o texto de extrema originalidade. Contudo, segundo Bercovici,<sup>15</sup> as críticas mais comuns feitas à Constituição Econômica de Weimar, fundadas nos limites da justiça e da existência digna, foi a de não ter optado entre o socialismo, o capitalismo esobre a denominada Constituição Econômica o constitucionalista pátrio assim se manifesta:

Podemos considerar a Constituição de Weimar como umas das primeiras “constituições econômicas”. **A Constituição de Weimar não pretendia receber a estrutura econômica existente, mas alterá-la. A Constituição de Weimar, na realidade, buscava estabelecer uma nova ordem econômica, alterando a existente na época de sua elaboração.** [...] Desta forma, Neumann entende a constituição econômica como sistema normativo que regula a intervenção estatal e social sobre a liberdade econômica, que é apenas liberdade jurídica, portanto, submetida à lei. [...] **Carlos Miguel Herrera defende a existência de três níveis na ordem econômica da Constituição de Weimar. O primeiro nível seria o dos direitos fundamentais sociais e econômicos, como o direito ao trabalho, a proteção ao trabalho, o direito à assistência social e o direito de sindicalização. Outro nível seria o do controle da ordem econômica capitalista por meio da função social da propriedade e da possibilidade de socialização. Finalmente, o terceiro nível seria o do mecanismo de colaboração entre trabalhadores e empregadores por meio dos conselhos. Com esta organização, a ordem econômica de Weimar tinha o claro propósito de buscar a transformação social, dando um papel central aos sindicatos para a execução desta tarefa.** (grifo nosso).

A República começou a mostrar sinais de falência das instituições parlamentares. Logo após, Hindenburg vence as eleições presidenciais, realizadas em 1932. Com isso, demite Brüning, que foi isolado do governo e ainda ficou sem o apoio do parlamento, inclusive com uso do artigo 48 da Constituição, na tentativa de baixar as medidas de controle da economia. Geraram na população Alemã diversos sacrifícios, não podendo mais se falar em uma democracia na Alemanha.

O governo do Reich foi defendido perante a Corte Alemã, por Schmitt.<sup>16</sup> De outra banda, Heller, como assevera Bercovici,<sup>17</sup> representava o SPD prussiano e opunha-se ao processo autoritário em curso e a Corte, que, em outubro de 1932, tomou a decisão de optar pela legalidade, no que dizia respeito à intervenção federal, abrindo caminhos para que se dessem soluções mais severas, perante a crise no final da República.

Com origem nas eleições realizadas em julho de 1932, os nacionais socialistas de Hitler adquiriram 230 cadeiras junto ao Parlamento, seguidos pelos sociais democratas, sendo que estes adquiriram 133 cadeiras, e, ainda, pelos comunistas, com 89 deputados. Criou-se, pode-se dizer assim, uma maioria negativa que estava no poder, impedindo que o Poder Legislativo desempenhasse o seu papel. Enquanto Hitler chegava à expressão visível do poder, o Governo do Estado, pela via institucional e dentro das condições estabelecidas na Constituição de Weimar, a Europa já se encontrava em situação de obscurantismo em alguns países (Itália) e, em outros, em curso, por exemplo, a Espanha. Em período histórico próximo, 1931, Villarroya<sup>18</sup> descreve a Constituição da Espanha, que antecede a guerra civil que impressionou a Europa na primeira metade do século XX e que acabou resultando na afirmação do General Franco na condução da Espanha por diversas décadas.

### 3. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE WEIMAR

No século XX, houve grande deslocamento por parte do movimento constitucionalista, com o advento do Estado Intervencionista e com a relativização dos princípios liberais diante das crises do mercado e sociais. As constituições que se estabeleceram no plano desse modelo de Estado transformaram-se a fim de adaptar-se à nova realidade – consagração dos Direitos Sociais (trabalhistas, saúde e educação públicas, previdência social), que, ao mesmo tempo, trazia a colação de valores de uma sociedade socialista, impondo uma espécie de *Constituição Social-Democrata*.

Sobre a Constituição Democrática da República de Weimar, Fioravanti<sup>19</sup> (re)lembra:

La constitución democrática del siglo XX, a partir de Weimar, pretende superar los confines fijados por la precedente forma constitucional estatal y parlamentaria. Pocas palabras, ya no pretende limitarse al ordenamiento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derechos; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil. A partir de aquí comienza una nueva historia que, en buena medida, consiste en la búsqueda de los instrumentos institucionales necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales. Baste decir que entre éstos existen al menos dos que, desde este punto de vista, presentan problemas de notable relevancia: el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, que de nuevo propone la gran cuestión del control de constitucionalidad las leyes en relación con las constituciones que han enunciado esos derechos normativamente, y el principio de igualdad, que

– **en las constituciones democráticas**- tiende a afirmarse más allá de la mera a los bienes fundamentales de la convivencia civil, tal como la instrucción o el trabajo, poniendo así de manifiesto de la otra gran cuestión de **la garantía y de la realización de los derechos sociales**. (grifo nosso).

Desenvolver uma reflexão que aponte a *cultura*<sup>20</sup> como ciência e a Constituição como cultura passa a ser um desafio em uma sociedade em absoluta (trans)formação frente ao monopólio estatal da produção do direito fragilizado e, por via de consequência, (des)legitimado socialmente. Nesse sentido, deve-se refletir sobre republicanism e motivação política, a humanidade como valor básico do *Estado Constitucional*,<sup>21</sup> a legitimação dos direitos humanos e a necessidade de uma democracia qualificada que encontra no constitucionalismo social sua origem mais generosa como projeto de humanidade. Para Bercovici,<sup>22</sup> o constitucionalismo social é assim delineado:

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, como a **declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação. Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade**. As concepções sociais, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são, assim, consideradas fundamentos do **novo “constitucionalismo social” que se estabelece em grande parte de países europeus e americanos**. [...] A mais célebre destas novas Constituições, que influenciou as elaboradas posteriormente, foi a Constituição de Weimar, de 1919. Esta foi elaborada em um contexto político cujo **equilíbrio era precário e instável**. Desta forma não era uma Constituição homogênea, monolítica, mas uma expressão das relações entre as forças políticas em disputa em 1919. **a Constituição de Weimar era um compromisso politicamente aberto de renovação democrática na Alemanha**. O difícil em sua análise não é demonstrar suas incoerências, mas definir qual seria a saída satisfatória **no contexto complexo e contraditório de uma sociedade industrial moderna nas condições alemãs do pós-Primeira Guerra Mundial**. (grifo nosso).

As Constituições elaboradas após 1918 têm algumas características comuns, como a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material, que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. O denominado “constitucionalismo social”, como assevera Bercovici,<sup>23</sup> estabelece-se em boa parte dos Estados europeus e americanos. O constitucionalismo social e as constituições democráticas do século XX têm em Weimar enorme referencial jurídico-político-filosófico e, nesse diapasão, assevera Fioravanti:<sup>24</sup>

[...] a partir de Weimar, **pretende superar los confines fijados por la precedente forma estatal y parlamentaria**. En pocas palabras, ya no pretende limitar-se al ordenamiento de los poderes y al **reenvío a la ley para garantizar los derechos**; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia **algunos principios fundamentales** generalmente compartidos, que el **ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo** ha colocado en la base de la convivencia civil. A partir de aquí comienza una nueva historia que, en buena medida, consiste en la búsqueda de los instrumentos institucionales **necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales**. Baste decir que entre éstos existen al menos dos que, desde este punto de vista, presentan problemas de notables relevancia: **el principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales**, que de nuevo propone la gran **cuestión del control de constitucionalidad le las leyes en relación con las constituciones que han enunciado esos derechos normativamente, y el principio de igualdad**, que – **en las constituciones democráticas** – tiende a afirmarse más allá de

**la mera prohibición de la discriminación, situándose en el plano del acceso a los bienes fundamentales de la convivencia civil, tal como la instrucción o el trabajo, poniendo así de manifiesto la otra gran cuestión de la garantía y de la realización de los derechos sociales.** (grifo nosso).

Quando aborda alguns argumentos de construção de possibilidade de uma razão emancipatória para o direito, outra matriz teórica de Streck surge, o Garantismo. Sobre esta “condição”, Streck<sup>25</sup> assevera que como “tipo ideal”, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito uma vez que é visto como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito.

Relevantes (re)formas de caráter social deram-se neste período, em relação ao seguro-desemprego. Ao sistema de ensino e à (re)forma do sistema de saúde. Quanto ao seguro-desemprego, foram garantidas as duas fontes de assistência aos desempregados: o seguro-desemprego e o benefício de crise. Já em se tratando do sistema de ensino, desde o básico até o universitário, foi democratizado, havendo um visível aumento de vagas em escolas e universidades. E, por fim, no sistema de saúde, os hospitais foram implementados com equipamentos, com campanhas contra a prática de aborto, melhorando a higiene pública, entre outras providências.

O ambiente de profunda instabilidade constitucional que atravessou a República de Weimar, que, para alguns autores, resultou da própria Constituição, trouxe muito debate acerca dos compromissos constitucionais em relação à dinâmica que submeteu o individualismo a serviço da coletividade e protegendo os direitos individuais na medida em que cumpriam seu dever social o que constitui gênese constitucional de (trans)formação do modelo liberal-individualista para um social-coletivista por dentro de um regime inicialmente democrático. No sentido da defesa da segunda parte da Constituição, Bercovici,<sup>26</sup> (re)lembra Heller, que se manifestou, divergindo de Schmitt e Kirchheimer, mas em aproximação crítica com Smend, considerando os direitos sociais e a ordem econômica como grandes avanços constitucionais que tendiam a aproximar as ideias liberais e democráticas do texto constitucional que se expressavam na cultura política e na realidade social não obstante os dispositivos programáticos, não dispusessem de força jurídica vinculante, eles continham a resposta para a polêmica entre a concepção capitalista e a (re)forma socialista da economia, buscando a conciliação e o acordo recíproco para uma distribuição mais justa dos recursos.

A universalização consistia na força da Teoria da Constituição mantida a partir da ideia ordenadora central que se reconduzia afinal ao estado-pessoa, mesmo quando essa teoria procurava captar a força normativa da abstração ou da constituição real; e, segundo Canotilho, com inspiração nos clássicos, “a constituição no sentido schmittiano, a integração no sentido de Smend, o estado no esquema de Heller<sup>27</sup> e a ordem jurídica na teoria Kelseniana, procuravam erguer-se a categoria universal que assegurasse as pretensões da sua própria universalidade e universalização.”<sup>28</sup>

A Constituição de Weimar<sup>29</sup> representa o compromisso entre os vários partidos com presença expressiva no fundado Parlamento alemão, e sua República proclamava-se um Estado destinado a satisfazer as necessidades sociais de seus cidadãos de uma forma inovadora, em uma dimensão extensa abrangendo um contexto internacional. O intervencionismo estatal na afirmação de direitos sociais, cujo valor passa a ser solidariedade, constitui-se

em momento de ruptura de um modelo para outro no qual a ordem econômica e social, que passa a vigor na Alemanha, torna-se uma referência para o mundo. Schmitt<sup>30</sup> tem uma grande contribuição teórica no processo da República de Weimar e na concepção de Constituição, que de democrática passou à totalitária e, mantendo totalmente estatal/estatista, manteve sua coerência buscando a neutralidade – no sentido de abstenção total do Estado de intervenção junto à sociedade – *política interna do Estado*.<sup>31</sup>

A *contribuição da cultura*<sup>32</sup> na formação das Constituições dos modernos constitucionalismos – *Weimar*<sup>33</sup> e México – inclui a segunda geração dos *direitos fundamentais*,<sup>34</sup> os ciclos Constitucionais Contemporâneos pós-1945, com a terceira geração, e a discussão acerca da inclusão nas Cartas Constitucionais de uma quarta ou quinta geração é problema fundamental para uma Teoria da Constituição que (re)insira a sociedade e por ela o seja. Em Bercovici,<sup>35</sup> Heller tem uma construção político e jurídica fundamental no que tange à natureza da Constituição de Weimar, que desenvolvia uma crítica lúcida e profética ao socialismo real, e que se opunham as violações à Constituição a fim de evitar o ocaso do *Estado Social de Direito*.<sup>36</sup> Infelizmente, o ambiente para o autoritarismo ficou evidente na ocasião da edição da Lei de Plenos Poderes, prevista no art. 44 da Constituição de Weimar, que, na prática, significou o fim do regime parlamentar, da separação de poderes e da própria Constituição.

A Teoria da Constituição atravessa um período de crise uma vez que o processo de mundialização força uma inevitável *(re)fundação do Estado*<sup>37</sup> e da sociedade na qual a Constituição poderá ocupar um papel muito significativo, deixando de se apresentar-se como instrumento formal e tornar-se hegemonicamente material. Vislumbra-se que a Constituição na *história*<sup>38</sup> passou a ser reconhecida pela sociedade na medida em que, em primeiro, conteve monarcas déspotas com as denominadas leis do reino sobrepondo-se às leis do Rei; e, em segundo, quando (re)conheceu a necessidade de incorporar no texto fundamental determinados direitos reivindicados que, se não positivados, poderiam manter os conflitos sociais decorrentes de um novo tipo de *organização humana*, o sindicato, o círculo operário ou o partido político. (Re)lembra-se, pois, o nascimento da Constituição é a Constituição como pacto e sua necessária (re)legitimação constante, a fim de (re)afirmação indispensável do *novo contrato social* garantido pelo Estado.

No processo de afirmação de uma nova tradição humanista constitucional, que se identificou como sendo a Teoria da Constituição como cultura, nos países periféricos, neste início de milênio, implica a busca de construções teóricas significativamente humanizadoras de nosso tempo; e, neste sentido, é essencial a (in)corporação de um garantismo de Ferrajoli<sup>39</sup> a uma nova formulação a respeito da Teoria da Constituição, que ao mesmo tempo, direitos máximos, garanta os direitos fundamentais, e ajude a compreender e agir a partir da transformação da *soberania no mundo contemporâneo*,<sup>40</sup> bem como, ensina Streck, a obrigatoriedade do jurista humanista em debater o *substancialismo*<sup>41</sup> e o *procedimentalismo*<sup>42</sup> e a necessidade de uma resistência constitucional.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de Weimar foi responsável pela evolução ocorrida nas instituições polí-

ticas do Ocidente, mesmo apesar das crises encontradas por esta. O Estado da democracia social, visível já na Constituição Mexicana de 1917, juntamente com a *Constituição Alemã de 1919*,<sup>43</sup> adquiriu uma estrutura mais elaborada, que representou efetivamente, até o final do século XX, uma melhor defesa em relação à dignidade humana, uma vez que complementou os direitos civis e políticos em face dos direitos econômicos e sociais, consagrou a intervenção do Estado na economia e (re)organizou o poder político do Estado. Com ao advento do Estado intervencionista e a relativização de princípios liberais por decorrência de grandes transformações político-jurídicas, bem como sociais e culturais, havendo a necessidade de uma transformação, a fim de (re)adequar-se a essa nova realidade que surgia no alvorecer do século XX.

O Estado Social é, no mínimo, objetivo das constituições dirigentes; pois, a partir da constitucionalização de vários princípios, passa a vigor o caráter jurídico que o torna passível de pretensão jurídica daqueles que se sentem lesados pelo poder público. Tal Estado, no plano jurídico-constitucional foi instaurado pela Constituição de Querétaro em 1917 (México) e de Weimar (Alemanha) em 1919. No Estado Democrático de Direito, derivado tanto do contratualismo constitucional clássico (liberal) quanto do Estado Social (garantidor de direitos sociais e da intervenção do Estado no domínio econômico), surge a pretensão jurídica de realização dos direitos fundamentais que devem ser prestados pelo Estado. Portanto, não é somente de um modo fático, mas também jurídico. Essa realidade é perceptível através da verificação de um conjunto de leis e funções estatais, ordenadas por estas e concebidas a partir de uma teoria liberal de Estado e da sociedade. A opção por uma Constituição, no nosso caso escrita, de tradição do constitucionalismo contemporâneo, erigindo nosso Estado Democrático de Direito, teve por condição de procedibilidade a participação popular (re)conhecida constitucionalmente, fato esse que permite asseverar que a democracia no Estado Social<sup>44</sup> é muito mais do que representativa, pois deve proporcionar não apenas a participação como também a decisão popular sobre quais atividades e políticas públicas devem ser realizadas ou implementadas pelo próprio Estado. O controle social sobre o Estado não é uma faculdade da sociedade, mas sim um poder-dever constitucional, que deveria ser exigido pela sociedade civil constitucional com maior regularidade a partir de um novo sentido a ser absorvido pela Constituição em razão da firme provocação ativa do constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, a contribuição essencial para transformação no perfil do Estado Contemporâneo, teve sentido e espaço no constitucionalismo alemão do início do século XX, pois, em Weimar foi incluída uma série de disposições sobre a ordem econômica e da transformação social, constituindo: a “dignidade humana” como limite à “liberdade econômica individual”; a proibição da “usura”; o dever de cumprimento de uma função de “interesse social” para o exercício do direito de propriedade; o direito à habitação, prevendo para tanto a expropriação de bens imóveis privados; a possibilidade de expropriação, mediante indenização, das “empresas econômicas privadas” e sua conversão em “propriedade da coletividade”; a liberdade de associação sindical; a seguridade social; a participação dos operários na regulamentação dos salários e das condições de trabalho; a criação de “conselhos operários distritais” e sua participação em projetos de lei em matéria de política econômica e social, podendo, ainda, ter iniciativa quanto à proposição destas leis.

## 5. NOTAS

1. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p.185 “A vigência efetiva dos textos constitucionais depende, muito mais do que as leis ordinárias, de sua aceitação pela coletividade. Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou, ao cabo de quatro anos de combates, cerca de 2 milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população ativa masculina), sem contar a multidão dos definitivamente mutilados, o povo alemão passou a descrever de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. Sem dúvida, o texto constitucional é equilibrado e prudentemente inovador. **Mas não houve tempo suficiente para que as novas ideias amadurecessem nos espíritos e as instituições democráticas começassem a funcionar a contento. A Constituição de Weimar foi votada ainda no rescaldo da derrota, apenas sete meses após o armistício, e sem que se divisassem com clareza os novos valores sociais. Ela não podia deixar, assim, de apresentar ambiguidades e imprecisões, a começar pela procria designação novo Estado, que se quis reconstruir das ruínas do antigo.** A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que “o império alemão (das Deutsche Reich) é uma República!” (grifo nosso).

2. GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 51-5; “sede do Congresso foi Weimar, na Turíngia, por motivos geográficos – estava afastada dos tumultos de Berlim – e simbólicos – pelo fato da pequena cidade encarnar o espírito de Goethe sobre o militarismo de Frederico o Grande. [...] primeira sessão da Assembleia foi em 6 de fevereiro de 1919. A Constituição Provisória do Reich, democrática e de ação social e socialista, editou decretos dispondo sobre medidas de proteção ao trabalhador e outros benefícios sociais. Foi promulgada em 10 de fevereiro e, no dia seguinte, Ebert foi eleito Presidente do Reich e Scheidemann, Chanceler. Formou-se aí a Coalizão de Weimar, entre o Partido Social-Democrata, o Partido Católico Zentrum e o Partido Democrático Alemão [...] constituintes, vários foram os projetos – elaborados sob a liderança de Hugo Preuss – feitos e recusados, inclusive pelo próprio SPD. Enquanto não se chegava a um acordo em relação a Constituição, várias ordenações foram editadas: Lei para Colonização do Interior; Lei de Habitação; leis de proteção à família, da instituição do casamento, da reforma do sistema educacional e formação cívica do jovem; além da Lei de Socialização, que promoveria alterações no liberalismo econômico alemão, socializando indústrias e buscando amenizar diferenças sociais. A votação foi realizada em 31 de julho de 1919. Dela participaram 338 dos 421 deputados da Constituinte. Destes 338 votos, 262 foram a favor e 75 contra, havendo 1 abstenção. Em 11 de agosto, ela foi promulgada e três dias depois, em 14 de agosto de 1919, entrou em vigor.

3. LOUREIRO, Isabel. **A Revolução Alemã: (1918-1923)**. Editora UNESP: São Paulo, 2005. p.111-2. “A Constituição elaborada pela Assembleia Nacional constituinte a partir de um anteprojeto do jurista liberal de esquerda Hugo Preuss (com a colaboração de Max Weber) foi oficialmente promulgada no dia 14 de agosto de 1919. Em pontos essenciais, a nova constituição se ligava às tradições liberais e democráticas de 1848. Ela conserva o caráter federal da Alemanha e os dois órgãos legislativos, Reichstag e Reichsrat (no lugar do Bundesrat da época do Império), mas este último com menos poder.”

4. GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 44: Iniciava-se, então, o nascimento da República de Weimar. Já na primeira proclamação do Chanceler Ebert, anunciava-se inúmeras mudanças na ordem jurídica: suspensão do Estado de Sítio, retorno à legalidade, proteção dos Direitos Fundamentais de liberdade, preparativos para futuras eleições livres e gerais, mudanças na legislação eleitoral, jornada de trabalho de oito horas, seguro-saúde e seguro-desemprego. Quanto às relações trabalhistas, o sistema de proteção social do trabalhador foi ampliado, com a criação dos Comitês Central do Trabalho. [...] A intervenção estatal na economia era cada vez mais extensa, uma vez que ela regulava os preços e os bens de consumo. Além disso, iniciava-se um processo de nacionalização de todas as indústrias. Ainda nessa época, surgiu o Conselho de Deputados do Povo, presidido por Ebert e Scheidemann, com atribuições executivas e legislativas.

5. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editora Trotta 2001,



p. 149-150.

6. Conforme tradução de Pietro Nasseti, Editora Martin Claret, 2007, *Do Contrato Social*, Jean-Jacques Rousseau, p. 29.

7. Nesta época, surgiu um documento de grande valia para a história da Constituição mundial, este documento foi escrito por um advogado prussiano chamado Lassalle. Conforme leciona Lassalle, todo o país possui duas Constituições, sendo que uma delas é escrita, e a segunda, é considerada real, ou seja, baseia-se em fatores reais do poder.

8. GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 09-10; 12-4; O nacionalismo alemão dava seus primeiros passos desde 1815, com estímulo às tradições populares, ao folclore e a outros aspectos de sua cultura. Da mesma forma, a Prússia já era o estado alemão que mais se destacava economicamente. [...] ensaio constitucional foi consentido pelo rei prussiano Friedrich Wilhelm III a uma comissão de juristas, mas encerrado logo depois por influência de Metternich sobre o rei da Prússia. Outros Estados – tais como Baden e Württemberg – também tentaram realizar assembleias constitucionais, também coibidas por Metternich, que acabou por culminar com a edição dos Decretos de Carlsbad, em 1819. [...] somente com a entrada de Bismarck ao cenário político alemão, - diretamente ligado as relações exteriores da Prússia – seria assegurada uma diplomacia livre da influência austríaca e genuinamente alemã. [...] No entanto, a influência de Metternich ainda se fez sentir até 1848, especialmente no que diz respeito ao liberalismo político-alemão que, apesar da força conquistada com o início da união aduaneira – devido à pequena distância entre os Estados – ainda não era uniforme e organizado [...] a Áustria ainda detinha poder político na Confederação. Metternich construiu um poderoso sistema de informação e de controle por todo o Império Austríaco. Sua aversão aos movimentos revolucionários liberais era marcante. Porém, a Prússia mostrava sua necessidade de ser reconhecida politicamente, e a liberdade de expressão, concedida pouco após o Congresso de Viena – mesmo que de forma limitada – permitia aos estudantes questionar e protestar contra o Império nas universidades, de forma constante. É quando surge, na universidade de Jena, a bandeira tricolor alemã, influenciando outras quatorze universidades e gerando grandes protestos em 1830. [...] A Áustria começou a perder o controle da situação no Império em 1835, com a morte de seu imperador, Friedrich I. Com o poder de seu sucessor, Fernando I, entregue a um Conselho em que Metternich tinha forte liderança, surgiram os primeiros problemas: a Áustria não tinha tradição burocrática-administrativa, o governo estava fragmentado e a condução dos negócios políticos decaía cada vez mais. Além disso, a promulgação se descontentava mais e mais com a monarquia, o que facilitou o declínio da Áustria no cenário político e econômico europeu. [...] O ano de 1848 foi um ano de protestos, novamente com origem em Paris. No entanto, o motivo não era mais o mesmo dos anos anteriores. Trata-se da crise terminal da Era Metternich. Este, sem conseguir manter o controle da situação, renunciou. [...] Fernando I aboliu a censura e o forte sistema de controle montado pelo Ministro austríaco, aprovando a criação de uma guarda nacional e prometendo uma constituição. Mesmo assim, em 5 de dezembro de 1848, quando a revolução liberal já não apresentava mais um risco à monarquia, Friedrich decidiu outorgar uma Carta constitucional. A Constituição revolucionária alemã, elaborada na Igreja de São Paulo em Frankfurt – Paulskircheverfassung – não obteve sucesso, uma vez que não foram aceitas por muitos Estados, entre eles a Prússia e a Áustria. Dessa forma, a monarquia europeia saiu novamente vitoriosa após uma crise revolucionária (grifo nosso).

9. RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo.** Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 277.

10. LOUREIRO, Isabel. **A Revolução Alemã: (1918-1923).** Editora UNESP: São Paulo, 2005. p.113-4.

11. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días.** Madrid: Editora Trotta 2001, p. 149-50.

12. GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A experiência constitucional**

da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 A Parte I, com sete seções, versava sobre “A Estrutura e atribuições do Império”. Cabia à essa parte organizar politicamente a República e os Estados (Länder), o funcionamento do Parlamento, as atribuições do Presidente do Império, as atribuições do Chanceler, o **Processo Legislativo**, a **Administração Pública e o Judiciário**. **Desta parte, cabe destacar a estruturação do Parlamento, que permanecia igual à do Império. Dividia-se em Reichstag (Câmara dos Deputados) e Rechsrat (Conselho Federal, assim como o Bundesrat). Quanto ao primeiro, a eleição se dava por sufrágio universal, direto e secreto, e os deputados governavam por quatro anos. Em relação ao segundo, sua tarefa era proporcionar a representação dos Estados no Parlamento; seus representantes eram escolhidos pelo próprio Estado.** O Reichsrat aprovava projetos de lei apresentados pelo governo e tinha direito de veto.

13. OST, François. **O Tempo do Direito**. PIAGET: Lisboa, 1999. p. 277.

14. GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social**. A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 72-9: “Para fazer frente aos gastos pelas reparações, certas medidas, embasadas na Constituição, foram tomadas – entre elas a reestruturação completa do sistema tributário alemão, feita por Mathias Erzberger, apoiado na Lei de Finanças Nacional de 1919. Dessa forma – com a Alemanha inaugurando uma nova fase de negociações sobre o pagamento de reparações – a França pensou que o Estado alemão estava encontrando meios de não obedecer às suas obrigações [...] 1923 – sem causar danos à economia, o governo começou a emitir desenfreadamente papel-moeda, o que trouxe efeitos inflacionários catastróficos: a classe média empobrecia cada vez mais, e os gastos feitos com a suspensão valiam o dobro das reparações devidas para o período. Cabe destacar também que o ano de 1923 foi o ano em que o dólar se tornou o referencial monetário da Alemanha. Uma política econômica, conhecida como Rentenmark – criada em 15 de outubro de 1924 – que trouxe reformas financeiras, foi adotada e conseguiu obter sucesso no controle da espiral inflacionária [...] Com a inflação contida, o marco se estabilizou no início de 1924. Esta segunda fase se caracterizou por apresentar certa estabilidade política – ainda existiam embates entre a extrema-direita e a extrema-esquerda – e desenvolvimento econômico. Na verdade, o progresso do período foi impulsionado pelo ingresso de capital estrangeiro – principalmente anglo-americano – na economia, graças ao Plano Dawes, tentativa da Comissão de Reparações de Guerra de reerguer a economia alemã, implantado em 1º de setembro de 1924. O problema é que, dessa forma, a Alemanha ficou sujeita às oscilações estrangeiras. [...] se recuperou do atraso tecnológico, passando por uma nova Revolução Industrial que a fez igualar-se ao nível técnico dos Estados Unidos. Como consequência, houve um aumento no desemprego e indigitação das indústrias, além da cartelização de certos setores da economia. Coube aos cartéis a responsabilidade pelo maior desenvolvimento tecnológico ocorrido durante a República, colocando a Alemanha novamente na liderança mundial nos setores de química, óptica e eletrotécnica. [...] colocando-se economicamente no mesmo patamar das potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial [...] A estabilidade econômica ajudou a assegurar estabilidade no Parlamento. Com a estabilização da moeda e as renegociações das reparações, a Alemanha começou um período de grande progresso econômico-social.

15. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar. Azougue Editorial: Rio de Janeiro, 2004. p. 39-40.

16. SCHMITT, Carl. O Führer protege o Direito. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. p. 221. “Em verdade o Ato do Führer foi o exercício de uma autentica judicatura. Ele não está sujeito à justiça, ele mesmo foi justiça suprema.”

17. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 141-6. “ Na opinião do autor, Schmitt teve um papel ativo na crise final de Weimar, influenciando na escolha de saídas autoritárias para a crise, ao apoiar os gabinetes presidenciais para instrumentalizar suas ideias na direção da ditadura presidencial e da dissolução da Constituição.[...] Para Schmitt, a segunda parte da Constituição de Weimar, apesar das divergências jurídicas introduzidas, era composta de disposições de caráter substantivo. Segundo ele, a Constituição de

Weimar estava literalmente dividida entre duas Constituições materiais dentro da mesma Constituição formal. [...] Schmitt, assim, defende a necessidade de revisar a Constituição de Weimar, sob a pena de suas indecisões e compromissos dilatatórios destruírem sua própria legalidade e sua própria legitimidade. Para tanto, Schmitt acha que a segunda parte da Constituição, por mais vaga e confusa que seja, teria mais afinidade com a essência de uma constituição alemã que a neutralidade axiológica da primeira parte. [...] A versão oficial de Carl Schmitt e seus aliados foi a de que ele defendeu a utilização do poder presidencial para “salvar” a República dos partidos extremistas. Na realidade, seu objetivo, de acordo com Beaud, foi combater a Constituição, “estrangeira ao espírito alemão”, assim como a República, ressaltando as suas contradições e fazendo prevalecer as adequadas às suas convicções políticas, na sua proposta de substituir a Constituição pela Contra-Constituição. [...] Já para Hermann Heller, o problema principal da revisão constitucional seria possibilitar um Parlamento capaz de trabalhar e um governo capaz de atuar. [...] Na realidade, Heller achava absolutamente sem sentido as tentativas de alguns autores de colocar a culpa da crise na Constituição, sendo, em princípio, contrário à reforma constitucional. Mas, caso esta ocorresse, Heller destacou que a meta de qualquer revisão da Constituição de Weimar deveria partir de três pontos indiscutíveis: a Supremacia do Estado sobre a sociedade, a origem democrática da autoridade política e os limites precisos da autoridade estatal. Para tanto Heller aprova a ideia de um Estado autoritário. Heller quer um Estado com autoridade, não um Estado ditatorial. Afinal, como afirma o próprio, o fundamento da legitimação da organização autoritária do Estado só pode ser o povo. [...] Em relação, ainda, ao Estado, Heller afirma que o Estado Liberal é incapaz de realizar o objetivo de uma economia socialista planejada garantindo apenas a anarquia econômica do mercado. No entanto, o Estado de Weimar pode conseguir o poder necessário e adquirir poder econômico próprio. A economia ressalta Heller, não é o destino do Estado, mas sim a organização política de acordo de acordo com a vontade do povo. Por isso, Heller afirma desejar um Estado autoritário, mas não um Estado total, que não conhece nenhum limite. O que ele propõe é a submissão da ordem do trabalho e dos bens à organização do Estado material de Direito, buscando a superação do Estado liberal por um Estado socialista de Direito, mas não eliminar o Estado de Direito.

18. VILLARROYA, Joaquim Thomas. Breve Historia del constitucionalismo español. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1997. p. 124-5: “**La Constitución dedicaba una amplia atención a los derechos individuales tradicionalmente recogidos en nuestros textos fundamentales; pero, además, dispensaba una generosa protección al trabajo y a la cultura; pero, además, dispensaba una generosa protección al trabajo y a la cultura; y, junto a los derechos de la persona individual, tutelaba los que correspondían a las entidades colectivas: familia, sindicato y asociaciones de toda índole.** Más todavía: los redactores de la Constitución, en título I, dedicado a la organización nacional, y en el III, dedicado a los derechos y deberes de los españoles quisieron intentar la solución de determinados problemas - el religioso, el regional el social - que venían arrastrando conflictivamente desde décadas anteriores. Las fórmulas constitucionales podrían ser discutibles, ofrecían aspectos positivos y negativos; pero el exceso de pasión y la falta de generosidad de unos y otros malograron la solución necesaria de todos ellos. (grifo nosso)

19. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días.** Madrid: Editora Trotta 2001, p. 150.

20. HÄBERLE, Peter. **Libertad, Igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.** Mínima Trotta: Madrid, 1998. p. 21; 24-25.

21. HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. In: **Direito e Legitimidade.** MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy Editora 2003. p.53-6. O autor apresenta pressupostos para a garantia dos direitos humanos dentro de um mundo globalizado a partir do Estado Constitucional.

22. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente:** Atualidade de Weimar. Azougue Editorial: Rio de Janeiro, 2004. p. 25-6.

23. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente:** Atualidade de Weimar. Rio

de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 26; 32. A Constituição de Weimar foi elaborada sem maiorias claras, em um contexto político cujo equilíbrio era precário e instável. Desta forma, não era uma Constituição homogênea, monolítica, mas uma expressão das relações entre forças políticas em disputa em 1919. [...] Boa parte do célebre debate de métodos do direito público, travado durante a República de Weimar, deu-se em torno do alcance, limites e possibilidades desta segunda parte da Constituição [...] De acordo com sua classificação, a declaração de direitos da Constituição de Weimar poderia ser dividida entre direitos de liberdade dos indivíduos, direitos democráticos, direitos socialistas de prestação social ou cultural (na realidade, meras pretensões dos indivíduos), direitos das organizações públicas (associações religiosas) contra o Estado, garantias institucionais e garantias de instituto.

24. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editora Trotta 2001, p. 150.

25. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3.ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre: 2001. p. 242-3. Dito desse modo, o garantismo não significa um retorno a um Estado bom que já houve. Nos países avançados da Europa, beneficiários do welfare state, isso até seria possível. No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade. (grifo nosso).

26. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição E Estado de Exceção Permanente**: Atualidade de Weimar. Azougue Editorial: Rio de Janeiro, 2004. p. 32-6. "Os direitos fundamentais, para Schmitt, poderiam servir para estabelecer o tipo e a estrutura da comunidade nacional homogênea. Na sua concepção, contrária às visões liberal e socialista, esta ordem substancial seria fundada sobre o casamento, a liberdade religiosa e a propriedade privada, com base na segunda parte da Constituição de Weimar, que deveria ser despojada de seus trechos liberais e socialistas, com inclusão de elementos orgânicos para a homogeneização política dos alemães. [...] Anti-liberais e anti-individualistas na concepção schmittiana, as garantias institucionais protegeriam os indivíduos desde que estes pertencessem a alguma instituição, e não porque eles possuísem direitos subjetivos fundamentais: a proteção está ligada à instituição, não à pessoa. [...] Para Schmitt, as garantias institucionais prevaleceriam sobre os chamados direitos de liberdade: nas suas próprias palavras, "a liberdade não é uma instituição jurídica". Ou seja, os direitos de liberdade só poderiam ser garantidos se ligados a alguma instituição jurídica, prevalecendo, assim, a garantia institucional sobre a garantia das liberdades. [...] Os direitos fundamentais da Constituição de Weimar, segundo Otto Kirchheimer, não poderiam ser reduzidos ao seu significado liberal tradicional. A Constituição tinha a clara intenção de dar uma direção e um programa para a atuação do Estado, buscando uma vinculação única das mais variadas correntes políticas em busca da concretização de objetivos comuns a todos. Para Kirchheimer, a Constituição de Weimar era uma "Constituição sem decisão". [...] Rudolf Smend criticou as concepções de Schmitt e Kirchheimer, que entendiam ser a Constituição de Weimar uma Constituição sem decisão. Para ele, a razão de ser da Constituição não era decidir sobre um determinado sistema político de pensamento, mas ordenar um conjunto de homens na formação de uma comunidade política. Smend não entendia correta a ideia de Constituição de compromisso, pois, na sua visão, a Constituição não teria sentido se fosse reduzida à mera constitucionalização de interesses setoriais para, a partir desses interesses, continuar a luta dos vários grupos pelo poder. A Constituição, para Smend, só teria sentido se formasse uma unidade política por meio do processo continuamente renovado da integração política. [...] Para Smend, os direitos fundamentais não poderiam ser reduzidos a meros limites de atuação do Poder Público. Na sua opinião, os direitos fundamentais, de um lado pretendiam regular um sistema de valores, um sistema cultural; de outro, afirmavam o caráter nacional do sistema de direitos fundamentais, ao ser conferido, por meio deles, um status material único aos membros do Estado, convertendo-os, assim, em um povo, em relação a si mesmos e aos outros povos. Os direitos fundamentais, assim, representariam um sistema de valores concretos, que resumiria o sentido da vida estatal na Constituição." (grifo nosso)

27. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora MESTRE JOU, 1968. p. 57.

28. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed., ALMEDINA. 1998. p. 1258-9
29. GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social**. A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 54-5. “As inovações couberam à II Parte da Constituição, composta de cinco seções. Nela foram, pela primeira vez em uma Constituição alemã enunciada os “Direitos Fundamentais dos Alemães”. Os Direitos Fundamentais, especialmente os Direitos Sociais foram tratados com bastante destaque nesta parte, que trata fundamentalmente na Ordem Social, da separação Igreja-Estado, das confissões religiosas, do sistema educacional e da vida econômica. Entre os pontos pioneiros da Ordem Social estavam: supressão de diferenças em virtude de condição social ou de nascimento e igualdade perante a lei (art. 109); inviolabilidade do cidadão (art. 114); inviolabilidade do domicílio (art. 115); princípio da legalidade (art. 116); sigilo de correspondência (art. 117); liberdade de expressão (art. 118); liberdade de reunião (art. 123); liberdade de associação (art. 124); direito ao voto (art. 125); direito de petição (art. 126); liberdade de confissão religiosa (art. 135); propriedade privada (art. 153); etc. Estes eram os Direitos Fundamentais de Primeira Geração.
30. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. P.34.
31. SCHIMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Ciencias Sociales. Alianza Editorial Madrid: 2002, p. 125-128. Significaciones negativas del termino de <<neutralidad>> neutralidad como actitud inhibidora de la decisión política. 1 neutralidad en el sentido de no intervención, desinterés [...] tolerancia pasiva, etc. Es en esta significación como la neutralidad política interna del Estado entra por primera vez en la coherencia histórica, justamente como neutralidad del Estado frente a las religiones y confesiones [...] la consecuencia última de este principio lleva inevitablemente a una neutralidad general respecto de cualquier punto de vista y problema imaginable, y a un trato absolutamente igual para todos. [...] este Estado neutral es el estado neutral
32. RICHARD, Lionel. **A República de Weimar**. A vida cotidiana. São Paulo: Companhia das Letras/ Circulo do Livro, 1988. p. 241-3.
33. THALMANN, Rita. **A República de Weimar**. Coleção cultura contemporânea. Jorge Zahar. Rio Janeiro: 1988. p.77-90. O autor ao longo destas páginas descreve a efervescência cultural-intelectual existente na República de Weimar.
34. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5º Reimp. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p 67-9.
35. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição E Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p.37; 111; 116; “Heller foi um severo crítico do determinismo econômico do marxismo, bem como das concepções de Estado e ditadura do proletariado do marxismo ortodoxo e para ele o Estado deve ser concebido partindo da totalidade da realidade social. Para ele, a luta de classe é um meio, não o fim em si mesma[...] O fundamento último da autentica essência do socialismo reside, segundo Heller, na ideia de justiça social, com a evolução da justiça jurídica formal para a justiça econômico material [...] Para Heller, o liberalismo e o Socialismo são membros na evolução da democracia.[...] Na síntese de Heller, a partir do fim da Idade Média o poder Político lutou para ganhar autonomia em relação ao poder religioso. Esta Luta, desde o início do século XX, se trava agora contra o poder econômico. [...] O ideal socialista é o da passagem da democracia política para a democracia econômica. [...] O Estado social de Heller é, assim, um Estado socialista. Não podemos nos esquecer que a hipótese de sua Teoria do Estado é a impossibilidade de continuidade da estrutura de classe do Estado atual [...] Heller é anticapitalista e seu Estado social de direito é um Estado socialista e democrático. Este é o principal aspecto emancipatório da proposta do Estado Social de Hermann Heller, que não pode ser, de maneira alguma, menosprezado ou relativizado. [...] **A maior qualidade da Constituição de Weimar para Hermann Heller: Deixou aberta às forças sociais vivas as válvulas jurídicas que permitem a supressão, pela democracia, das contradições sociais. Na visão de Heller, a abertura da consti-**

**tuição de Weimar permitiria a transição ao socialismo** [...] embora a organização do Estado Alemão fosse capitalista, a democracia formal não apresentava nenhum sério obstáculo para o desenvolvimento de uma ordem socialista.[...] Heller destaca que o essencial de uma Constituição é reforçar a normalidade pela normatividade do texto constitucional [...] “grande democracia”, “democracia pobre” graças as Condições sociais da população alemã, “democracia oprimida” e “democracia ameaçada”, com uma rebelião fascista que se armava secretamente. [...] o fundamento da legitimação da organização autoritária do Estado só pode ser o povo. E povo deve ser entendido como portador de certos valores, não como a massa uniforme dos que defendiam a farsa fascista da “democracia plebiscitária” [...] Heller afirma que o Estado Liberal é incapaz de realizar o objetivo de uma economia socialista planejada, garantindo apenas a anarquia econômica do mercado. [...] A economia, ressalta Heller, não é o destino do Estado, mas sim a organização política de acordo com a vontade do povo.

36. BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto, BERCOVICI, Gilberto, MORAES Filho, José Filomeno & LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, Teoria da Constituição: **Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p.101; Heller, inclusive, elabora, em 1929, a expressão Estado Social de Direito (sozialer Rechtsstaat). Na sua concepção, a maneira de se evitar o fascismo era desenvolver o Estado de Direito até as últimas consequências, garantindo um mínimo de solidariedade. A ampliação da democracia era contraposta à alternativa, cada vez mais defendida por determinados setores, de implementação de uma ditadura fascista na Alemanha. Para Heller, o estado social de direito superaria o positivismo e rematerializaria, ou seja, aproximaria da realidade, o Estado. O Estado social seria, também, um passo a mais na democratização do Estado. Com a democracia social, amplia-se a esfera democrática para regulação dos setores econômicos, com a ordem e econômica e social colocada à disposição da vontade popular, democraticamente manifestada. A garantia da existência digna por meio da homogeneização social está, também, diretamente vinculada à democracia. Segundo Hermann Heller, a sobrevivência do regime democrático depende do êxito da relativa homogeneidade social, sob pena de se transformar em uma ditadura disfarçada dos setores privilegiados. Apenas no Estado social de direito seria possível a composição dos inúmeros interesses antagônicos existentes na sociedade, viabilizando a inclusão da população no processo democrático.

37. CALERA, Nicolas Maria Lopes. **YO, el. Estado** Editora Trotta. Madrid: 1992, p. 82-3. “Se es necesaria una filosofia del Estado y, en ultima instancia una filosofia del la historia, que afronte la permanente dialéctica entre lo individual y lo colectivo y su posible racionalizacion. **La tesis central de las reflexiones que siguen se resume en la necesidad de refundar el Estado y de recuperar su funcion de paradigma moral que para el tratamiento de esa dialéctica el Estado tuvo en algunos clásicos de la filosofia politica. Hay razones para considerar que la refundacione de la idea de Estado puede ser una importante base para racionalizar proyectos histoticos de convivencia social, que armonicen libertad e igualdad.** [...] Desde esta perspectiva propugno una **substancializacion positiva del Estado, como sintesis ideal de lo individual y lo colectivo. Abogo por una teoria sustancializadora - no sustancialista - del Estado, esto es, por una sustancializacion positiva del Estado, que no niegue la sustancialidad positiva - no absoluta, tampouco - de lo individual y que se mantenga viva una dialéctica individuo-sociedad-e Estado.** No se trate de entregarse a ningubna euforia estatalista, y menos aun en medio de los tiempos que correm. El Estado há sido y es tambien un proyecto y una realidad histórica, sometido a toda clases de limitaciones y carências. Pero, en mi opinion, el Estado como idea va puede traspasar muchos condicionantes historicos.” (grifo nosso).

38. CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História - origem e reforma**. Rio de Janeiro: Editora REVAN 1993. p. 17-24. Nesta obra o autor desenvolve uma abordagem sobre os principais elementos que compuseram a História das Constituições, e, posteriormente uma análise do processo histórico das Constituições brasileiras e a reforma da Constituição.

39. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon**. Editora Trotta. 2 edicion. Madrid: 1997. Derechos y Grantias. La ley del Mas Debil. Editora Trotta. 2 edicion. Madrid: 2001. Los fundamentos de los derechos fundamentales.1 edicion. Trotta. Madrid: 2001. A soberania no mundo moderno. 1. ed. São Paulo: Martins

fontes, 2002.

40. DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação.** EDITORA UNESP: São Paulo, 2005. p.148-150.

41. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito.** Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2002. p.141.

42. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito.** Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2002. p. 129-131.

43. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 126. "Mas a Constituição de Weimar é sobretudo a primeira das grandes Constituições europeias a interessar-se profundamente pela questão social, em contraste com a aparente neutralidade das Constituições liberais do século passado."

44. Em se tratando de Estado Social, mister se faz a prevalência do Executivo em função do Legislativo, na concepção macroeconômica, em primeiro lugar pelo fato de que as diretrizes a serem seguidas pela política social substituída são criadas, primeiro em face da pressão popular e, seguindo-se a esse, pelo Poder Executivo. Em segundo lugar, o poder emanador de normas, dando publicidade aos seus atos, acaba por vincular a expectativa dos grupos beneficiados, traduzindo, assim, sua política social em normas jurídicas. Nota-se, portanto, o crescente aumento da atividade legislativa do Poder Executivo.

## REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar.** Azougue Editorial: Rio de Janeiro, 2004. p. 39-40.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. *In*: SOUZA, Cláudio Pereira Neto; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p 67-9.

CALERA, Nicolas Maria Lopes. **YO, el. Estado'.** Madrid: Editora Trotta, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3.ed., ALMEDINA. 1998. p. 1258-9.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História - origem e reforma.** Rio de Janeiro: Editora REVAN 1993. p. 17-24.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação.** EDITORA UNESP: São Paulo, 2005. p.148-150.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon.** Editora Trotta. 2 edicion. Madrid: 1997. Derechos y Grantias. La ley del Mas Debil. Editora Trotta. 2 edicion. Madrid: 2001. Los fundamentos de los derechos fundamaentales. 1 edicion. Trotta. Madrid: 2001. A soberania no mundo moderno. 1.ed. São Paulo: Martins fontes, 2002.

- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editora Trotta 2001, p. 150.
- GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A experiência constitucional da Republica de Weimer e a Constituição Brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- HÄBERLE, Peter. **Libertad, Igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Mínima Trotta: Madrid, 1998.
- HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. *In: Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean- Christophe & MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy Editora 2003.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora MESTRE JOU ,1968.
- LOUREIRO, Isabel. **A Revolução Alemã: (1918-1923)**. Editora UNESP: São Paulo, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- OST, François. **O Tempo do Direito**. PIAGET: Lisboa, 1999.
- RICHARD, Lionel. **A República de Weimar**. A vida cotidiana. São Paulo: Companhia das Letras/Circulo do Livro, 1988.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- SCHIMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Ciencias Sociales. Alianza Editorial Madrid: 2002.
- SCHMITT, Carl. O Führer protege o Direito. *In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- THALMANN, Rita. **A República de Weimar**. Coleção cultura contemporânea. Rio Janeiro: Jorge Zahar, 1988.
- VILLARROYA, Joaquim Thomas. **Breve Historia del constitucionalismo español**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Recebido em: 28/07/2019
- Aceito em: 31/07/2019



# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER EXECUTIVO E O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE A FUNCIONÁRIOS E SERVIDORES PÚBLICOS

*Judicial review by the executive branch and payment of additional salary for working in unhealthy conditions to civil servants*

## Mateus de Farias Klein

Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Assessor do Gabinete da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Foi subprocurador-geral do Município de Novo Hamburgo. Atua nas áreas: direito constitucional, administrativo e processo legislativo. *E-mail:* mateusklein@hotmail.com.

## Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Pós doutora pela UFRGS. Doutora em direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFRGS. Procuradora Municipal de Porto Alegre desde 1996. Professora universitária. *E-mail:* oliveira.cristianecatarina@gmail.com.

## Resumo

O controle de constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário, mas o Poder Executivo pode também exercer o controle de constitucionalidade fundado em interpretação da aplicação do princípio da legalidade e devido ao princípio da separação de poderes com sistema de freios e contrapesos. De outro lado, a discussão sobre o estabelecimento da base de cálculo do adicional de insalubridade no salário mínimo foi decidida no sentido da inconstitucionalidade. O objetivo do trabalho é questionar se, em casos como esse do adicional de insalubridade, é possível que o Poder Executivo declare inconstitucional dispositivo de seu estatuto e determine nova base de cálculo. O método utilizado é da revisão bibliográfica e estudo de jurisprudência específica.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Poder Executivo. Princípio da Legalidade. Adicional de Insalubridade.

## Abstract

Judicial Review is exercised by the judiciary, but the executive branch may also exercise Judicial Review based on interpretation of the application of the principle of due process and due to the separation of powers doctrine and with checks and balances system. On the other hand, the discussion about the establishment of the basis for calculating the payment of additional salary for working in unhealthy conditions was decided in the sense of unconstitutionality. The objective of this paper is to question whether, in cases such as this, the payment of additional salary for working in unhealthy conditions, it is possible that the Executive Branch declares a statute unconstitutional and determines a new basis for calculation. The method used is the literature review and study of specific law cases.

**Keywords:** Judicial Review. Executive branch. Due Process of law. Payment. Unhealthy Conditions.

## Sumário

1. Introdução; 2. Controle de constitucionalidade e princípio da legalidade; 2.1 Do princípio da legalidade; 2.2 Do Controle de Constitucionalidade; 2.3 Do exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo; 3 Adicional de insalubridade e norma inconstitucional; 4 Conclusão; 5. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade está inserido na ideia da separação de poderes, com o sistema de freios e contrapesos, e é função dos poderes de Estado.

Em que pese o controle de constitucionalidade seja realizado, ordinariamente, pelo Poder Judiciário, não cabe a ele apenas exercer o referido controle. A Constituição de 1988 confere como regra geral a competência ao Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade, porém não veda que outros Poderes possam fazê-lo.

O Poder Executivo, como os demais, está atrelado ao princípio da legalidade, ou seja, está adstrito ao cumprimento do que a lei determina. Porém, nem sempre a lei está de acordo com a Constituição, violando dispositivos constitucionais. A controvérsia se estabelece quanto à legitimidade do Poder Executivo em afastar a aplicação de norma legal sem o prévio reconhecimento judicial da inconstitucionalidade, em vista do princípio da legalidade. Busca-se analisar o controle de constitucionalidade por parte do Poder Executivo, seja pelo método preventivo ou repressivo.

Por fim, examina-se a questão do adicional de insalubridade, devido a empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a servidores públicos, nos termos estatutários. Questiona-se a possibilidade de o Poder Executivo deixar de aplicar norma relativa à base de cálculo do adicional de insalubridade, com fundamento na inconstitucionalidade de norma que determina a utilização do salário mínimo como indexador. Também se analisa a possibilidade de o Executivo fixar outra base de cálculo até que nova lei a defina.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário é feito de forma repressiva. Ao Poder Executivo pode ser concedida a legitimidade de negar cumprimento a norma legal, diante de sua inconstitucionalidade, eis que a mesma apresenta vício, formal ou material, observando a supremacia das normas constitucionais, em detrimento ao princípio da legalidade estrita.

### 2.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é aquele pelo qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei determinar ou permitir. Está previsto expressamente no caput do art. 37 da Constituição Federal<sup>1</sup>, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]

A Constituição de 1988 implica que todos os entes devem observar ao princípio da legalidade, o qual abrange tanto a lei formal, votada pelo Poder Legislativo, quanto aos preceitos que norteiam o Estado de Direito. Assim, cabe a Administração sujeitar-se as normas legais.<sup>2</sup>

A Administração deve apenas cumprir o que a lei determina ou preceder naquilo que

ela autoriza, cabendo a ela se cumpridora das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, devendo o Poder Executivo em não olvidar esforços para o cumprimento do comando legal.<sup>3</sup>

Logo, segundo o princípio da legalidade, o Poder Executivo, segundo preconiza a Constituição, deve cumprir e fazer cumprir o que ela determina.

## 2.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é o mecanismo de verificação da compatibilidade de um ato normativo em face da Constituição. As normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro devem estar de acordo com a Constituição de 1988, ou seja, devem guardar uma compatibilização vertical. O controle de constitucionalidade tem por fundamento o princípio da Supremacia Constitucional, o qual dispõe de que as normas constitucionais estão no ápice da pirâmide hierárquica de Kelsen.<sup>4</sup>

Michel Temer,<sup>5</sup> em análise dos pressupostos do controle de constitucionalidade, indica:

O Controle de Constitucionalidade pressupõe, necessariamente o reconhecimento da supremacia da Constituição, ou seja, a existência de um escalonamento normativo, onde o texto constitucional ocupa o ponto mais alto do sistema normativo e também a existência de uma Constituição rígida, onde o poder constituinte originário estabelece um processo mais árduo de modificação constitucional (ou nenhum processo modificativo) que o processo de elaboração normativa inferior. (TEMER, 2006, p. 44-45).

O princípio da Supremacia Constitucional é fundamental para o controle de constitucionalidade. José Afonso da Silva<sup>6</sup> explica tal princípio da seguinte forma:

O princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Logo, a Constituição está o topo da pirâmide das normas, sendo que as leis e normas não podem contrariá-la, de modo material ou formal, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Clèmerson Merlim Clève<sup>7</sup> ensina:

[...] a compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidos do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma 'ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade'. É uma ordem, eis que reside sua posição de supremacia. É ademais, ordem material porque além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.

Alexandre de Moraes,<sup>8</sup> ao tratar sobre o controle de constitucionalidade, refere: "Con-

trolar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”

Logo, é imprescindível falar em controle de constitucionalidade sem reconhecer o princípio da supremacia da Constituição.

O controle de constitucionalidade pode ser classificado quanto ao seu momento como preventivo ou repressivo. Pode ser exercido de forma prévia ou preventiva e posterior ou repressiva à edição do ato normativo.

O controle preventivo busca impedir que a norma viciada pela inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o projeto de lei, e não a lei, por exemplo, é objeto de questionamento, é ele que tem a sua constitucionalidade questionada. O controle repressivo, ou o controle superveniente, busca extirpar a norma eivada de vício inconstitucional, a lei editada, promulgada, já produz efeitos no mundo jurídico, sendo que normalmente que faz o controle repressivo é Poder Judiciário.<sup>9</sup>

## **2.3 DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER EXECUTIVO**

O princípio da legalidade determinado pela Constituição implica o Poder Executivo com o dever de atuar em conformidade com as normas da Constituição, em conformidade com o Direito, e não somente observar o que a Lei em específico determina. O Poder Executivo não está obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição até que o Poder Judiciário decida a respeito.<sup>10</sup>

A doutrina é controversa a respeito da possibilidade ou não do exercício do controle de constitucionalidade por poder alheio ao Poder Judiciário. Elival da Silva Ramos,<sup>11</sup> Hely Lopes Meirelles<sup>12</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>13</sup> destacam que quando o ordenamento estabelece sanção de nulidade para as leis que violem as normas constitucionais, poderia o Poder Executivo em negar o cumprimento à lei inconstitucional.

Este posicionamento é combatido por outra parte doutrinária que defende que em razão dos instrumentos disponibilizados pela Constituição de 1988 é inadmissível que o Poder Executivo negue o cumprimento da lei. Caberia ao Chefe do Poder Executivo, ao se deparar com norma inconstitucional, provocar o Poder Judiciário para que decida sobre o reconhecimento ou não da invalidade da norma frente à Constituição.<sup>14</sup> A Lei Federal n. 9.868/19991, confere ao Chefe do Poder Executivo da União o poder de manejar Ação Direta de Inconstitucionalidade para que o Poder Judiciário aprecie em sede de controle concentrado a constitucionalidade da norma.<sup>15</sup>

O Ministro Gonçalves de Oliveira, citado por Sara Meinberg Schmid,<sup>16</sup> em decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 15.886, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1966, analisou o tema da seguinte forma:

A lei é iniciada e votada pelo Congresso Nacional, depois sobe à sanção. Se o Presidente da República, o Governador do Estado ou Prefeito sanciona a lei, parece claro que nem ele nem qualquer funcionário administrativo poderá descumpri-la, sob o fundamento de que é inconstitucional. O momento preciso para repudiar a lei seria o da sanção. O Poder Executivo oporia o veto, então

a lei voltaria ao Congresso, às Assembleias ou às Câmaras Municipais, e seria mantida ou não a proposição com o voto qualificado. Este é o nosso regime constitucional.

Portanto, em princípio, a regra é que, sancionando o Presidente da República a lei, ele supre quaisquer deficiências de trânsito, nas normas legislativas. Teve o momento que a Constituição lhe consagrou para dizer se a proposição era constitucional ou inconstitucional. Se nesse momento não usou de seu poder, parece claro que dá-se o consenso pelo Executivo de que a norma seja constitucional. Se o Presidente, no entanto, veta a proposição, ela volta, no caso de lei federal, ao Congresso que, por maioria altamente qualificada de dois terços, manterá ou não o veto. Se mantiver, temos uma lei que o Presidente da República é obrigado a observar, nos termos da Constituição. Este é o princípio do nosso direito constitucional. Às vezes, como no caso de que se trata, há uma questão intercorrente. É que o Presidente veta a lei e o seu veto é rejeitado pelo Congresso Nacional. Surge a questão: o Poder Executivo, o Presidente da República pode opor-se ao cumprimento da lei? Entendo que a lei poderia ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, através da Procuradoria-Geral da República. Mas reconheço que essa não é a doutrina corrente.

A demora na retirada da norma inconstitucional do ordenamento pelo Poder Judiciário é uma das justificativas que a doutrina majoritária adota no sentido de possibilitar que o Poder Executivo negue vigência a lei inconstitucional. Desde a publicação da lei até a declaração da sua inconstitucionalidade a lei poderia gerar efeitos que poderiam ocasionar em prejuízos. Estabelece-se o conflito entre o princípio da legalidade com o da força normativa da Constituição.<sup>17</sup>

Konrad Hesse,<sup>18</sup> ao abordar o princípio da força normativa da Constituição, ensina:

Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, e que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.

Esse princípio ampara ambas correntes doutrinárias, tanto a que defende a possibilidade de negativa de vigência por parte do Poder Executivo, quanto a que defende pela impossibilidade de negativa de vigência por parte do Poder Judiciário. O Chefe do Executivo poderia, ao se deparar com uma lei inconstitucional, não aplicá-la ou afastar o seu cumprimento, sob o argumento de cumprimento da Constituição. Seguir este entendimento, em consonância com a corrente majoritária, seria primar pela regra Constitucional, fortalecendo-a.<sup>19</sup>

Diante disso, em situações excepcionais poderia o Poder Executivo estar legitimado a recusar o cumprimento da lei, como por exemplo, nos flagrantes casos de vício de iniciativa.<sup>20</sup>

O juiz federal Flávio da Silva Andrade<sup>21</sup> entende,

Assim, dentro do quadro de excepcionalidade que deve nortear essa possibilidade, há de se exigir o preenchimento dos seguintes requisitos:

a) tratar-se de caso em que, exercendo o direito de interpretação no caso concreto, de maneira motivada, o Chefe do Executivo venha a deparar-se com situação de manifesta inconstitucionalidade, de modo que se torne evidente a

necessidade de repudiar a lei para prestigiar a supremacia da Carta Constitucional. Nessas hipóteses, o ocupante da Chefia do Poder Executivo não pode ter tido a oportunidade de vetar a lei reputada inconstitucional, pois, do contrário, seria incongruente recusar o cumprimento de norma que ele mesmo considerou constitucional;

b) como recorda Elival da Silva Ramos, citado por Alexandre de Moraes (2006, p. 639), *por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, apenas ao Chefe do Poder Executivo pode ser assegurada essa prerrogativa, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade.*

Entende o magistrado que o poder para refutar a aplicação de lei inconstitucional recairia sobre o Chefe do Poder Executivo, sendo vedado que servidores ou funcionários rechacem a aplicação norma flagrantemente inconstitucional.

A primeira Turma do Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema nos autos do Mandado de Segurança n. 27.744/DF, consagrando o entendimento de que todos estão submetidos a Constituição, inclusive órgãos administrativos. Permitiu o STF o afastamento de norma inconstitucional no caso em concreto, vedando a realização de controle concentrado.

O voto do Ministro Marco Aurélio<sup>22</sup> foi no seguinte sentido:

O Conselho atuou em cima de caso concreto e deixou de aplicar a lei, por tê-la como inconstitucional, observando a Constituição.

Todos estamos submetidos à Carta da República, que é a Lei das leis, inclusive o Conselho Nacional do Ministério Público. Algo é atuar de forma abstrata, vindo a declarar a incompatibilidade de uma lei com o Texto Constitucional. Coisa diversa é enfrentar situação concreta e entender que prevalece não a lei, no caso, estadual, mas sim a Constituição.

Esse dever toda a administração tem. A administração não está compelida a observar lei que tenha como incompatível com a Lei Maior. [...]

A primeira vez que o Supremo enfrentou essa matéria – pelo menos que me lembre, não por ter estado quando do julgamento, mas por visita a precedente –, atuou como relator o ministro Víctor Nunes Leal, envolvia situação concreta em que o Tribunal de Contas da União deixara de observar lei para implementar a eficácia, a concretude, da Constituição Federal. O Supremo concluiu que era possível, porque, senão, chegar-se-ia a seguinte situação: estar todo órgão da Administração Pública compelido a observar lei ordinária em detrimento da Constituição. [...]

Ministro, a única dúvida é a seguinte: defronta-se o Conselho com um caso concreto e, com o dilema: homenagear a lei ou a Constituição Federal. Atuando, não exerce o controle difuso propriamente dito, porque órgão administrativo. Julga o caso administrativo concreto, desta ou daquela forma, ante a impossibilidade de homenagear a Carta da República? O sistema não fecha.

Nos debates do julgado, o Ministro Marco Aurélio inaugura a discussão acerca da possibilidade de no caso concreto ser afastada a aplicação da lei em homenagem a Constituição. O debate enfrentado é justamente se Poder alheio ao Judiciário poderia afastar a aplicação da lei, colocando de lado o princípio da legalidade, sob o fundamento da inconstitucionalidade da norma.

Pelo que se denota do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pode o Poder Executivo afastar a aplicação de norma sob o fundamento da inconstitucionalidade. Contudo, tal posição do Executivo não pode caracterizar um fluxo sem freios ou contrapesos, ou seja, não é uma posição de forma ilimitada, tem que haver ponderações quando do exercício do afastamento da norma inconstitucional. Deve obedecer aos demais princípios constitu-

nais, como da motivação, por exemplo.

O Ministro Luís Roberto Barroso,<sup>23</sup> em sede de voto-vista, proferiu o seguinte entendimento:

Conforme me pronunciei na sessão do dia 06.05.2014, concordo com o Min. Marco Aurélio no sentido de que quem tem a incumbência de aplicar a norma a uma situação concreta não pode ser compelido a deixar de aplicar a Constituição e aplicar a norma que considera incompatível. Não se trata, aqui, de realizar controle abstrato de constitucionalidade, mas, sim, de deixar de aplicar uma norma ao caso concreto, em face da supremacia da Constituição (controle incidental).

Verifica-se que no voto-vista do Ministro Barroso há o alinhamento no entendimento de que aquele que compete a aplicação da norma não pode ser obrigado a fazê-lo em detrimento das regras constitucionais, pelo contrário, impende que seja observada a supremacia das regras constitucionais.

O Ministro Barroso analisa sob o prisma que não se está a tratar de controle de constitucionalidade abstrato, mas em afastar a aplicação da norma considerada inconstitucional, face à supremacia da Constituição.

Em análise derradeira dos debates proferidos, cumpre novamente destacar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio:<sup>24</sup>

Presidente, reitero o que tive a oportunidade de veicular a partir de outro caso, ou seja, a existência de precedente sobre a matéria, da lavra do ministro Vítor Nunes Leal, quando se consignou que órgão administrativo, seja qual for, pode deixar de aplicar lei que tenha como conflitante com a lei das leis, que é a Constituição Federal, observando esta última.

Seria verdadeira incongruência assentar-se a inexistência dessa possibilidade. Tornar-se-ia prevalente, muito embora no campo administrativo, a lei inconstitucional. O que não pode o órgão administrativo é propriamente exercer o controle difuso, muito menos o concentrado, de constitucionalidade. É algo diverso, como ressaltou o ministro Luís Roberto Barroso.

Consagra a primeira turma do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de, além do Poder Executivo e do Poder Legislativo, órgãos administrativos a possibilidade de afastarem a aplicação de lei que esteja em desacordo com a Constituição.

Pode-se afirmar que é possível interpretar a aplicação do princípio da legalidade em consonância ao controle de constitucionalidade pelo Executivo. Não se está em não ferir a lei, mas simplesmente em afastar sua aplicação em prol da Constituição.

Todavia, esta posição adotada pela Suprema Corte não implica em permitir que o Poder Executivo afaste da aplicação qualquer norma, ou seja, deve o ato cumprir com os demais princípios constitucionais, como o da motivação, a fim de permitir o afastamento da norma sob o argumento da inconstitucionalidade.

Nos termos expostos, deve o Poder Executivo se sujeitar as demais normas constitucionais, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal não outorga poder ilimitado para afastar de forma injustificada toda e qualquer norma.

### **3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E NORMA INCONSTITUCIONAL**

O adicional de insalubridade está previsto no art. 7º, XXIII da Constituição de 1988,

regulada na CLT no art. 189 e seguintes, aplicando-se aos empregados da iniciativa privada e aos empregados públicos regidos pelo regime celetista. Em relação aos servidores públicos de regime estatutário, ainda não haja aplicação do art. 7º, XXIII por força de norma constitucional, os estatutos podem instituir o adicional de insalubridade e, em geral, o fazem.

O adicional significa uma "parcela contraprestativa suplementar"<sup>25</sup> ou o pagamento de uma "compensação"<sup>26</sup> por estar o funcionário ou servidor submetido a condições de trabalho contrárias a um ambiente saudável de trabalho,<sup>27</sup> inclusive com pagamento retroativo à data inicial da exposição.<sup>28</sup> O fundamento é a exposição "a agentes ou condições que colocam em risco a sua integridade física" (do trabalhador).<sup>29</sup>

A opção no Brasil com o pagamento de adicional de insalubridade, em que pese o disposto no art. 191 da CLT, parece mascarar a obrigação patronal em elidir os riscos à saúde do empregado ou servidor. Nos Estados Unidos, não há tal pagamento, a preocupação não é como pagamento pela exposição à insalubridade, mas com a diminuição do risco, de forma compartilhada, conforme Marcia Ramazzini:<sup>30</sup>

Em outros países, a relação trabalho e emprego é compartilhada e tem efeito muito mais efetivo e eficiente. Os funcionários são conscientes e têm uma corresponsabilidade. Nos Estados Unidos, o Ministério do Trabalho (OSHA) é usado como referência consultiva para pequenas e grandes empresas, a cada três anos são auditadas e, caso as informações anuais enviadas através de relatórios não retratem a realidade, ou constatadas irregularidades recebem autuações.

De qualquer sorte, no Brasil, o adicional de insalubridade se dá pelo pagamento de um percentual sobre base de cálculo. Veja-se o dispositivo na CLT:<sup>31</sup>

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

Nos estatutos de servidores públicos, é comum a vinculação do percentual a ser percebido ao salário mínimo ou seu valor, já que cada Município e Estado brasileiros devem ter seu estatuto próprio (no sentido de regime jurídico único). Mesmo o estatuto dos servidores federais, Lei 8112/90, hoje estabelece em seu art. 68, que: "Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo", mas tal base no vencimento do cargo é fruto de recente alteração legislativa.

Portanto, a questão que se coloca, diante da norma celetista ou das normas estatutárias eventualmente, é sobre a possibilidade de determinar o pagamento de adicional de insalubridade com base no percentual sobre o salário mínimo. Isso porque o art. 7º, IV da Constituição de 1988 veda vinculação ao salário mínimo. Há farta jurisprudência sobre o tema, inclusive com edição de Súmula nº 4 pelo STF:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Sobre o entendimento de que não pode haver decisão judicial substituindo a base de cálculo, cite-se a Rcl 13685 AgR-segundo / DF - DISTRITO FEDERAL em que se reitera a



proibição de decisão judicial a substituir a base de cálculo, nada referindo-se nessa decisão quanto ao Executivo.

De um lado, o entendimento do STF fez alterar a jurisprudência trabalhista. Veja-se a redação da Súmula 228 do TST:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CALCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Todavia, em decisão transitada em julgado na Reclamação 6.266/DF o STF entendeu por suspender parte dessa Súmula 228 do TST:

Portanto, mostra-se inafastável a conclusão de que a decisão proferida pelo Plenário do TST, que editou a Resolução 148/2008 e deu nova redação à Súmula 228 daquela Corte, ao estipular o cálculo do adicional de insalubridade devido com base no salário profissional, contrariou o entendimento firmado por esta Corte a respeito da aplicação do enunciado da Súmula Vinculante 4.

Isso posto, com base na jurisprudência firmada nesta Corte (art. 161, parágrafo único, do RISTF), julgo procedente esta reclamação para cassar a Súmula 228 do TST, apenas e tão somente na parte em que estipulou o salário básico do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade devido.

Essa decisão, como outras, reitera que o Poder Judiciário não pode fixar a base de cálculo do adicional de insalubridade.<sup>32</sup>

De outro lado, em relação ao regime estatutário, no julgamento que deu base a Súmula 4 do STF ficou clara a impossibilidade de se utilizar o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, relativo à legislação estatutária de São Paulo (Lei 432/85, conforme redação à época). Como já se disse, ficou decidido que o próprio STF, por interpretação, não poderia alterar e definir outra base de cálculo. De fato, a base de cálculo em salários mínimos foi alterada por lei estadual de 2012.

Em vista dos vários estatutos jurídicos de servidores públicos estaduais e municipais e considerando que muitos ainda podem referir a vinculação ao salário mínimo, coloca-se a questão antes<sup>33</sup> e após a Súmula Vinculante: É possível, por interpretação jurídica do Poder Executivo, a alteração da base de cálculo do adicional de insalubridade sem nova lei, considerando a norma estadual/municipal inconstitucional?

O exemplo da inconstitucionalidade de base de cálculo vinculada ao salário mínimo é situação pacificada, com o que fica mais aproximada uma resposta à questão acima. Com a edição da Súmula vinculante, o Poder Executivo fica adstrito à sua interpretação por força do entendimento processual. Mas antes da edição da Súmula, já se poderia vislumbrar apoio na doutrina do controle de constitucionalidade para que o Poder Executivo pudesse declarar a base de cálculo em salário mínimo como inconstitucional, mesmo sem decisão específica sobre tal ou qual estatuto de servidores.

Portanto, parece claro que, motivadamente, o Poder Executivo pode declarar inconstitucionalidade a respeito de base de cálculo de adicional de insalubridade e inclusive determinar nova forma de cálculo, desde que de acordo com outros dispositivos constitucionais e da irredutibilidade de vencimentos.

## 4. CONCLUSÃO

O Poder Executivo pode afastar o cumprimento de normas com base no argumento de estarem em desacordo com a Constituição, fundado no princípio da Supremacia da Constituição. E, nesse sentido, o princípio da legalidade não é óbice para que o Poder Executivo possa controlar a constitucionalidade, ao contrário, é interpretado o princípio da legalidade no sentido de que é dirigido apenas às normas que são constitucionais.

Para o Supremo Tribunal Federal é possível deixar de aplicar a norma, mesmo no âmbito do Poder Executivo, em casos concretos, em que a lei esteja em desalinhamento com a Constituição de 1988.

Por fim, na questão do adicional de insalubridade, devido a empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a servidores públicos, também o Poder Executivo, no que tange ao estatuto dos servidores, pode deixar de aplicar norma relativa à base de cálculo do adicional de insalubridade. Isso com fundamento na inconstitucionalidade de norma que determina a utilização do salário mínimo como indexador do percentual do adicional de insalubridade. Entende-se que também pode o Executivo fixar outra base de cálculo até que nova lei a defina, pois as decisões do STF referem a impossibilidade apenas de o Judiciário fixar outra base de cálculo que não o salário mínimo.

## 5. NOTAS

1. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 mai. 2019.
2. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
3. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011.
4. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
5. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 44-45.
6. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 45.
7. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27.
8. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1120.
9. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
10. RTJ 2/386; 3/760; RDA 59/339, 76/51, 76/308, 97/116; BDM 11/600 [...].
11. RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.
12. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
13. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

14. CAMPOS, Miguel. Poder Executivo. **Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional**: Correntes Doutrinárias. Controvérsia. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.
15. ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011
16. DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. **Possibilidade de os Estados-membros editarem, no âmbito da competência legislativa concorrente, lei que afronte normas gerais nacionais que estejam em desconformidade com a Constituição da República, ainda que a inconstitucionalidade das normas gerais não tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário**. Minas Gerais. 2003. 36-37 f. Monografia (especialização em Poder Legislativo) – Instituto de Educação Continuada, Pontifícia Universidade Católica.
17. CAMPOS, Miguel. Poder Executivo. **Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional**: Correntes Doutrinárias. Controvérsia. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.
18. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.
19. CAMPOS, Miguel. Poder Executivo. **Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional**: Correntes Doutrinárias. Controvérsia. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.
20. ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo poder executivo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.
21. ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo poder executivo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.
22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 27.744-DF. 1ª Turma. Relator Min. Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 04 jun. 2019.
23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 27.744-DF. 1ª Turma. Relator Min. Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 04 de jun. 2019.
24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 27.744-DF. 1ª Turma. Relator Min. Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 04 de jun. 2019.
25. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 759.
26. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 346.
27. MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 209.
28. RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 396-398.
29. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 820.
30. RAMAZZINI, Marcia. **Brasil, O País Dos Adicionais**. Disponível em: <https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/brasil-o-pas-dos-adicionais/>. Acesso em: 01 jul. 2019.
31. Esse dispositivo, como se verá adiante, é considerado inconstitucional por não ter sido recepcionado pela ordem constitucional conforme SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. 3. ed. Vol.3. São Paulo: RT, 2017, p.152-3.

32. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio Ambiente do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 196.

33. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio Ambiente do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 210: "Portanto, mesmo antes da aprovação da Súmula Vinculante 4 do STF, já era lícito dizer que, para os servidores públicos, (vinculados aos entes de direito público), regidos pela legislação trabalhista, não se pode utilizar o salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem devida como é o caso do adicional de insalubridade; aos estatutários, da mesma forma, não se pode vincular o adicional de insalubridade ao salário mínimo."

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 de mai. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 27.744-DF. Impetrante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Conselho Nacional do Ministério Público (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 0.00.000.000498/2008-76). 1ª Turma. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 14.04.2015. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 04 de jun. 2019.

CAMPOS, Miguel. Poder Executivo. Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional: Correntes Doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. **Possibilidade de os Estados-membros editarem, no âmbito da competência legislativa concorrente, lei que afronte normas gerais nacionais que estejam em desconformidade com a Constituição da República, ainda que a inconstitucionalidade das normas gerais não tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário**. Minas Gerais. 2003. 36-37 f. Monografia (especialização em Poder Legislativo) – Instituto de Educação Continuada, Pontifícia Universidade Católica.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. O controle de constitucionalidade de normas municipais. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6648](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6648). Acesso em: mai. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio Ambiente do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. e atual. Até a emenda constitucional 67. São Paulo: Malheiros editores. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Direito Constitucional**. 2017. Notas de Aula.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. 3. ed. v. 3. São Paulo: RT, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

Recebido em: 01/07/2019

Aceito em: 31/07/2019

# JUDICIALIZAÇÃO PARA A PAVIMENTAÇÃO DE RUAS

## *Judicialization for street paving*

### **Antonio Fernando de Amorim Cadete**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Público pela Faculdade Estácio do Recife. Procurador do Município da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa. Advogado da Advocacia.

### **Leon Delácio de Oliveira e Silva**

Mestre em Desenvolvimento Urbano pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP. Procurador do Município de João Pessoa/PB. Professor. Advogado.

## **Resumo**

O objetivo do presente trabalho será tratar sobre a viabilidade do ajuizamento de ações contra o poder executivo municipal para a pavimentação de ruas. Para tanto, analisaremos quais direitos sociais estariam relacionados a essa temática, expondo a natureza jurídica das vias públicas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a exposição dos principais aspectos acerca da judicialização das políticas públicas, reunindo as principais teses a respeito do tema. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica utilizando livros, obras em meios eletrônicos e legislação. Como resultado, esperamos demonstrar que a despeito de o planejamento das políticas públicas de estado ser matéria tipicamente adstrita às competências do Poder Executivo, nos casos de demonstrada ofensa a direitos fundamentais de cunho social o Poder Judiciário, quando provocado, deve atuar no sentido de suprir os planos municipais a fim de evitar lesão a direitos.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Judicialização. Vias públicas. Pavimentação. Mobilidade urbana. Sustentabilidade. Planejamento.

## **Abstract**

The aim of this paper will be to study the possibility of judicialization against the municipal executive branch for paving streets. To this end, we will analyze which social rights would be related to this theme, exposing the legal nature of public roads in the Brazilian legal system, as well as the exposure of the main aspects about the judicialization of public policies, bringing together the main theses on the subject. The hypothetical-deductive method is used, with bibliographic research using books, electronic works and legislation. As a result, we hope to demonstrate that, although state public policy planning is typically a matter for the powers of the executive branch, in cases of demonstrated offense to fundamental social rights, the judiciary, when provoked, should act to supply municipal plans to prevent damage to rights.

**Keywords:** Public policy. Judicialization. Roads. Paving. Urban mobility. Sustainability. Planning.

## **Sumário**

1. Os direitos fundamentais e a pavimentação de ruas;
2. Principais doutrinas sobre a judicialização das políticas públicas;
3. Conclusão;
4. Notas; Referências

## 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PAVIMENTAÇÃO DE RUAS

A ONU não previu, de forma direta, a temática da mobilidade urbana ou da pavimentação de ruas e avenidas como essencial para a consecução do desenvolvimento sustentável. No entanto, o desenvolvimento das cidades com necessários “sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos” foi temática eleita pela ONU como objetivo da humanidade a ser alcançados até o ano de 2030.

Assim, em futuro próximo tornar-se-ão intensas as atividades visando o cumprimento das metas fixadas internacionalmente, inclusive com a participação do Brasil, o que certamente acirrará o debate acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para sanar eventuais falhas de atuação na implementação desses serviços relacionados.

As Nações Unidas (ONU) definiram os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) como parte de uma agenda do desenvolvimento sustentável. Lançada em setembro de 2015 durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ONU). Os ODS's constituem uma nova agenda para o desenvolvimento, traçando 17 objetivos que nortearão a atuação da comunidade internacional até o ano de 2030. Especificamente o Objetivo 11, conhecido como o ODS Urbano, por tratar de cidade e comunidades sustentáveis, teve redação que aqui merece destaque específico no item 11.2:

Objetivo 11: Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. [...]

Meta 11.2 Até 2030, proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. (ONU, 2015).

A temática da mobilidade urbana está inserida na Agenda 2030 como essencial para a consecução do desenvolvimento sustentável. Tal como destacado acima, a Meta 11.2 tratou sobre a necessária implantação dos transportes nas cidades para o real alcance do desenvolvimento sustentável, o que demonstra preocupação internacional diretamente relacionada à qualidade de vida dos cidadãos, abrindo espaço para pautas como tempo de deslocamento nos transportes, emissão de poluição, segurança viária, universalidade na oferta, acessibilidade, e inclusão social.

Para se ter qualidade de vida em uma sociedade, é preciso que se fundamente uma importância relevante à mobilidade urbana, pois ela tem o papel importante na redução do tempo que um indivíduo gasta no trânsito para percorrer seus diversos percursos no dia a dia, sabe-se que menos intensidade no trânsito resulta em menos poluição, congestionamentos e com certeza menos estresse. Portanto a mobilidade urbana possui profunda relação de qualidade de vida para uma comunidade. (GUIMARÃES, 2018, p. 37).

O conceito de desenvolvimento sustentável é majoritariamente aceito, como sendo o ponto de equilíbrio, ou a intersecção de três dimensões do desenvolvimento: o social, o econômico e o ambiental, o que ficou conhecido como *triple bottom line*. Tal conceituação tripartite segue a linha adotada pelo Relatório Brundtland em 1987.

Surgiu, então, o *triple bottom line*, definido por Jonh Elkington, atentando para a necessidade de se integrar o social ao ambiental e ao econômico, formando o tripé para possibilitar o desenvolvimento sustentável. Nessa linha, o “desenvolvimento sustentável” foi proposto como um ideal a ser atingido, através de um processo qualificativo de produção, efetuado dentro de critérios de respeito aos

limites ambientais e naturais. [...] Por isso que se tentou alterar a estratégia ou o modelo de sociedade, a fim de possibilitar o crescimento econômico com a preservação ecológica. (SCHRAMM; CORBETTA, 2015, p. 36). (grifos no original).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal prevê a competência exclusiva da União de instituir as diretrizes para os transportes urbanos (art. 21, XX), a competência comum (compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Município) para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (art. 23, XII), e ainda atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes e para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI).

Aos Municípios, a Constituição previu, no art. 30, V, a competência para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Em janeiro de 2012, foi editada a Lei Federal n.º 12.587, que instituiu diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, previu que o plano de mobilidade urbana, elaborado em compatibilidade com o plano diretor municipal, seria o principal instrumento de efetivação da Política. A fim de compelir as entidades mirins a prepararem o mencionado planejamento, ficou estabelecido que a omissão implicaria a impossibilidade do recebimento de recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana. Nos termos da Lei Federal 13.683 de 2018, o prazo para elaboração dos planos pelos municípios se estendeu até o dia 13 de abril de 2019.

No ano de 2014, por meio da Emenda Constitucional n.º 82, foi incluído o §10 ao art. 144 da Constituição para tratar especificamente sobre os serviços de segurança viária. Tal emenda teve o mérito de prever, de forma expressa, no §10, I, o direito fundamental à mobilidade urbana eficiente.

O Plano Nacional de Redução de Mortes e Lesões no Trânsito – PNATRANS – foi exigido pela Lei Federal n.º 13.614 de 2018, tendo sido determinada a sua elaboração conjunta pelos órgãos de saúde, de trânsito, de transporte e de justiça. Segundo o Plano, a segurança viária envolveria a responsabilidade quanto à mobilidade das pessoas e veículos na via, bem como a complexa dinâmica de compartilhamento de espaço, até o estabelecimento de normas de circulação com o objetivo de proteger os usuários e evitar reflexos negativos em todo o aparato estatal (PNATRANS, 2018, p. 11).

A Lei Federal n.º 6.766 de 1979, que dispõe sobre normas gerais para o parcelamento do solo urbano, prevê que as vias de circulação fazem parte da infraestrutura básica que deve existir nos parcelamentos de solo, não havendo, no entanto, obrigatoriedade a nível nacional para que o loteador execute serviços de pavimentação. Veja-se o seguinte julgado do TJGO:

TJGO. Embargos de Declaração. Processo Judicial n.º 5128773-03.2017.8.09.0051, Rel. CARLOS ALBERTO FRANÇA, 2ª Câmara Cível, julgado em 08/08/2018, DJe de 08/08/2018).

[...] I - Realização de obras de pavimentação asfáltica, meio-fio, galerias pluviais, iluminação pública e esgoto. Obrigações não previstas no Decreto de aprovação do loteamento e na legislação de regência. Impossibilidade de imputação à empreendedora. Restando comprovado nos autos que a empresa ré/embargada realizou as obras de infraestrutura básica previstas na Lei n. 6.766/79, na Lei



Municipal n. 7.222/93 e no Decreto Municipal n. 1.776/2002, que aprovou referido loteamento, bem como cumpriu a publicidade ofertada, deve ser julgado improcedente o pedido inicial de condenação na obrigação de fazer consistente na realização de obras de pavimentação asfáltica, meio-fio, galerias pluviais, iluminação pública e esgoto no loteamento, pois não se pode imputar ao loteador obrigações não assumidas. (TJGO, 2018).

Assim, a despeito de todo o aparato normativo acima delineado, não se pode extrair de forma direta de nosso ordenamento jurídico a previsão de um direito objetivo ou subjetivo para a pavimentação/calçamento de ruas destinadas à circulação humana ou de veículos. Não existe uma determinação legal, de abrangência nacional, que imponha a obrigatoriedade da pavimentação de vias públicas, seja pelo loteador seja pela municipalidade.

A pavimentação das vias seria fato relacionado ao desenvolvimento gradual das cidades, e que não poderia ser, *a priori*, exigido do Poder Público, sem que esteja relacionado a algum outro fundamento motivador de tal necessidade.

Segundo dados do Censo 2010 do IBGE, 81,7% dos domicílios particulares permanentes urbanos estariam situados em vias pavimentadas. No entanto, a mesma pesquisa aponta a existência de municípios específicos em que tal percentual cai para zero, como é o caso de Bom Jesus do Araguaia (MT), ou em que tal percentual atinge 100%, como é o caso de Serra Azul (SP).

O surgimento de uma obrigação jurídica direcionada à pavimentação de vias públicas adviria quando atrelado à efetiva garantia de direitos expressamente previstos em nosso ordenamento, como a garantia de uma mobilidade urbana eficiente (art. 144, §10, CF/88), a garantia do direito social ao transporte (art. 6º, CF/88), a garantia do direito social à segurança (art. 6º da CF/88), a garantia do direito à vida (art. 5º, CF/88), segurança viária (art. 144, §10), garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF/88).

Isso se dá porque a discricionariedade administrativa não é absoluta, pois o agir da autoridade pública é regrado pelo dever jurídico da boa gestão administrativa. Desse modo, o ato discricionário é sempre passível de amplo controle pelo Poder Judiciário, além de ser indispensável a motivação, a fim de que o Judiciário, em caso de impugnação, examine a lógica entre o pressuposto fático e o ato administrativo. Nesse sentido, segue a excelente lição em forma de acórdão prolatada pelo TRF da 5ª Região:

TRF-5. Remessa Ex Officio. Processo Judicial n.º 0002507-89.2011.4.05.8400, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, 2ª T., j. 29 nov. 2011, DJe 01 dez. 2011, p. 615.

[...] 4. Descabida a alegação do DNIT de que é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito da questão ora discutida. O ato discricionário administrativo pode sofrer a apreciação judicial, porquanto, ainda que a autoridade pública tenha o poder de escolha dentre as soluções previstas e permitidas em abstrato, possui ela o dever jurídico da boa gestão administrativa, ou, como ressaltam MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, o "...dever jurídico de escolha da providência eficiente, adequada e razoável para alcançar a finalidade da lei reclamada na situação concreta." (Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público, 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 21). A discricionariedade administrativa não é absoluta, pois o agir da autoridade pública é regrada pelo dever jurídico da boa gestão administrativa. Desse modo, o ato discricionário é sempre passível de amplo controle pelo Poder Judiciário, além de ser indispensável a motivação, a fim de que o Judiciário, em caso de impugnação, examine a lógica entre o pressuposto fático e o ato administrativo.

A pertinência temática entre o asseguramento de direitos previstos constitucionalmente e a necessidade da elaboração de obras de pavimentação de vias públicas, deve decorrer de esforço hermenêutico que fundamente tal imperativo.

Amparado justamente nesse modo de pensar, o Ministério Público Federal no Paraná ajuizou, em 03 jul. 2017, na 1ª Vara Federal de Francisco Beltrão (TRF 1ª Região), a Ação Civil Pública n.º 5002202-45.2017.4.04.7007, contra a União e contra o DNIT<sup>1</sup>, visando ampliar a trafegabilidade da Rodovia BR-163, no trecho entre os municípios paranaenses de Barracão e Santo Antônio do Sudoeste, mediante realização de melhoramento de curvas horizontais, construção de acostamento, diminuição de degrau existente entre a pista e o acostamento, construção de faixas adicionais, de vias marginais, de interseções, de terceiras faixas, de duplicações, de adequações de greide, de passarelas e de contornos de trechos urbanizados. Os pedidos formulados pelo *parquet* fundamentaram-se em estudos que apontaram a ocorrência de diversos acidentes no trecho, inclusive com morte, ocasionados pelas más condições do capeamento asfáltico.

Nessa linha da argumentação, o Poder Judiciário poderia compelir o Poder Executivo à obrigação de pavimentar via pública desde que comprovado que a não realização da obra irá impactar, de forma significativa, direitos fundamentais previstos de forma expressa.

Assim, embora não exista direito à pavimentação de ruas, rodovias ou avenidas, o Estado pode ser compelido à realização dessas obras desde que se comprove que existe ofensa a outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas que se inserem no âmbito do planejamento discricionário do Poder Executivo.

Em âmbito municipal a aplicação dos escassos recursos públicos na execução de serviços de pavimentação de ruas deveria observar critérios planejados de mobilidade urbana. Daí a extrema importância a obrigatoriedade de formulação dos planos municipais de mobilidade urbana (imposta aos mesmos municípios que são obrigados a formular planos diretores), que por imposição de lei federal, deveriam ser preparados em consonância com os planos diretores municipais até o prazo limite de janeiro de 2019, sob pena de impedimento de receber recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana (vide art. 24, §1º e §4º, da Lei Federal n.º 12.587 de 2012).

Os planos municipais de mobilidade devem orientar os gestores públicos quanto ao exercício do poder discricionário na seleção dos locais prioritários onde serão aplicados recursos, visando à mobilidade urbana eficiente. Desse modo, evitam-se políticas públicas de governo e estimulam-se políticas públicas de Estado, que levam em conta o bem estar duradouro da população como seu motivador maior.

Outros tipos de demandas sociais também devem orientar os gestores para minimizar atuações discricionárias que firam garantias fundamentais da população, como, por exemplo, os aclames dos chamados orçamentos democráticos ou orçamentos participativos, instrumentos de democracia participativa por meio dos quais a população indica aos governantes as prioridades que querem ver atendidas.

No ano de 2016, foram ajuizadas pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, três ações judiciais<sup>2</sup> visando compelir o Município de João Pessoa a realizar obras e serviços de calçamento, meio fio, linha d'água, drenagem pluvial e esgotamento sanitário de diversas ruas de bairros da capital predominantemente habitados por população de baixa renda.

Seguindo-se a linha tradicional de argumentação, via de regra, não cabe ao Poder Judiciário exercer controle sobre políticas públicas, notadamente no que pertine aos direitos sociais urbanísticos, na medida em que a utilização de recursos para demandas como pavimentação de ruas ou implantação de serviços de saneamento básico requer planejamento global integrado e interdisciplinar entre os Entes Federativos (art. 23, IX, da Constituição Federal), diante da impossibilidade de sua efetividade na forma de atuações isoladas e pontuais.

No entanto, a partir do momento em que se detecta que existe ofensa de direitos fundamentais causada pela ausência da pavimentação das vias públicas, surge a necessidade de sua execução forçada, que poderá ser determinada pelo Poder Judiciário mediante provocação.

Passaremos a tratar das principais correntes existentes na doutrina que discutem o ativismo judicial na judicialização de políticas públicas.

## 2. PRINCIPAIS DOCTRINAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização para a garantia da efetividade dos direitos sociais positivados na Constituição é cenário cada vez mais comum na atualidade jurídica brasileira. Desde assuntos relacionados à obtenção de vagas em creches, passando pelo direito à saúde ou atingindo até mesmo assuntos ligados ao sistema prisional, o ativismo judicial tem se feito presente para sanar omissões indevidas do Poder Público.

Está longe de ser consenso na doutrina a definição exata dos limites para a atuação judicial na intervenção de políticas, existindo diversas correntes a respeito, cada uma com posições antagônicas entre si, porém com argumentos verdadeiramente convincentes.

Segundo Badin (2013, p. 27) toda a literatura que aborda a temática da judicialização de políticas públicas pode ser aglomerada em quatro grandes grupos de abordagem, os quais buscaremos expor de forma sintética a seguir.

*Abordagem dogmática/deontológica (ou legalista):* neste grupo estão as teorias que sustentam estar todas as respostas a todas as dúvidas surgidas da interpretação da já previamente dadas pela própria lei, e o juiz seria o único intérprete legítimo. Desse modo, ele possuiria uma capacidade pressuposta de descobrir o sentido do interesse público em cada caso concreto. Todas as nuances das políticas públicas (seus fins, meios e prioridades) poderiam ser inferidas objetivamente a partir do texto legal, pois que todas as escolhas já foram tomadas pela lei. Aqui, a judicialização de políticas públicas seria um mero ato de subsunção legal.

*Abordagem neoinstitucional/consequencialista:* este grupo possui um forte viés eco-

nômico e prega que a ampla margem de discricionariedade dos juízes, para intervir e modificar, a posteriori, as regras (contratos e leis), com base apenas em raciocínios formais de aplicação do direito, sem qualquer atenção para as consequências econômico-sociais, seria um entraves ao desenvolvimento econômico. Baseia-se na ideia de que juízes bem-intencionados, mas que não ponderam as consequências econômicas de suas decisões, podem promover, de forma paradoxal, resultados maléficos para toda a sociedade. Essa linha de abordagem possui raízes na Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*), enfatizando a importância dos efeitos econômicos das decisões judiciais como critério normativo de justiça.

*Abordagem de teoria política/legitimidade:* a ideia aqui defendida é no sentido de que a atuação dos juízes na formulação de políticas públicas padeceria de grande déficit democrático, na medida em que não são eleitos e nem arcam com a responsabilidade política das decisões que tomam. Disso decorreria a ameaça da tirania dos juízes, a subverter a normal divisão de atribuições entre os três poderes, pela indevida “intrusão” na arena dos poderes políticos do Estado. Soma-se a isso o argumento de que o Poder Judiciário seria uma instituição de difícil acesso, e apenas as pessoas que já participam dos debates públicos é que conseguiriam promover ações. Assim poderia estar havendo uma reorganização de recursos públicos para uma parcela da população que já bem representada no processo democrático, ou seja, promoveria, em última instância concentração de gastos públicos em camadas sociais de maior renda.

*Abordagem da crítica à capacidade institucional:* os autores reunidos neste tópico defendem ideias no sentido de que a desconexão entre intenção e resultado da ação judicial poderia ser explicada pelos estudos empreendidos segundo a abordagem da “capacidade institucional”, centrada na crítica da invasão dos espaços políticos pelos órgãos judiciários sob o ponto de vista da incapacidade de seus instrumentos para resolver esse tipo de disputa. Essa seria a forma condizente com realidade para se tentar traçar as devidas limitações à atuação do *judicial review*. O judiciário não estaria institucionalmente preparado para lidar com esse tipo de conflito pois seria um formulador errático de políticas públicas e um péssimo alocador de recursos. A função de prestação jurisdicional não seria compatível com a formulação de políticas públicas por uma série de fatores, dentre eles: necessidade de adstrição ao caso concreto; efeito *inter partes* das decisões judiciais; o processo judicial não daria margem à revisão de suas políticas (coisa julgada); contraditório bilateral não se adequaria à natureza plurilateral dos conflitos distributivos; princípio da inércia militar em favor apenas daqueles que têm condições de invocar a proteção do judiciário; ignorância dos juízes a respeito de matérias técnicas, etc.

Podemos visualizar que cada um dos quatro grupos de argumentação acima elencados possui argumentos plausíveis e ao mesmo tempo contrários entre si.

O fato é que, com a edificação do Estado do Bem-Estar Social, acompanhada da positivação dos direitos humanos de segunda geração (direitos sociais), os juízes foram alavancados à categoria de agentes políticos, e entre a omissão cega e o ativismo exacerbado, buscam encontrar seu lugar na efetivação das garantias constitucionais da forma mais republicana possível.

Assim, como decorrência da proibição do *non liquet*, previsto no art. 5º, XXXV, de nossa Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), tendo em vista a inafastabilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, melhor seria discutir os limites para essa atuação, e não sua possibilidade em si, que já é revelada como plenamente possível.

Ocorre que não existe no ordenamento jurídico previsões positivadas acerca dos limites possíveis para a atuação judicial em casos de que envolvam políticas públicas. Assim, melhor seria que os juízes, conscientes de tal fato, analisassem qual a instituição pública que seria mais apta a definir o destino da política pública naquele caso concreto, procedendo-se a uma análise institucional comparada.

A depender de quem formule uma política pública, imbuído do desejo real de promover o interesse público, podem ser obtidas posições diferentes, como bem colocaram Vianna e Burgos (2005, p. 32) estudando uma Ação Civil Pública que objetivava a criação de leitos para crianças e jovens dependentes de álcool e drogas. Segundo os autores, os membros do Ministério Público, autores da ação, possuíam uma visão de como deveria ser traçada a política pública de saúde, completamente distinta da visão de uma pesquisadora teórica na área de saúde pública. Além disso, ambas as visões já seriam distintas daquela sustentada pelo gestor de saúde mental do município. Segundo Badin (2013, p. 95), “em uma frase, a escolha de quem escolhe pode ser a escolha do que se escolhe.”

Não se pode olvidar acerca do constante embate envolvente da dicotomia entre o mínimo existencial e a reserva do possível no que atine à judicialização de políticas públicas. Seria sindicável pelo Poder Judiciário intervir, por via de exceção, nas políticas públicas a fim de garantir o mínimo existencial aos cidadãos, e mesmo assim, desde que observada a reserva do possível, dentro dos limites da razoabilidade e das capacidades financeiras e técnicas do ente público.

Premissa central da análise que se passa a empreender é a circunstância de que não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes), seja pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor (princípio da reserva do possível). Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. Em outras palavras e apenas retomando aqui o que já havia sido anunciado, em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 28).

No que pertine à judicialização de políticas ligadas à saúde pública, tendo em vista os fortes ditames constitucionais que garantem, de forma seca e direta, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, e tendo em vista a sua direta ligação com o direito à vida

(axiologicamente superior aos demais direitos fundamentais), resta relativamente simples a solução das demandas judiciais resultando, quase que inevitavelmente, pela concessão do tratamento médico pleiteado.

No entanto, torna-se mais complicada a solução quando em debate a judicialização de direitos sociais que não se relacionam de forma direta com o direito à vida, como é o caso de eventual ação judicial que pleiteie a implementação de infraestrutura relacionada à pavimentação asfáltica de vias públicas.

A solução é de difícil alcance, e deve ser observada por meio de análise casuística quanto aos princípios fundamentais que estariam em colisão, a fim de que o Poder Judiciário possa adotar postura que sem adentrar no mérito propriamente dito do ato administrativo, exerça o regular controle de legalidade, e assim, faça cessar eventuais ilegalidades na atuação (ou na omissão) do Poder Executivo. Tal solução depende de grande esforço hermenêutico que justifique a imposição forçada de atuação dos gestores públicos.

### 3. CONCLUSÃO

Tal como exposto acima, acreditamos que não existe em nosso ordenamento jurídico previsão normativa que tutele de forma direta e específica a obrigação da pavimentação de vias pelo Estado. Nessa linha, as obras e serviços direcionados para esse fim seriam fruto da atuação típica, autônoma e independente do Poder Executivo de elaborar e implementar políticas públicas.

No entanto, para evitar omissões injustificadas no exercício das funções discricionárias do Poder Executivo, e para garantir coerência aos ditames republicanos, é necessária que atuação do Poder Judiciário esteja atenta para assegurar a efetividade aos direitos fundamentais.

Nessa linha, a despeito do vácuo legislativo, a obrigação jurídica para a execução de pavimentações de vias públicas pode ser reconhecida e determinada pelo Judiciário ante a necessidade de garantia do mínimo existencial de direitos expressamente tutelados pela ordem jurídica, tais como a garantia de uma mobilidade urbana eficiente (art. 144, §10, CF/88), a garantia do direito social ao transporte (art. 6º, CF/88), a garantia do direito social à segurança (art. 6º da CF/88), a garantia do direito à vida (art. 5º, CF/88), garantia da segurança viária (art. 144, §10), ou a garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF/88).

### 4. NOTAS

1. O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) possui natureza jurídica de autarquia federal, tendo por objetivo institucional "implementar a política de infraestrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade e ampliação mediante construção de novas vias e terminais. Os recursos para a execução das obras são da União. Ou seja, o órgão é gestor e executor, sob a jurisdição do Ministério dos Transportes, das vias navegáveis, ferrovias e rodovias federais, instalações de vias de transbordo e de interface intermodal e instalações portuárias fluviais e lacustres. Além disso, o DNIT, é o órgão da União competente para exercer as atribuições elencadas no art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro: nas rodovias federais, ele é responsável pela aplicação de multas por excesso de peso e ou de velocidade, por meio dos postos

de paisagem e das lombadas eletrônicas.” (DNIT, 2019).

2. Trata-se dos processos n.º 0812914-27.2016.8.15.2001, 0813727-54.2016.8.15.2001, 0813714-55.2016.8.15.2001, tendo como objeto a pavimentação de diversas ruas dos bairros do Muçumagro, Conjunto Padre Juarez Benício, Grotão/João Paulo II, respectivamente.

## REFERÊNCIAS

BADIN, Arthur Sanchez. **O controle judicial das políticas públicas**. Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes>. Acesso em: 30 jun. 2019.

GUIMARÃES, Francisco de Assis Batista. **As condições de mobilidade urbana na rua Francisco Lopes de Almeida na cidade de Campina Grande-PB**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Geografia) - Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2018. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/17057>. Acesso em: 30 jun. 2019.

IBGE. **Censo demográfico de 2010**: aglomerados subnormais e informações territoriais. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7552>. Acesso em: 22 ago. 2010.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. Nova Iorque, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 30 jun. 2019.

PNATRANS. Plano Nacional de Redução de Mortes e Lesões no Trânsito. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/09/governo-lanca-plano-com-metas-para-reduzir-mortes-no-transito-pela-metade/livro-pnatran.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre: n.º 24, jul. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso em: 30 jun. 2019.

SCHRAMM, Alexandre Murilo; CORBETTA, Janiara Maldaner. **Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade**: conceitos antagônicos ou compatíveis? Sustentabilidade meio ambiente e sociedade: reflexões e perspectivas. *E-book*. Umuarama: Universidade Paranaense-UNIPAR, 2015. p. 36. Disponível em: [http://pos.unipar.br/files/publicacao\\_academica/9d5a3a3d7ba6979f415c36893428525d.pdf](http://pos.unipar.br/files/publicacao_academica/9d5a3a3d7ba6979f415c36893428525d.pdf). Acesso em: 30 jun. 2019.

TJGO. Processo Judicial n.º 5128773-03.2017.8.09.0051, Rel. Carlos Alberto França, 2ª Câmara Cível. DJe de 08 ago. 2018. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/processos/atos-judiciais-jurisprudencia>. Acesso em: 30 jun. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Entre princípios e regras**: cinco estudos de caso de ação civil pública. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, 2005.

Recebido em: 30/06/2019

Aceito em: 09/09/2019



# INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA E INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

*Instrument of landholding legitimation and partial unconstitutionality without curtailment of text*

**Alexandre Prevedello**

Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2018). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004). Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## Resumo

Este ensaio investiga, mediante uma abordagem dedutiva, o instrumento de legitimação fundiária introduzido pela Lei 13.465/2017, que se consubstancia em uma nova forma originária de aquisição do direito real de propriedade, inclusive sobre áreas públicas. Examina-se o novo instrumento de regularização fundiária urbana, que é objeto de questionamentos quanto à sua constitucionalidade, na perspectiva de sua manutenção no sistema jurídico nacional. Nesse sentido, advoga-se a necessidade de o Supremo Tribunal Federal aplicar a técnica da jurisdição constitucional de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para fins de afastar a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Específico (Reurb-E) do seu escopo normativo, mantendo-se sua aplicabilidade exclusivamente para a modalidade de Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (Reurb-S).

**Palavras-chave:** Direito à moradia. Regularização fundiária. Legitimação fundiária. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

## Abstract

The essay investigates, by a deductive approach, the instrument of landholding legitimation introduced by the act no. 13.465/2017, that consist in a new original form of property law right of acquisition, on public areas as also. It is examined the new instrument of urban landholding legitimation, that is object of countless questionings regards its constitutionality, in the perspective of its conservation in the national juridical system. In that way, it's advocated the need that the Federal Supreme Court applies the technique of the constitutional jurisdiction of partial declaration of unconstitutionality without curtailment of text for that it can end the Urban Landholding Regularization of Specific Interest (Reurb-E) of its normative mark, keeping its applicability exclusively to the method of Urban Landholding Regularization of Social Interest (Reurb-S).

**Keywords:** Housing Rights. Landholding Regularization. Landholding Legitimation. Partial Unconstitutionality Without Curtailment of Text.

## Sumário

1. Introdução; 2. Regularização fundiária urbana na Lei 13.465/2017; 3. Instrumento de legitimação fundiária; 4. Questionamento acerca da constitucionalidade da legitimação fundiária; 5. Legitimação fundiária e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; 6. Considerações finais; 7. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A política de planejamento e desenvolvimento urbano com ênfase na função social da propriedade e da cidade é produto dos debates ocorridos durante o processo de redemocratização do Estado brasileiro. As disposições constitucionais (arts. 182 e 183) elaboradas pelo poder constituinte originário impõem a criação e a aplicação de políticas públicas concernentes à regularização fundiária urbana para fins de moradia digna, além de outros objetivos como a segurança, a redução das desigualdades sociais, a defesa do meio ambiente e o transporte adequado. Para reforçar a importância destas políticas públicas, a Emenda Constitucional 26/2000 acrescentou ao art. 6º da CF o direito à moradia como um direito social fundamental.

Entretanto, somente com a promulgação do Estatuto da Cidade (Lei 12.257/2001) houve a positivação de normas infraconstitucionais e a instituição de instrumentos jurídicos capazes de concretizar a função social da propriedade e da cidade em relação aos imóveis urbanos em situação irregular. Com esse mesmo objetivo pode-se apontar ainda a edição da Medida Provisória 2.220/01 (concessão de uso especial de que trata o §1º do art. 183 da CF) e as Leis 11.124/2005 (sistema nacional de habitação de interesse social – SNHIS) e 11.977/09 (regularização fundiária de interesse social de assentamentos urbanos).

Busca-se com esse aparato normativo regularizar a ocupação desordenada do solo urbano, um problema comum a todas as cidades brasileiras, especialmente nas de maior envergadura. Com isso pretende-se inserir a cidade informal (como as favelas, por exemplo) na cidade formal, quer dizer, naquela em que todos ou a grande maioria dos regulamentos de urbanização são observados, medida imprescindível para a concretização plena da cidadania.

Nesse contexto, a edição da Medida Provisória n. 759/2016, convertida na Lei 13.465/2017, tem sido objeto de questionamento por alguns setores representativos da sociedade (Procuradoria Geral da República, Partido dos Trabalhadores e Instituto dos Arquitetos do Brasil). Isso porque, no entender destes setores, foram introduzidas alterações significativas no sistema normativo sem que elas tenham sido efetivamente debatidas no âmbito da sociedade e também do parlamento.

Não se pretende examinar todos os reflexos jurídicos e as consequências práticas que decorrem da Lei 13.465/2017, tampouco confrontar a integralidade de suas disposições com as normas jurídicas (princípios e regras) constantes na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade. O objetivo do estudo é analisar uma questão pontual que emerge do regulamento concernente a um dos novos instrumentos da regularização fundiária urbana (Reurb): a legitimação fundiária.

Nos termos do art. 9º da Lei 13.465/2017, a regularização fundiária urbana (Reurb) “abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”. Por sua vez, a legitimação fundiária “constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do Poder Público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade

imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016” (art. 23 do mesmo regramento legal).

Para tanto, examina-se, controverte-se e propõe-se uma solução jurídica para lidar com a entendida como indevida diferenciação realizada na lei quanto ao requisito de que apenas o beneficiário da Reurb-S (Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social, que engloba a população de baixa renda) não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural (art. 23, §1º) para fins de acesso ao novo instrumento jurídico. Isso tudo partindo do pressuposto de que o instituto jurídico será mantido no ordenamento jurídico nacional.

O desenvolvimento do trabalho ocorrerá em quatro etapas. Primeiro, faz-se um breve exame das inovações e modificações inseridas no âmbito da regularização fundiária urbana pela Lei 13.465/2017. Depois, analisa-se o instrumento de legitimação fundiária urbana e questiona-se sua constitucionalidade, enfatizando a existência de critérios restritivos para sua utilização apenas em se tratando da Reurb-S. Por fim, busca-se oferecer, mediante o exame das técnicas de decisões na jurisdição constitucional, uma solução jurídica adequada ao tema.

## 2. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA NA LEI 13.465/2017

A Medida Provisória 759, de dezembro de 2016, posteriormente convertida na Lei 13.465, de julho de 2017, positivou inovações relevantes em relação às políticas públicas de regularização fundiária urbana, como a legitimação fundiária, a institucionalização do direito real de laje,<sup>1</sup> além de alterar inúmeras leis concernentes ao seu âmbito de atuação.<sup>2</sup> As novas disposições ensejaram algumas controvérsias, inclusive quanto à sua compatibilidade com a Constituição Federal, de modo que há três ações diretas de inconstitucionalidade tramitando no Supremo Tribunal Federal.<sup>3</sup>

No tocante à regularização fundiária urbana (Reurb) a disciplina foi praticamente completa, na medida em que foi regulada a legitimidade, foram enumerados os instrumentos jurídicos passíveis de utilização, bem como disciplinada a demarcação urbanística e os procedimentos administrativos, inclusive no tocante aos registros públicos.

Logo, a Lei 13.465/2017 introduziu “um detalhado, sofisticado e inovador plexo de normas e institutos jurídicos” (MAFFINI, 2017, p. 565) quanto ao tema, cuja complexidade é demonstrada pelo conceito de regularização fundiária – que não significa apenas proteger juridicamente a posse sobre determinado imóvel assinalando título de propriedade ou direito real –, a saber:

Regularização fundiária é um processo conduzido em parceria pelo Poder Público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que, prioritariamente, objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto. (ALFONSIN, 2007, p. 78).

Por ser um processo complexo, as normas gerais e procedimentos concernentes à Regularização Fundiária Urbana (Reurb) abrangem, nos termos do art. 9º, “medidas jurí-

dicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.”

Não obstante, a nova legislação priorizou a regularização dos núcleos urbanos informais através da concessão de titulação jurídica aos seus ocupantes. Isso se deu em razão do aumento de instrumentos e de legitimados para postulação da titulação, acrescentando maiores possibilidades de êxito na regularização fundiária e no acesso ao sistema registral oficial do ordenamento brasileiro (CARMONA *et al*, 2018, p. 35).

Um núcleo urbano informal é, nos termos do art. 11, II, “aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização.” Por sua vez, o ocupante é definido como “aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais.” (art. 11, VIII).

Os legitimados para requererem a regularização encontram-se no art. 14: entes da federação, inclusive as entidades da administração pública indireta; os beneficiários, individual ou coletivamente, e as associações, organizações sociais e outras entidades que exerçam atividades no tocante à matéria; bem como os proprietários de imóveis ou de terrenos (inclusive loteadores ou incorporadores\*), a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Os institutos jurídicos da regularização fundiária foram referidos no art. 15: legitimação fundiária, legitimação de posse, usucapião, desapropriação em favor dos possuidores, arrecadação do bem vago, consórcio imobiliário, desapropriação por interesse social, direito de preempção, transferência do direito de construir; requisição, em caso de perigo público iminente; intervenção do Poder Público em parcelamento clandestino ou irregular; alienação do imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor; concessão de uso especial para fins de moradia; concessão de direito real de uso; e doação e compra e venda.

Daí a razão de se considerar a “maior iniciativa legislativa acerca do assunto, da qual se espera que possa contribuir para a redução do imenso passivo fundiário urbano brasileiro.” (CARMONA *et al*, 2018, p. 34).

Ao abordar a evolução da regularização fundiária urbana no ordenamento jurídico nacional, Scheid (2017, p. 450) afirma que as controvérsias acerca da nova legislação não impedem que se verifique uma evolução legislativa sobre o tema em compasso com o princípio da função social da propriedade. Isso porque “desde o momento em que o proprietário deixa de preencher a sua função social, a coletividade está naturalmente autorizada a intervir para assegurar uma exploração indispensável à vida coletiva.”

Ao presente estudo é relevante ainda destacar e diferenciar as duas modalidades constantes na Lei 13.465/2017, as quais serão confrontadas quando do exame das propriedades e requisitos da legitimação fundiária: a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (Reurb-S) e a Regularização Fundiária Urbana de Interesse Específico (Reurb-E).

A Reurb-S é aquela “aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal” (art. 13, I), enquanto a Reurb-E aplica-se às hipóteses não qualificadas como Reurb-S

(art. 13, II), ou seja, para todos os demais casos que não envolvem população de baixa renda.

### 3. INSTRUMENTO DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

O instrumento de legitimação fundiária<sup>5</sup> é uma relevante novidade inserida no ordenamento jurídico. Constitui, nos termos do art. 23:

forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do Poder Público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

É, portanto, uma nova forma originária de aquisição do direito real de propriedade, inclusive sobre áreas públicas, desde que o beneficiário seja integrante de núcleo urbano informal consolidado<sup>6</sup> e comprovadamente existente na data de 22/12/2016 (art. 9º, §2º). Objetiva regularizar situações informais já consolidadas quando da edição da Medida Provisória 759/2016, não sendo aplicável para situações futuras. É importante assinalar que não há requisitos concernentes às dimensões do imóvel e de tempo da posse ou detenção.

A estrutura jurídica da legitimação fundiária concernente à aquisição e perda da propriedade imóvel, em se tratando de particulares, não é novidade no ordenamento jurídico, pois se assemelha a outros institutos previstos na Constituição Federal, como a usucapião e a desapropriação. Há pontos em comum com a usucapião caso se entenda que a legitimação fundiária versa sobre um ato administrativo vinculado, enquanto prepondera a aproximação com a desapropriação indireta caso ela seja compreendida como ato discricionário e expropriatório<sup>7</sup> (REIS; LELIS, 2018, p. 53-55).

Alguns autores têm se inclinado em reconhecer a discricionariedade do ato,<sup>8</sup> ainda que não haja tal indicação legal. Nesses moldes, o direito subjetivo do ocupante é referente somente ao pedido de processamento da regularização fundiária nos aspectos admitidos pela legislação. Isso significa que o Município poderá escolher entre os diferentes instrumentos para fins de regularização fundiária, quer dizer, “haverá um juízo de conveniência e oportunidade do Município na eleição do instrumento, diversamente da instauração do procedimento, que é exigível pelos requerentes sem que tal juízo possa ser feito.” (REIS; LELIS, 2008, p. 55).

Assim, em se tratando de legitimação fundiária em área privada resultante de ato administrativo discricionário, a natureza jurídica é de expropriação. Ao fim do procedimento da Reurb se extingue a propriedade para um e se outorga a outro, sem indenização ao expropriado. Tal circunstância qualifica a legitimação fundiária como um confisco de bem vedado pelo art. 5º, XXIV, da CF/88, ainda que útil à sua finalidade de regularização fundiária (REIS; LELIS, 2008, p. 57).

Por outro lado, a legitimação fundiária de área pública (art. 23, §4º, da Lei 13.465/2017<sup>9</sup>) também padece de vícios que afetam ou dificultam sua manutenção no sistema jurídico. Se a transferência do bem público ao particular decorre de ato discricionário, a legitimação fundiária se torna mais uma via para a titulação do beneficiário que se junta à compra e venda, doação e outras, mas com um problema que decorre do disposto no art. 71 do mesmo

diploma legal.<sup>10</sup> Se o ato administrativo for vinculado, ter-se-á uma hipótese de usucapião de bem público, afrontando o art. 183 da CF. (REIS; LELIS, 2018, p. 58-59).

A primeira hipótese, embora mais adequada à formatação do instituto, pode ser utilizada como um instrumento para fins de arbitrariedade e também de desvios de finalidade ao afastar a participação democrática do procedimento (art. 71). Inclusive pode servir de incentivo a patologias corruptivas já conhecidas no âmbito da execução de políticas públicas.

É importante registrar que o instrumento tem a capacidade de promover, mediante ato administrativo, a entrega do direito de propriedade da unidade imobiliária ao ocupante e seus “efeitos na pós-titulação não serão discrepantes daqueles produzidos nos casos de doação e compra e venda em que há transferência da propriedade.” (CARMONA *et al*, 2018, p. 36). O resultado disso é a possibilidade de transação do direito que foi objeto de regularização fundiária.<sup>11</sup>

Essa permissão encontra referência expressa no art. 23, §2º, ou seja, a legitimação fundiária acarreta a aquisição da unidade “com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado.”<sup>12</sup>

Por fim, a legislação dispôs (art. 23, caput e §§ 1º e 2º) que a legitimação fundiária se aplica tanto aos casos de Reurb-S (núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda) como às hipóteses de Reurb-E (demais núcleos urbanos informais). Foram inseridos condicionantes ou requisitos para a Reurb-S (art. 23, §1º), sendo relevante a previsão (inciso I) de que o beneficiário não pode ser concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural.

Trata-se de uma condição que não reflete qualquer impropriedade se examinada isoladamente, até porque é uma disciplina usual no âmbito da regularização fundiária. O problema não é sua previsão para a Reurb-S, mas a omissão de semelhante previsão para a Reurb-E, que, dessa forma, não possui qualquer condicionante.

Essa falta (ou falha) de isonomia e suas possíveis soluções jurídicas serão objeto de exame posterior; antes, no entanto, é necessário examinar o conteúdo e a extensão das ações de inconstitucionalidade apresentadas para verificar se tal particularidade foi objeto de insurgência junto ao Supremo Tribunal Federal.

## 4. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

Foram apresentadas três ações diretas de inconstitucionalidade em face da Lei 13.465/2017. Na primeira (ADI 5.771) houve requerimento de inconstitucionalidade de sua integralidade; a segunda (ADI 5.883) versa sobre inúmeras disposições, inclusive quanto à regularização fundiária; a terceira (ADI 5.787) trata exclusivamente da regularização fundiária urbana.

O argumento principal da ADI n. 5. 771 pela inconstitucionalidade da legitimação fundiária refere-se à inexistência de tempo mínimo de ocupação ou vinculação de seu uso à

moradia, premiando e incentivando ocupações clandestinas e ilícitas, além dos falsificados de títulos – denominados “grileiros”. Além disso, afirma-se a contrariedade em relação a disposições constitucionais que exigem tempo mínimo de posse (usucapião especial urbano e rural). Não houve questionamento quanto à previsão de requisitos restritivos exclusivamente para a Reurb-S.

Na ADI 5.787 houve requerimento para que todos os dispositivos concernentes à legitimação fundiária sejam declarados inconstitucionais por afronta aos arts. 5º, XXIII, 182, §2º, e 183, *caput* e §3º, da CF/88. O problema ora examinado foi mencionado como inconstitucional por estabelecer apenas para a Reurb-S “diversos requisitos que devem ser cumpridos, ao passo que, para a alta renda, o critério é discricionário do Poder Público, sem qualquer amarra legal. Tal previsão fere de morte o princípio da isonomia, previsto constitucionalmente”. Questionou-se ainda a falta de lapso temporal para comprovação do *animus domini*, apontando-se que o critério único de ocupação em 22 de dezembro de 2016 desrespeita todos os preceitos constitucionais e infraconstitucionais correspondentes ao direito à moradia e à função social da propriedade via regularização fundiária.

Na ADI 5.883 afirma-se que a legitimação fundiária afronta diretamente a proteção constitucional da propriedade prevista no art. 5º, XXII (direito de propriedade); art. 5º, XXIII (função social da propriedade); art. 5º, XIV (desapropriação mediante indenização); art. 5º, LIV (devido processo legal); art. 23, I (competência comum de conservação do patrimônio público); art. 170, II e III (propriedade privada e função social da propriedade como princípios da ordem econômica); art. 182, §4º, III (desapropriação sanção mediante indenização); e art. 183, §3º (interdição de aquisição de imóveis públicos por usucapião).

Quanto à diferenciação entre Reurb-S e Reurb-E, foi mencionado que nos casos de Reurb-E não está caracterizado interesse social, circunstância que exigiria a imposição de condições específicas e mais limitadoras, bem como restrições no tocante aos instrumentos cabíveis. Enfatizou-se que foi exatamente o contrário que ocorreu, na medida em que foram estabelecidas exigências (art. 23, §1º) apenas para a Reurb-S, facilitando sobremaneira a transferência de terras, inclusive públicas, a pessoas de média e alta renda. A conclusão foi de tratamento desigual em desfavor das pessoas de baixa renda, razão pela qual é possível denominar a norma como Lei da Grilagem, já que um de seus maiores potenciais é o de premiar e estimular a ação de grileiros.

A síntese dos principais fundamentos das ações no tocante ao instituto da legitimação fundiária demonstram a sua fragilidade jurídica se adequadamente confrontada às normas constantes da Constituição Federal e aos próprios objetivos da política pública de regularização fundiária urbana. Por outro lado, incumbe à dogmática jurídica, na eventualidade de sua manutenção no ordenamento jurídico nacional, ou enquanto se aguarda o julgamento das ações, formular soluções para que a sua aplicação não seja instrumento jurídico capaz de fomentar ainda mais a desigualdade social.

## 5. LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA E INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

A partir das considerações anteriores ficou evidenciado que a legislação inverteu os objetivos principais da política urbana ao condicionar para a população menos favorecida a prova da inexistência de algum direito de propriedade em relação a imóvel urbano ou rural, mesmo que de pequeno valor, e tornar incondicionado para as faixas de maior renda.

Assim, um grande proprietário de terras ou de imóveis urbanos pode ter acesso ilimitado ao instrumento criado pela Lei 13.465/2017, inclusive sem condicionante quanto ao tempo de posse ou das dimensões da unidade. Tal circunstância permite a concentração de propriedades e a especulação imobiliária por um instrumento que deveria ter por escopo exatamente o contrário: garantir o direito à moradia digna pela população econômica e socialmente desfavorecida.

Trata-se de inequívoca afronta a princípios jurídicos “que pautam a regularização fundiária urbana, como a dignidade humana, o direito social à moradia, a função social da propriedade urbana e a distribuição equitativa dos ônus e benefícios urbanos.” (REIS; LELIS, 2018, p. 51).

Uma solução é considerar que a legitimação fundiária constitui instrumento exclusivo da Reurb-S. Por oportuno:

Portanto o entendimento que nos parece mais conforme (ou menos desconforme) a tais princípios é que a legitimação fundiária se aplica exclusivamente à Reurb-S, e que as ‘modalidades aludidas’ no §2º do art. 23 não são Reurb-S ou Reurb-E, mas sim Reurb em imóveis públicos ou em imóveis privados. Outro elemento a contribuir para tal conclusão é que o §4º do art. 23 prescreve que os entes políticos poderão reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação, “na Reurb-S de imóveis públicos”. Neste caso, como a lei limita expressamente a possibilidade de legitimação fundiária de imóveis públicos à Reurb-S, seria contraditório e desarrazoado entender que o instrumento se aplicaria à Reurb-E apenas em se tratando de imóveis privados. Assim sendo, nos parece mais coerente com os princípios que orientam a regularização fundiária concluir que a legitimação fundiária é mesmo um instrumento aplicável apenas à Reurb-S. (REIS; LELIS, 2018, p. 51).

No mesmo sentido, Godoy (2017, p. 467) afirma que “apenas na Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social a legitimação fundiária poderá ser concedida”, embora não problematize a questão à luz da redação do texto legislativo. Do mesmo modo, Maffini (2017, p. 567) afirma que a legitimação fundiária é instituto específico da Reurb-S, como indica o §1º do art. 23.

Tais soluções não se revelam juridicamente adequadas porque olvidam o sentido único que decorre do texto constante do *caput* e também dos §§1º e 2º do art. 23:<sup>13</sup> a legitimação fundiária é instituto que se aplica a ambas as modalidades de Reurb.

Quando o intérprete propõe uma norma (produto da interpretação do texto) diversa daquela que decorre do seu sentido literal (ou que não encontra legitimação em razão de dificuldades inerentes ao uso da linguagem), a atividade não é mais de interpretação e sim de criação do direito. Logo, essa proposição afronta o princípio do Estado Democrático que pressupõe a separação das funções de legislar e de julgar.



Por conseguinte, a técnica de interpretação conforme a constituição (parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999) não pode ser empregada, pois é utilizada para salvar o ato normativo infraconstitucional como um todo da declaração de inconstitucionalidade, desde que seja possível compatibilizar texto e interpretação. A interpretação conforme a constituição encontra óbice nos limites semânticos do texto ou na moldura que é fornecida pelo legislador através do texto,<sup>14</sup> resultando a existência de limites objetivos ao intérprete.

Somente quando uma regra admite duas ou mais interpretações será juridicamente viável que os tribunais definam justificadamente a que melhor se compatibilize com a Constituição para fins de coerência do ordenamento jurídico. Esse não é o caso da hipótese controvertida.

Outra categoria que deve ser referida quando se fala de interpretação e aplicação das regras no âmbito da jurisdição constitucional é a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (também prevista no parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999).

Na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto não se questiona a constitucionalidade da lei ou da regra como um todo, nem se afastam alguns sentidos interpretativos da norma não condizentes com a Constituição. Trata-se de redução de parte da incidência da norma à luz dos eventos ou destinatários por ela abrangidos. Em vez de uma técnica de interpretação, ela pode ser considerada o produto final de um julgamento abstrato de constitucionalidade, e o motivo de sua utilização é meramente redacional, pois “a eliminação de parte do dispositivo afetaria também a parte constitucional, surgindo uma lacuna sem justificativa substancial.” (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 418).

Enquanto a técnica de interpretação conforme a constituição atua no domínio da interpretação da lei, a inconstitucionalidade sem redução (ou modificação) de texto “localiza-se no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei.” (SILVA, 2006, p. 201). Em outros termos: considera-se inconstitucional “apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo.” (MÉNDES, 2010, p. 1.425).

A partir de tal perspectiva jurídica, caso mantida a constitucionalidade do instituto ou instrumento da legitimação fundiária, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal avance no exame da matéria e declare a nulidade parcial sem redução de texto para fins de exclusão da Reurb-E do escopo normativo do art. 23 da Lei 13.465/2017, mantendo-se, portanto, sua aplicabilidade exclusiva para a Regularização Fundiária Urbana Social – Reurb-S.

Do contrário, a regra do art. 23, além de permitir a grilagem de unidades imobiliárias urbanas, será inconstitucional também por afrontar ao princípio da isonomia, que pressupõe tratamento igualitário para situações análogas ou desigualdade em situações de desigualdade. Em realidade, a regra, em sua normatividade atual, apenas reforça a desigualdade social em nosso país.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Medida Provisória 759, de dezembro de 2016, convertida na Lei 13.465, de julho de 2017, acarretou inúmeras novidades no âmbito de atuação do direito urbanístico, em es-

pecial no tocante à tentativa de regularizar concretamente os imóveis urbanos em situação irregular. Algumas das disposições ensejaram controvérsia no tocante aos seus objetivos e também quanto à constitucionalidade, tanto que foram ajuizadas ações declaratórias de inconstitucionalidades pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

O instrumento da legitimação fundiária possui um objetivo nobre, mas também um grande potencial para gerar situações de perplexidade, sobretudo porque altera dogmas do direito urbanístico referentes à propriedade e a seu modo de aquisição. A maneira como se encontra disciplinado é inconstitucional porque, além de afrontar ao princípio da isonomia por impor restrições à aplicação do instrumento apenas à população de baixa renda (os verdadeiros destinatários da regularização fundiária urbana), expressa um significativo retrocesso na política de planejamento e desenvolvimento urbano com ênfase na função social das cidades. Além disso, possibilita inúmeros desvios de finalidade e outras práticas ilegais que vulneram a sociedade brasileira em geral e a população de baixa renda em especial.

Caso mantido o instrumento da legitimação fundiária no sistema jurídico nacional sob a provável justificativa de que é o único meio adequado para fins de regularização fundiária urbana de situações informais consolidadas, impõe-se que o Supremo Tribunal aplique a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para fins de afastar a sua aplicação para a modalidade da Reurb-E, mantendo-o exclusivamente para a Reurb-S, inclusive com os condicionantes previstos.

## 7. NOTAS

1. O direito de laje foi disciplinado como um novo direito real autônomo no art. 1.225 do CC/02 e regulado no art. 1.510-A do mesmo diploma legal. Possui relativa correspondência jurídica nos ordenamentos jurídicos da Itália e da Suíça (direito de mais elevação ou direito de sobre-edificação), embora encontre maior correspondência com a disciplina do art. 1.526 do Código Civil português. Não se confunde com a propriedade plena, tampouco com o direito de superfície, situando-se em uma posição intermediária que confere ao titular direito de propriedade quanto a pavimentos imobiliários autônomos. Sua principal função e, assim, seu mérito é regular e amparar direitos decorrentes de situações informais muito comuns na população de baixa renda (QUEIROZ; BACHA, 2018, p. 17-18 e 27). Assim, o direito de laje, “como direito real, na modalidade de direito real sobre coisa alheia de gozo ou fruição, permite o surgimento de uma propriedade resolúvel, que pode ser contratada por prazo determinado ou indeterminado, cuja resolução pode se dar mediante o termo ou a condição.” (LIMA, 2017, p. 494).

2. A Lei 13.465/2017 dispõe sobre inúmeros temas relacionados à propriedade e posse (urbana e rural) de imóveis (públicos e particulares), como usucapião extrajudicial, viabilidade da instituição de condomínio de lotes, criação do condomínio urbano simples, possibilidade de loteamento de acesso controlado e instituição do Código Nacional de Matrícula de imóveis. Também regulou aspectos concernentes ao programa Minha Casa, Minha Vida, ou seja, suas disposições alteraram disposições de direito urbanístico, civil, administrativo, ambiental, processual civil, agrário e registral. Por isso foram alterados diversos diplomas, como a Lei nº 8.629/1993 (Reforma agrária); Lei nº 11.952/2009 (Regularização fundiária em terras da União, no âmbito da Amazônia Legal); Lei de Registros públicos; Código Civil; Código de Processo Civil; Programa Minha Casa, Minha Vida; Lei nº 9.514/1997 (SFI); Lei nº 6.766/1979 (Parcelamento do Solo Urbano); Código Florestal; Lei nº 9.636/1998 (Alienação de bens imóveis da União); MP nº 2.220/2001 (Concessão de uso especial); Decreto-Lei nº 9.760/1946 (Bens imóveis da União); e Decreto-Lei nº 3.365/1941 (Desapropriação).

3. A **ADI 5.771**, ajuizada pelo Procurador-geral da República, Rodrigo Janot, após o recebimento de

representações apresentadas por 61 entidades, tem como pedido declaração de inconstitucionalidade da totalidade da Lei 13.465/2017. Conforme a inicial, a Lei apresenta vícios formais e materiais, e a sua manutenção no sistema jurídico representa graves retrocessos em matéria de direitos fundamentais. A **ADI 5.787**, elaborada pelo Partido dos Trabalhadores – PT, apresenta requerimento de inconstitucionalidade não da totalidade da Lei, mas de inúmeras disposições, também por vícios formais e materiais. Por fim, a **ADI 5.883**, proposta pelo Instituto de Arquitetos do Brasil – IAB, com requerimento, ao final, de declaração de inconstitucionalidade da Regularização Fundiária Urbana – Reurb (disciplinada no Título II da Lei – arts. 9º a 82, e tratada também nos arts. 83 e 84, 87 a 90, e 98; o § 2º do art. 11-C, da Lei n. 9.636, de 1998, incluído pelo art. 93 da Lei; e o § 5º do art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.876, de 1981, incluído pelo art. 95 da Lei).

4. Registra-se o disposto no §3º do art. 14: “O requerimento de instauração da Reurb por proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores, não os eximirá de responsabilidades administrativa, civil ou criminal.”

5. Outra definição disposta no art. 11, VII, da legislação referida é a de que a legitimação fundiária é “o mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb.”

6. Núcleo urbano informal consolidado foi definido pelo legislador (art. 11, III) como “aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município.”

7. Nesse contexto, “não descaracteriza o caráter expropriatório o fato de o bem ser destinado a outro particular, pois o despojo administrativo e compulsório é o ponto essencial”. Assim, “havendo um ato administrativo de outorga da legitimação fundiária, por iniciativa discricionária da administração pública, desposando o titular registral do bem da propriedade em favor de outro particular e sem indenização, tem-se claramente os contornos da desapropriação indireta.” (REIS; LELIS, 2018, p. 54).

8. Nesse sentido também se manifesta Godoy (2017, p. 466-467), que enfatiza não se tratar de usucapião ou de desapropriação, além de registrar que, apesar da discricionariedade do ato, o Poder Público sempre deve pautar seu agir com fundamento no interesse público.

9. Art. 23, § 4º. Na Reurb-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária.

10. Art. 71. Para fins da Reurb, ficam dispensadas a desfetação e as exigências previstas no inciso I do *caput* do art. 17 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

11. A questão da pós-titulação é essencial por se consubstanciar numa fase atrelada ao processo de regularização fundiária, na medida em que a regularização, sobretudo a de interesse social, não se encerra com a entrega do título, impondo-se a obrigação de o Poder Público fornecer os serviços públicos essenciais para concretizar totalmente o direito à moradia, bem como verificar o comportamento dos beneficiários e do próprio mercado imobiliário após a contemplação, aspectos sociais não tratados na legislação e que resultam em uma importante lacuna normativa com consequências práticas relevantes. (CARMONA *et al*, 2018, p. 39-40).

12. Esse efeito liberatório geral, notadamente na Reurb-E, também é questionado: “Quanto ao efeito liberatório, aparentemente o legislador pretendeu desonerar o adquirente de penhoras, ônus fiscais ou direitos de garantia pendente sobre o imóvel, pelo que o dispositivo deve ser interpretado com cautela. Não nos parece razoável que direitos reais sobre coisa alheia como servidões, restrições edilícias e servidões administrativas, que nada têm a ver com tais finalidades, sejam alcançados por tal efeito liberatório.” (REIS; LELIS, 2018, p. 50).

13. Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do Poder Público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área

pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016. § 1º **Apenas na Reurb-S**, a legitimação fundiária será concedida ao beneficiário, desde que atendidas as seguintes condições: I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo Poder Público o interesse público de sua ocupação. § 2º Por meio da legitimação fundiária, **em qualquer das modalidades da Reurb**, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado. § 3º [...]. (Grifos não constam no original).

14. “Quando a letra não permite certa interpretação e se ela for considerada a única que conciliaria a norma com a Constituição, deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma (ou a omissão inconstitucional). Temos aqui o *limite textual* imposto à interpretação conforme.” (DIMOULIS; LUNARDI, 2014, p. 415).

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel *et al.* **Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007, p. 68-98.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli *et al.* Análise social da pós-titulação na regularização fundiária de interesse social brasileira. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 32-46, dez. 2017/jan. 2018.

GODOY, Fernando Henrique Rovere de. A regularização fundiária urbana de acordo com a Lei 13.465/2017: uma tentativa de inserir a cidade informal dentro da cidade formal. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 40, n. 83, p. 455-476, jul./dez. 2017.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Direito de laje: características e estrutura. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 40, n. 83, p. 477-494, jul./dez. 2017.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Problemas da aplicação judicial do direito constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, Belo Horizonte, v. 8, n. 29, p. 403-425, maio/ago. 2014.

MAFFINI, Rafael Da Cás. A Lei 13.465/2017 (Lei de Regularização Fundiária Rural e Urbana) e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 40, n. 83, p. 553-570, jul./dez. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro; BACHA, Ahmad Jamal Ahmad el. Direito de laje. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 13, n. 76, p. 5-28, fev./mar. 2018.

REIS, Eduardo Moreira; LELIS, Natália. Legitimação fundiária – Natureza jurídica e aplicabilidade prática. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 47-63, dez. 2017/jan. 2018.

SCHEID, Cintia Maria. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão na evolução da regularização fundiária urbana no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 40, n. 83, p. 423-454, jul./dez. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan/jun. 2006.

Recebido em: 06/03/2019

Aceito em: 06/08/2019

# ISSQN SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NA CONSTRUÇÃO CIVIL

*ISSQN: tax on works contract as service*

## Helton Kramer Lustoza

Mestre em Direito Constitucional pela UNIBRASIL, com estudos na UFPR. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Processo Civil. Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Procurador do Estado do Paraná.

## Resumo

O presente estudo baseia-se na análise das principais polêmicas que giram em torno da tributação do ISSQN. Passa-se a analisar a questão do critério material e espacial do ISSQN, que por muito tempo foi contraditório, mas que atualmente se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência. Também aborda a polêmica questão da alíquota mínima do artigo 88 da ADCT e a dedução de materiais da base de cálculo do ISSQN.

**Palavras-chave:** Imposto. Constituição. Incidência. Alíquota. Razoabilidade.

## Abstract

This paper is based on most relevant controversies about ISSQN. If the analyze the question of the criteria material and spatial of the ISSQN, what for a long time was conflicting, but what actually if she meets pacifying on doctrine and on jurisprudence. Also approach the polemic question from aliquota minimum of the product 88 from ADCT and the deduction of materials from base of calculation of the ISSQN.

**Keywords:** Tax. Constitution. Tax levy. Aliquot. Reasonability.

## Sumário

1. Aspecto material da hipótese de incidência tributária; 2. O aspecto espacial e conflitos de competência; 3. Ofensa à autonomia municipal: limitação da alíquota mínima do ISSQN; 4. A base de cálculo do ISSQN na construção civil e a repercussão do entendimento do Supremo Tribunal Federal; 5. Notas; Referências

## 1. ASPECTO MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 153 a 156, define a competência tributária da União, Estados, DF e Municípios, de forma a reconhecer seus limites e condições como pressuposto para legitimidade do sistema. Lembra Roque Antonio Carrazza que ao mesmo tempo em que as normas constitucionais habilitam as pessoas políticas a criarem seus tributos, também impede as demais de alterá-lo.<sup>1</sup>

Frente a isso, é certo que a Carta Constitucional previu várias situações onde a prestação de serviço será tributada por impostos diferentes, tais como serviço de transporte intermunicipal (ICMS), serviço de comunicação (ICMS) e serviços de outras naturezas (ISS-QN). Para se identificar o imposto correto, o intérprete deverá realizar o enquadramento do fato concreto perante a hipótese abstratamente prevista pela lei tributária. Sem que se verifique tal enquadramento não se pode afirmar que existe um fato jurídico tributário, conforme entendimento de Paulo de Barros Carvalho:

O objeto sobre o qual converge o nosso interesse é a fenomenologia da incidência da norma tributária em sentido estreito ou regra-matriz de incidência tributária. Nesse caso, diremos que houve a subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária).<sup>2</sup>

O arquétipo constitucional do ISSQN está previsto pelo artigo 156 da Carta Magna, através do qual é garantida aos Municípios a competência tributária para instituir imposto sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”. Esse dispositivo constitucional, além de prever a incidência sobre a prestação de serviços, estabeleceu dois pontos de extrema importância para o tema: primeiro, revelando a preocupação entre o conflito do ISSQN e ICMS; outro, delegando à legislação complementar a missão de editar normas gerais sobre este tributo municipal.

Com o advento da Lei Complementar n.º 116/2003 surgiu várias polêmicas em relação à incidência tributária, em especial sobre a tributação da construção civil. Esta celeuma tem sido objeto de inúmeras discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, causando certa insegurança jurídica.

Em linhas gerais, o critério material do ISSQN está previsto no art. 1º da Lei Complementar 116/2003, o qual define como fato gerador “a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador”. Nesse sentido, somente é permitido ao Município arrecadar o ISSQN sobre serviços não compreendidos na competência da União e dos Estados, isso levou a entender que a lista de serviços seria taxativa. O entendimento adotado no âmbito do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro deste raciocínio, a ponto de definir ser taxativa a lista de serviços, embora admita interpretação ampla e analógica. Significa afirmar que a lista é taxativa, mas em alguns de seus itens, com expressões como “e outros” e “congêneres”, é possível uma interpretação ampliada.<sup>3</sup>

Em decorrência deste entendimento, os serviços não incluídos na lista, prevista na Lei Complementar n.º 116/2003, não estão sujeitos à incidência do ISS por inexistência de competência tributária municipal. A partir disso, tem-se uma definição clara de que o núcleo

da descrição fática deve estar concretizado na conjugação das terminologias: “prestar + serviços”.

Nesta perspectiva, a prestação de serviços de qualquer natureza, para fins de incidência de ISSQN, deve estar compreendida a partir da presença de três pressupostos: efetividade do serviço, habitualidade e finalidade lucrativa. O aspecto material do ISSQN está ligado ao fato de se desenvolver um esforço a fim de cumprir uma obrigação de fazer, sendo importante para a análise da incidência tributária a sua prestação e não o resultado (produto). Isso faz com que se conclua que esta exação municipal não pode incidir sobre o serviço em potencial, mas sim, sua materialidade resultará da efetiva prestação de serviço, conforme leciona o Aires F. Barreto:

o ISS, e bem assim qualquer outro imposto, só pode alcançar o fato concretamente ocorrido no mundo fenomênico, e nunca aquele que está por ocorrer, ainda que a probabilidade dessa ocorrência seja presumível. Relativamente ao ISS, é preciso atentar, ainda, para a circunstância de que se trata de um imposto sobre fatos e não sobre contratos.<sup>4</sup>

A segurança jurídica desta forma de tributação está centrada na exata diferença entre a obrigação de “fazer” e a obrigação de “dar”, sendo de fundamental importância para identificar os fatos sujeitos a sua incidência. A professora Maria Helena Diniz contribui de forma magistral para esta distinção, quando traça tais diferenças da seguinte forma:

A prestação, na obrigação de dar, consiste na entrega de um objeto, sem que se tenha de fazê-lo previamente, e, na de fazer, na realização de um ato ou confecção de uma coisa, para depois entrega-la ao credor.<sup>5</sup>

Nessa linha de raciocínio, em análise sobre a locação de bens móveis, o Supremo Tribunal Federal definiu se tratava de uma obrigação de dar, afastando a incidência de ISSQN. Tempos depois, a Suprema Corte pacificou esse mesmo entendimento através da Súmula Vinculante n. 31, em que consignou: “é inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre operações de locação de bens móveis.”

Depreende-se do texto legal, que o aspecto material da hipótese de incidência do ICMS não é a mercadoria em si, mas a sua circulação jurídica, que deve ser entendida como a transferência sucessiva de sua titularidade. É natural que uma empresa que comercializa equipamentos de informática (operação sujeita ao ICMS) também venha a realizar serviços de assistência destes mesmos produtos. Somente com a análise da lista de serviços será possível identificar se esta atividade se enquadra na hipótese de incidência do imposto, independente deste constituir ou não atividade preponderante do prestador.

Contudo, a regra somente valerá se o serviço não for considerado como atividade-meio, com autonomia em relação à obrigação principal. É o que ocorre, por exemplo, com a venda de ar condicionado, cuja comercialização da mercadoria inclui, muitas vezes, a sua instalação. Quando a prestação de serviço for parte integrante da relação jurídica ela será considerada como atividade-meio, o que consequentemente afasta a incidência do tributo municipal.

O conflito entre ISSQN e ICMS fica ainda mais evidente diante da prestação e serviço em que haja a aplicação de bens, materiais e insumos. Essa polêmica teve sua solução estabelecida pela jurisprudência, sendo que o Superior Tribunal de Justiça passou a fazer



a distinção entre os programas feitos por empresas em grande escala (estaria sujeito ao ICMS) e aqueles softwares elaborados sob encomenda, sendo que neste último caso ficará sujeito ao ISSQN.<sup>6</sup>

Com isso, ficou definido que as atividades constantes da lista, sem ressalva quanto à incidência do ICMS, estão sujeitas somente ao ISS, ainda que na sua prestação se verifique o fornecimento de materiais.

## 2. O ASPECTO ESPACIAL E CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

Outro ponto a ser abordado seria a respeito do local de pagamento do ISSQN, o que exigiu o desenvolvimento de critérios claros para o correto entendimento do Município competente, sob pena de cair na armadilha daquele famoso vocábulo jurídico: “quem paga mal, paga duas vezes”.

Antes mesmo da atual legislação complementar, o local da prestação do serviço era regulado pelo DL n.º 406/68, que assim estabelecia:

Art. 12. Considera-se local da prestação de serviço:

- a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil, o local onde se efetuar a prestação.

Observe-se que o DL n.º 406/68 havia adotado como regra geral de incidência do ISS, o local do estabelecimento do prestador e, na sua falta, o seu domicílio. A exceção à regra geral ocorreria no caso dos serviços de construção civil, incidindo no local da prestação do serviço (local da obra). Naquele momento, a jurisprudência tinha pacificado o entendimento no sentido de que o Município competente para cobrança do imposto, em qualquer situação, é aquele em cujo território em se realizasse o fato gerador. Este entendimento foi adotado através da 1ª Seção no julgado dos Embargos em Recurso Especial n.º 130.792/CE.<sup>7</sup>

Apesar do DL 406/68 ter previsto expressamente que o serviço de construção civil seria o único caso em que se deveria adotar a regra do critério do local da ocorrência do fato gerador, a corrente jurisprudencial e doutrinária majoritária caminhava em sentido contrário, adotando a regra para todas as situações. Tanto é assim que na década de 80, Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto defenderam a inconstitucionalidade da alínea “a” do art. 12 do DL n.º 406/68, frente a ordem constitucional. Estes doutrinadores manifestaram-se no sentido de que “o aspecto espacial da hipótese de incidência é implicitamente extraível do Texto Constitucional. Se o arquétipo é a prestação de serviço, o aspecto espacial só pode ser reduzido ao local onde se efetua a prestação.”<sup>8</sup>

Embora esta fosse uma posição já consolidada na jurisprudência e doutrina, a Lei Complementar n.º 116/2003 manteve a mesma regra legislativa do local do estabelecimento como competente para arrecadar o ISSQN, acirrando ainda mais a polêmica do assunto. O art. 3º desta legislação complementar definiu o aspecto espacial, determinando que “o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local.”

Assim, após muita polêmica jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça voltou a analisar esta questão, culminando na modificação do entendimento que vinha seguindo, para acatar a regra entabulada na LC 116/2003:

De acordo com os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 116/03, conclui-se que a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de sua denominação. (REsp 1195844/DF - Ministro Relator Mauro Campbell Marques – DJ 15/03/2011).

Esta decisão estabelece um novo panorama para esta situação, passando a uniformizar o entendimento acerca da aplicação da regra de local competente para arrecadar o ISSQN. Pode-se afirmar que esta situação ficou mais tranquila quando a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial n.º 1.117.121/SP, reafirmando o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços expressamente previstos nos incisos I a XXII do art. 3º, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço.

Portanto, diante deste novo cenário, a jurisprudencial atual orienta que será competente para arrecadar o ISSQN o Município onde se localiza o estabelecimento (origem da prestação do serviço), salvo as exceções previstas nos incisos I a XXII do art. 3º da LC 116/2003, dentre elas a construção civil.

### 3. OFENSA À AUTONOMIA MUNICIPAL: LIMITAÇÃO DA ALÍQUOTA MÍNIMA DO ISSQN

Superada a polêmica acerca do aspecto espacial, outro ponto delicado do tema é a respeito da limitação de alíquotas mínimas de ISSQN feitas pelo art. 88 da ADCT.

Primeiramente, cabe lembrar que a Carta Constitucional, no seu art. 156, §3.º, I, estabeleceu que caberá a lei complementar fixar as alíquotas máximas e mínimas do ISSQN, sendo que no primeiro caso tem-se a previsão de 5% (LC 116/03, art. 8º, II) e no segundo caso não houve previsão expressa na legislação complementar.

A polêmica está centrada no fato do constituinte derivado ter alterado o art. 88 do ADCT, a fim de incluir a vedação aos Municípios, no que tange ao tributo ISSQN, estabelecendo alíquotas mínimas inferiores a 2%, bem como concedendo benefícios e isenções até que a Lei Complementar venha regulamentar esta situação:

**Art. 88.** Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo:

I - terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968;

II - não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I.

Este dispositivo constitucional é expresso em definir que na ausência de Lei Complementar regulamentadora, os Municípios não poderiam conceder isenções, salvo casos especiais expressamente definidos. Posteriormente, a Lei Complementar n. 116/2003 foi

editada para definir normas gerais do ISSQN, sendo omissa, contudo, quanto aos benefícios fiscais.

A determinação de uma alíquota mínima trata-se de uma inovação feita pelo legislador constituinte derivado com a clara intenção de evitar a prática da denominada guerra fiscal.

Primeiramente, pode-se identificar uma inconstitucionalidade do artigo 88 do ADCT, inserido pela Emenda nº 37/2002, por afrontar a autonomia municipal e, por decorrência, o princípio federativo. Esta inconstitucionalidade é flagrante, na medida em que interfere e engessa o exercício da competência tributária dos Municípios. Esta interferência federal na competência tributária municipal não é permitida pela Constituição Federal, nem mesmo por meio de uma emenda constitucional, uma vez que o princípio federativo constitui uma cláusula pétreia, de acordo com o artigo 60, §4º, inciso I.

Nestes termos, Aires F. Barreto entendeu ser inconstitucional a Emenda n.º 37/2002, esclarecendo que "parece, a todos os títulos, que se tem aí afronta ao magno princípio da autonomia municipal. Quem é competente para instituir também o é para isentar, reduzir, incentivar."<sup>9</sup> Também existem outros posicionamentos na doutrina, como Kiyoshi Harada, que defendem a inconstitucionalidade da fixação de uma alíquota mínima do ISSQN por meio de emenda constitucional.<sup>10</sup>

Entretanto, não há um posicionamento claro da jurisprudência pátria, apenas, as raras decisões encontradas, definem ser constitucional as limitações do art. 88 da ADCT e, portanto, aplicáveis.<sup>11</sup> Além disso, o princípio da presunção de constitucionalidade nos impõe o entendimento de que até futura declaração expressa da contradição da atual redação do art. 88 para com a ordem constitucional, sua normatividade deve ser respeitada.

Em contrapartida, sua interpretação deve guardar simetria com os reais objetivos da ordem tributária constitucional, de forma que a norma em comento seja aplicada inteligentemente. Ao momento da edição de uma norma jurídica há uma vontade implícita do legislador, mas também há um objetivo ou a finalidade precípua de solucionar celeumas jurídicas, o que deve ser levado em conta no momento da interpretação/aplicação da norma.

Por isso, ultrapassada a questão da validade "duvidosa" do artigo 88, do ADCT, o dispositivo deve receber uma interpretação teleológica, a fim de se identificar a verdadeira finalidade da norma constitucional. Além disso, o dispositivo deve ser cotejado com todo o sistema constitucional (interpretação sistemática), evitando uma apreciação isolada e literal do seu texto. É nesse sentido que J. J. Gomes Canotilho comenta que "o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno e unitário de normas e princípios."<sup>12</sup> O que leva ao entendimento de que toda norma constitucional precisa estar interligada à finalidade determinada, a qual deve ser identificada no momento da interpretação.

Está claro que o artigo 88, da ADCT, não estabelece um impedimento de incentivos fiscais à toa, há uma intenção clara de se evitar uma disputa fiscal (cunho arrecadatório). Em outras palavras, sem dificuldade alguma é possível identificar que o art. 88 visa evitar a guerra fiscal entre os municípios, proibindo a utilização de incentivos fiscais de forma indis-

criminada, prejudicando, muitas vezes, o equilíbrio fiscal da própria municipalidade.

No caso de ser identificada esta finalidade da norma constitucional, a fixação da alíquota mínima de 2% para o ISSQN não se trata de uma norma voltada a limitações constitucionais ao poder de tributar, nem para o estabelecimento de normas gerais do tributo, mas sim, tem como único e verdadeiro intuito evitar guerras fiscais entre os Municípios. Porquanto, sua aplicação deve ocorrer a fim de tal finalidade específica, sendo que diante da ausência desta indesejada disputa fiscal entre municípios, o dispositivo perde razão de ser.

Reflexão: se não é esse o raciocínio, então se indaga o porquê do inciso I, do artigo 88 excepcionar a aplicação da limitação de alíquota para os serviços de construção civil (itens 32, 33 e 34 da antiga Lista de Serviços)? Por uma simples razão, o aspecto espacial do ISSQN da prestação de serviços relacionados à construção civil ocorreria no local aonde irá se efetuar a prestação, ou seja, não havia um ambiente propício nem passível de sofrer guerra fiscal. Este raciocínio, encadeado por uma interpretação teleológica, acaba impondo novas reflexões acerca do atual alcance do artigo 88 da ADCT, uma vez que outros serviços passaram a ter como elemento espacial o local da prestação do serviço, e não mais o local onde está situado o estabelecimento da empresa, como se depreende do artigo 3º, incisos II a XXII.

Nestes termos, a lição de Luis Roberto Barroso se aplica perfeitamente a situação, quando ele afirma que: "as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. [...] procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito."<sup>13</sup> Com efeito, o art. 3º da LC n.º 116/03 é autossuficiente para eliminar a disputa fiscal entre os Municípios quanto aos serviços ali discriminados, prescindindo, portanto, a limitação de alíquota prevista no art. 88 da ADCT. Neste ponto, entende-se que a limitação de alíquota mínima prevista deve ser aplicada somente em casos de nítida possibilidade de guerra fiscal. Por outro lado, se o benefício fiscal não implicar prejuízo aos outros municípios, não há de se cogitar em uma guerra fiscal.

Um ponto que pode gerar polêmica, no âmbito municipal, diz respeito a previsão na Lei n.º 12305/2010 sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. No art. 44, desta legislação, há a previsão de que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão instituir normas com o objetivo de conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios, respeitadas as limitações da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)". A legislação aprovada pela União, de cunho nacional, tenta incentivar, por meio de benefícios fiscais, condutas da sociedade.

Portanto, é possível identificar benefícios fiscais concedidos com fins sociais, o que já poderia, de antemão, verificar a ausência de qualquer disputa fiscal que ensejasse a aplicação do art. 88 da ADCT. Além disso, poder-se-ia visualizar certos incentivos finalísticos, sob condições específicas, ligado aos objetivos constitucionais do art. 3º da Constituição Federal de 1988.

## 4. A BASE DE CÁLCULO DO ISSQN NA CONSTRUÇÃO CIVIL E A REPERCUSSÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A base de cálculo pode ser compreendida como a grandeza econômica que advém dos fatos jurídicos sujeitos aos tributos. Contudo, a grandeza efetiva dos acontecimentos e os fatos não são mensuráveis em sua integralidade, o que mostra a necessidade de delimitar a base de cálculo, compatível com sua natureza. Assim, afirma Paulo de Barros Carvalho que a função da base de cálculo, pela teoria geral do direito tributário, é confirmar o verdadeiro critério material da hipótese tributária, de modo a identificar três funções:

a) função mensuradora, pois mede as proporções reais do fato; b) função objetiva, porque compõe a específica determinação da dívida e; c) função comparativa, porquanto, posta em comparação com o critério material da hipótese, é capaz de confirmá-lo, infirmá-lo ou afirmar aquilo que consta no texto da lei, de modo obscuro.<sup>14</sup>

No caso do ISSQN a base de cálculo deverá se amoldar ao preço do serviço, que será a contraprestação estabelecida em troca de uma obrigação de fazer. O que muitas vezes era confundido com ingressos financeiros, isto é, nem todo ingresso de valores oriundo do negócio jurídico se enquadrará na base de cálculo deste tributo municipal.

Existem alguns valores que ingressam na caixa do prestador do serviço que, embora se origem do mesmo negócio jurídico, não fazem parte da hipótese de incidência do ISSQN. A sua base de cálculo, como todo o tributo, deve estar delimitada pelo princípio da legalidade, na medida em que precisa estar definido por lei municipal (art. 97 CTN), sendo que esta previsão deve estar em consonância com as normas gerais do tributo (art. 146, III CF/88).

A previsão legal da base de cálculo do ISSQN está no art. 7º da Lei Complementar n. 116/03, onde estabelece o critério do preço do serviço. Em serviços simples não há maiores dificuldades da sua identificação, como por exemplo, após a prestação de serviços de representação comercial, o tributo incide sobre o preço acordado. Entretanto, a dificuldade se concentra nos casos em que os serviços são acompanhados de utilização de materiais e instrumentos, ainda mais, diante do fato de que nem todo ingresso pode ser considerado receita direta da prestação de serviço. É o que acontece com o serviço de trabalho temporário, onde o ISS incidirá somente sobre a taxa de administração, exceto se o empregado for contratado pela empresa intermediadora. Neste tipo de serviço o Superior Tribunal de Justiça compreendeu ser correta a tese de que deveria haver o abatimento do valor referente à mão-de-obra.<sup>15</sup>

A doutrina costuma diferenciar o preço da prestação (base de cálculo do ISSQN) com o preço do serviço, sendo que o conceito deste último engloba, além do valor da prestação, valores gastos com a prestação.<sup>16</sup> Essa diferenciação é de suma importância em serviços em que haja a aplicação de materiais e instrumentos, na medida em que há uma dificuldade maior para se identificar a real base de cálculo do tributo. No que se refere à incidência tributária da prestação de serviços de construção civil possui expressa previsão na lista de serviços da Lei Complementar 116/2003, conforme item 7.02, interferindo na delimitação da base de cálculo do tributo:

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Observe-se que o dispositivo legal acima citado é expresso em afirmar que haverá a incidência de ISSQN sobre o valor integral da prestação do serviço, ressalvando o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador do serviço fora do local da obra. Para isso, é necessário realizar uma interpretação conjunta dos dispositivos da LC 116/2003 para se ter uma conclusão lógica e coerente. Seria temerário obter sínteses parciais, com base em dispositivos legais isolados, o que leva a necessidade de averiguar alguns desdobramentos desta discussão.

Durante alguns anos o Superior Tribunal de Justiça tinha o posicionamento sacramento no sentido de que na prestação de serviço de construção civil ocorria a incidência do ISSQN sobre o valor global do serviço, sem autorização de dedução de materiais, exceto quanto a previsão da parte final do item 7.02.<sup>17</sup> Isto porque na construção civil existe uma obrigação de uma atividade fim, qual seja: a prestação de serviço direcionado a entrega de uma obra. Tal entendimento leva a conclusão de que, o conceito de prestação de serviço, independe se o prestador utilizou ou aplicou materiais para consecução de seu objetivo. Em outras palavras, não desnatura o contrato, se o dentista usou anestésico e se o engenheiro teve que adquirir uma trena.

A incorporação de bens na obra fez com que tais materiais perdessem suas qualidades de origem, transformando-se em elementos da construção, isto é, o tomador do serviço não contratou o recebimento destes materiais, mas simplesmente eles foram transformados em insumos e foram adicionados à obra.

Cabe ainda mencionar a respeito da súmula n.º 167, do Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê o entendimento de que o fornecimento de concreto para construção civil, preparado no trajeto até a obra, sujeita-se somente ao ISS. Neste caso, conforme explica Andrei Pitten Velloso, “os materiais empregados na prestação de serviços são, com frequência, elementos imprescindíveis à sua conclusão, não se qualificando necessariamente como mercadorias, por não serem bens destinados ao comércio.”<sup>18</sup>

Nesta perspectiva, a hipótese de incidência do ICMS como sendo a operação relativa à circulação em si mesma considerada, revela-se apenas quando haja movimentos de mercadorias que sejam imputáveis a negócios jurídicos translativos da sua titularidade.<sup>19</sup> No que tange as obras de construção civil, é importante esclarecer que a conclusão dos contratos firmados por empreitada não há a transferência, à contratante, de parte do empreendimento executado ou dos materiais individualmente empregados, mas sim, a entrega da obra como um todo. Tanto é assim que, nos termos do art. 610 do Código Civil, o contrato de empreitada pode advir somente da contribuição do trabalho do empreiteiro ou, também, com o emprego de materiais. Em ambas as situações, o contrato de empreitada se caracterizaria como obrigação de fazer, sendo que o material empregado se transformou em insumo da obra.

De forma contrária a este posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, através de um voto monocrático da ministra Ellen Gracie no Recurso Extraordinário n. 603497, julgou pela possibilidade da dedução de materiais da base de cálculo da prestação de serviços da construção civil da seguinte forma:

A hipótese dos autos versa sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre materiais empregados na construção civil. O acórdão assim decidiu: "TRIBUTÁRIO – ISS – CONSTRUÇÃO CIVIL – BASE DE CÁLCULO – MATERIAL EMPREGADO – DEDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço total do serviço, de maneira que, na hipótese de construção civil, não pode haver a subtração do material empregado para efeito de definição da base de cálculo. Precedentes de Corte. Agravo regimental improvido." 2. Este Tribunal, no julgamento do RE 603.497, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento. 3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário. (RE 603497, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 18/08/2010, publicado em DJe-172 DIVULG 15/09/2010 PUBLIC 16/09/2010).

Em outra situação, o Supremo Tribunal Federal voltou a se pronunciar sobre o tema, definindo a recepção e aplicação do art. 9º do DL n. 406/68.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DOS MATERIAIS E SUBEMPREITADAS. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 9º do Decreto-Lei 406/1968 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Pelo que é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das subempreitadas. 2. Agravo regimental desprovido. (RE 599582 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-02 PP-00233).

Após esta manifestação pela Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento relativo à definição da base de cálculo do ISSQN na construção civil, passando a aceitar a possibilidade da dedução dos materiais. Na mesma situação jurídica, este Tribunal afastou a incidência do ISS sobre as subempreitadas e definiu que os materiais que poderiam ser deduzidos seriam aqueles empregados na obra:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DOS MATERIAIS EMPREGADOS E DAS SUBEMPREITADAS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O STF, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 16/9/2010, reconheceu a repercussão geral sobre o tema, consoante regra do art. 543-B, do CPC, e firmou entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. 2. No mesmo sentido, o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, no Agravo Regimental no RE 599.582/RJ, DJ de 29/6/2011, assentou: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 9º do Decreto-Lei 406/1968 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Pelo que é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das subempreitadas." (AgRg no AgRg no AI nº 1.410.608, 1ª Turma, relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 18/10/2011, publicado no DJe de 21/10/2011).

Tanto a legislação antiga (DL 605/68), quanto a nova (LC 116/2003), permitem que a formação do preço do serviço seja formada através da identificação do valor integral com a subtração do valor dos materiais **fornecidos** pelo prestador do serviço (art. 7º, § 2º, I,

da Lei Complementar nº 116/03). Note-se que a fundamentação da Suprema Corte é da possibilidade da dedução dos materiais na construção civil, mas resta responder a seguinte indagação: que tipos de materiais podem ser deduzidos da base de cálculo? Há possibilidade de deduzir materiais adquiridos de terceiros? A dedução está restrita aos materiais incorporados à obra ou alcança aqueles utilizados de forma indireta?

Isso mostra que a presente pesquisa tem três campos investigativos:

- a) materiais produzidos pelo prestador do serviço fora do canteiro da obra
- b) materiais adquiridos de terceiro pelo prestador do serviço
- c) diferença entre materiais empregados na obra e materiais utilizados de forma indireta pelo prestador do serviço na obra

Na leitura de Aires F. Barreto, o fato de a lei complementar não permitir a inclusão dos materiais equivale a dizer que materiais não integram a base de cálculo do ISSQN, isto em razão da não cumulatividade do imposto. Entende, este autor, que o veto ocorrido no inciso II do § 2º da LC 116/2003 é inconstitucional, pois a não dedução das subempreitadas afrontaria a própria estrutura constitucional do imposto.<sup>20</sup> Diante disso, a pesquisa irá partir de algumas premissas: a primeira acerca da possibilidade de dedução dos valores de subempreitadas já tributadas pelo ISSQN (conforme prevista no art. 9º do DL 406/68); outra, é da possibilidade de dedução de materiais, ficando sujeito a indagações somente a definição de quais os materiais que poderiam ser deduzidos.

Uma interpretação literal levaria a conclusão de que a única exceção cabível prevista na lista de serviços ocorre quando o prestador do serviço alia essa atividade à de industrial ou comerciante, alienando mercadorias. Neste caso, teria, ao menos em tese, duas obrigações que se cumprem: “dar” e “fazer”, isto é, junto com a prestação do serviço existiram mercadorias produzidas por ele e vendidas ao tomador do serviço.<sup>21</sup> Por outro lado, existe a corrente doutrinária que defende que não poderia haver limitação da dedução dos materiais fornecidos pelo prestador, haja vista a redação do art. 7º da LC n.º 116/2007 utilizar o termo “material fornecido” e não o termo “produzido”.

Até que venha uma decisão definitiva e expressa da Suprema Corte, resta a Fazenda Pública Municipal e aos contribuintes interpretarem os preceitos e delimitações essenciais para alcançar uma decisão coerente. Assim, apesar da fundamentação da sentença não ser alcançada pela coisa julgada, é parte muito importante para permitir a perfeita e correta interpretação do entendimento judicial. Neste mesmo sentido salienta Humberto Teodoro Júnior que “deve-se partir do princípio básico de que não é pela simples leitura de seu dispositivo e de sentido literal que se consegue extrair seu sentido e alcance.”<sup>22</sup> Desta forma, é a partir do cotejo entre o dispositivo e a fundamentação do julgado que se torna possível concluir acerca do alcance e aplicação da decisão judicial. Por isso, se mostra importante, para não dizer indispensável, a leitura e entendimento dos fundamentos das decisões dos Tribunais superiores para sua interpretação.

Através de uma interpretação razoável desta situação, não parece coerente prevalecer o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal simplesmente permitiu a dedução



de todo e qualquer material da base de cálculo do ISSQN em casos de construção civil, até porque a lei assim não permitiu. Pelo contrário, a fundamentação das decisões da Suprema Corte, consideraram que a dedução é possível, mas deve se limitar somente aos materiais empregados diretamente na obra. Com isso, fica claro que a legislação tributária juntamente com a jurisprudência dominante, pretendem excluir da base de cálculo, corresponde ao valor total do serviço de construção civil prestado, tão-somente, os valores advindos de materiais que tenham origem de uma venda mercantil (sujeita a tributação do ICMS) e desde que sejam empregados (incorporadores definitivamente) na obra.

A terminologia “materiais fornecidos”, previsto no art. 7º da LC n.º 116/2003 não chega ao ponto de englobar materiais utilizados indiretamente na obra. Por exemplo, seria equivocada a permissão de abatimento de valores como carrinhos de mão, capacetes, tapumes, guindastes, papéis higiênicos e outros materiais que poderiam ser utilizados em várias obras de uma forma auxiliar. Por isso, acredita-se que o abatimento de valores da base de cálculo deve ser realizado com cautela e atenção, pois deverá haver a efetiva comprovação de que os materiais foram devidamente aplicados na obra, independente de serem adquiridos ou produzidos pelo prestador.

A título de exemplo, pode-se apontar a legislação do Município de São Paulo, onde o art. 14 da Lei n. 13701/2003, permite o abatimento de materiais na prestação de serviços de construção civil, desde que sejam incorporados à obra:

Art. 14. A base de cálculo do Imposto é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos concedidos independentemente de qualquer condição.

§ 7º Quando forem prestados os serviços descritos nos subitens 7.02, 7.04, 7.05, 7.15 e 7.19 da lista do “caput” do artigo 1º, o Imposto será calculado sobre o preço do serviço deduzido das parcelas correspondentes:

I – ao valor dos materiais incorporados ao imóvel, fornecidos pelo prestador de serviços.

A terminologia utilizada pela legislação paulista parece ser adequada à situação, na medida em que respeita o direito de abatimento dos materiais, bem como conserva a cautela da fiscalização municipal em delimitar a base de cálculo conforme os ditames constitucionais. E também respeita a possibilidade de dedução de materiais fornecidos pelo prestador, exigindo a comprovação da incorporação destes na obra.

Esse também foi o entendimento encontrado no Conselho de Contribuintes paulista, abalizando o que vem sendo exigido pela Lei n. 13701/2003:

Assim sendo, em se tratando de construção civil, não serão incluídos na base de cálculo desta exação os valores referentes à compra, efetuada pelo prestador de serviço, de materiais empregados na obra, uma vez que os mesmos foram tributados pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, bem como, também não será considerado o montante utilizado para pagamento das sub-empreiteiras contratadas, pois, estas já recolheram o ISS devido sobre a parcela em comento. [...]

Compulsando os autos do Procedimento Administrativo denoto que foi exatamente este o caminho trilhado pela fiscalização. O Agente Fiscal em posse da documentação fornecida pelo próprio Recorrente, efetuou o encontro entre as deduções realizadas e os instrumentos existentes comprobatórios da aquisição de materiais utilizados na obra e incorporados ao imóvel e as primeiras vias das Notas Fiscais Faturas de Serviço expedidas pelas sub-empreiteiras, com

os consequentes comprovantes de recolhimento de ISS. (CC-SP – PA n° 2006-0.0.31.593-9 - Conselho Relator: Adelson da Silva Emerenciano - Câmara Julgadora: 2ª Câmara – 27/11/2006).

A dedução dos materiais é um direito inafastável do contribuinte, em homenagem ao princípio da não bitributação, mas deve ser feito com coerência e de forma restritiva, em consonância com a legislação pertinente e ao art. 111 do Código Tributário Nacional. Isso leva a síntese de que a permissão de subtrair, da base de cálculo do ISSQN, o montante referente a todo e qualquer material utilizado na construção civil fere o princípio da razoabilidade. Isso leva a trabalhar com o entendimento de que a dedução não está restrita apenas aos materiais produzidos pelo prestador, mas não inovou legislativamente a ponto de permitir uma dedução de forma absoluta de todos os materiais adquiridos pelo prestador do serviço.

Uma ligação entre o art. 7º da LC 116/03 e o art. 9º do DL 406/68 permite que haja uma legitimidade na dedução da base de cálculo de materiais fornecidos (não necessariamente produzidos) pelo prestador, mas é necessário que haja um critério para a realização desta operação. No entanto, o razoável seria permitir somente os materiais empregados definitivamente como insumo na obra.

Acredita-se, ainda, que há um percurso para que a jurisprudência venha a delimitar definitivamente este assunto, tendo em vista o fato de várias turmas e câmaras dos Tribunais Regionais apresentarem divergência quanto ao tema. Há um progresso significativo da jurisprudência após o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a retratação do Superior Tribunal de Justiça. Percebe-se que alguns Tribunais Regionais já revisaram sua jurisprudência, como por exemplo, algumas turmas do Tribunal de Justiça de São Paulo,<sup>23</sup> Rio de Janeiro<sup>24</sup> e Paraná.<sup>25</sup>

Contudo, é possível constatar que ainda existem decisões que não permitem qualquer dedução de materiais da base de cálculo na construção civil, o que vem a desrespeitar não somente o posicionamento dos Tribunais superiores, mas também a própria lógica do tributo.

Portanto, tem-se como tendência o amadurecimento jurisprudencial sobre os temas elencados no presente artigo. O que se espera é a seriedade da parte fiscalizatória e do Judiciário, para que o contribuinte receba uma forma de tributação justa e coerente com os primados constitucionais.

## 5. NOTAS

1. CARRAZZA, Roque Antonio. A tributação na Constituição, o princípio da autonomia municipal e o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS). Questões conexas. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 786.
2. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 250.
3. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR: LISTA DE SERVIÇOS: CARÁTER TAXATIVO. LEI COMPLEMENTAR 56, DE 1987: SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL: EXCLUSÃO. I. - É taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa, a lista de serviços anexa à lei complementar, embora comportem interpretação ampla os seus tópicos. Cuida-se, no caso, da lista anexa à Lei Complementar 56/87. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III. - Ilegitimidade da exigência do ISS sobre serviços expressamente

excluídos da lista anexa à Lei Complementar 56/87. (RE 361.829/RJ, relator ministro Carlos Velloso, DJ de 24/02/06, p. 51).

4. BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 322.

5. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100.

6. TRIBUTÁRIO - PROGRAMAS DE COMPUTADOR - DL 406/68 - INCIDÊNCIA DO ISS OU DO ICMS. 1. Esta Corte e o STF posicionaram-se quanto às fitas de vídeo e aos programas de computadores, diante dos itens 22 e 24 da Lista de Serviços. 2. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência de tributo do ISS. 3. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma impessoal para clientes que os compra como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS. 4. Hipótese em que a empresa fabrica programas específicos para clientes. 5. Recurso improvido (REsp 216.967/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatora ministra Eliana Calmon, DJ de 22/04/01, p. 185).

7. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRECEDENTES. I - Para fins de incidência do ISS - Imposto Sobre Serviços -, importa o local onde foi concretizado o fato gerador, como critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário, ainda que se releve o teor do art. 12, alínea "a" do Decreto-Lei n.º 406/68. II - Embargos rejeitados. (EREsp 130.792/CE, 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, relatora ministra Nancy Andrichi, DJ de 12/06/00, p. 66).

8. ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. ISS — Construção civil — Pseudo-serviço e prestação de serviço — Estabelecimento prestador — Local da prestação. In: **Revista de Direito Tributário**, nº 40, abril/junho, 1987, p. 93/94.

9. BARRETO, Aires F. **O ISS na Constituição e na Lei**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 345.

10. Cf. HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 426/427.

11. Incidente de inconstitucionalidade Acórdão que suscitou o incidente como preliminar de conhecimento da questão de mérito, reportando-se à argumentação tecida na sentença recorrida Argumentação suficiente para conhecimento do incidente Arguição de nulidade do acórdão rejeitada Incidente conhecido Lei Municipal n.º 3 020/04, art 1º, do Município de Poá, que prorrogou a alíquota mínima do ISSQN em 0,25% pelo prazo de dez anos Norma que contrariou o disposto no art 88, I c II, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, acrescentado pela EC n.º 37, de 12 de junho de 2002, que estabeleceu alíquota mínima de 2% e inadmitiu isenções, incentivos e benefícios fiscais que resultasse na redução da alíquota mínima estabelecida para o ISSQN. Arguição conhecida, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Mun 3.020/04, do Município de Poá (TJSP - Incidente de Inconstitucionalidade nº994.09.222.877-8 – Rel. Joisé Santana – Julg. 24/02/2010).

12. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Lisboa: Almedina, 2010, p. 233.

13. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 138

14. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**..., p. 405.

15. "As empresas agenciadoras de mão-de-obra temporária devem recolher ISS tão somente sobre o preço da taxa de comissão, quando trata-se de mera intermediação. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido"(AgRg no AREsp 25.600/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2012).

16. Cf. BAPTISTA, Marcelo Caron. A norma tributária do Imposto sobre Serviços – ISS ênfase no conseqüente normativo. In. SANTI, Eurico Diniz de. **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1048.

17. A tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços. 4. A situação do prestador que fabrica seus produtos fora do canteiro de obras não pode ser equiparada à daquele que adquire materiais de terceiros para uso nas obras de construção civil. Os produtos fabricados pelo prestador estão sujeitos ao ICMS, razão por que não devem se sujeitar a uma nova incidência de ISS. Já os produtos adquiridos de terceiros, se não incluídos na base de cálculo do ISS pelo serviço de construção civil, ficariam imunes à tributação, somente sendo tributados na operação anterior, que não tem o construtor como contribuinte ou responsável tributário. 5. Assim, quando os materiais são produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços, incide ICMS; quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS (STJ - AgRg no REsp 1002693/RS - Ministro CASTRO MEIRA - Data do Julgamento - 25/03/2008 - Data da Publicação/Fonte DJ 07.04.2008 p. 1).

18. VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributária Comentada**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 311.

19. Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado, e COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário aplicado: estudos e pareceres**. Capítulos I e IV. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 34.

20. Cf. BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. ..., p. 410/412.

21. Cf. MELO, José Eduardo Soares de. **Aspectos teóricos e práticos do ISS**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 60.

22. TEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 578.

23. APELAÇÃO CÍVEL Ação Declaratória c/c repetição de indébito - ISS - Serviços de construção civil e sub-empiteira- Base de cálculo - Pretendida dedução dos materiais fornecidos - Possibilidade Matéria de Repercussão geral Jurisprudência do STF que reconhece a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Sentença reformada - Recurso provido. (TJ-SP - 9105098-06.2009.8.26.0000 Apelação – Rel. Eutálio Porto - Data do julgamento: 27/10/2011 - Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público).

24. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO PARA ABATIMENTO, NA BASE DO CÁLCULO, DO ISSQN DECORRENTE DOS MATERIAIS UTILIZADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO STF ADMITINDO O ABATIMENTO DOS MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS OU PRODUZIDOS FORA DO LOCAL DA OBRA. 1. A decisão, lastreada em acórdão do STF, que se sujeita ao regime do artigo 543-B, §3º, do CPC, ao reconhecer a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil, não se submete a reforma pretendida, como, aliás, assim vem se posicionando a jurisprudência deste Tribunal de Justiça. 2. Decisão correta, na forma e no conteúdo, que integralmente se mantém. (TJ-RJ - 0005155-27.2011.8.19.0023 - apelação - Des. Maldonado de Carvalho - Julgamento: 22/05/2012 – Primeira Camara Cível).

25. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. (TJPR - 2ª C. Cível - ACR 894720-6 - Colorado - Rel.: Eugenio Achille Grandinetti - Unânime - J. 22.05.2012).

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. ISS — Construção civil — Pseudo-serviço e prestação de serviço — Estabelecimento prestador — Local da prestação. **Revista de Direito Tributário**, n. 40, abr./jun. 1987.

ATALIBA, Geraldo. **ISS – Base Imponível - Estudos e Pareceres de Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1.

BAPTISTA, Marcelo Caron. A norma tributária do Imposto sobre Serviços – ISS ênfase no consequente normativo. *In*: SANTI, Eurico Diniz de. **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualização por Mizabel Abreu Machadi Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Atualização por Mizabel Abreu Machadi Derzi. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BARRETO, Paulo Ayres. O Adequado Tratamento Tributário do Ato Cooperativo, nos termos do Art. 146, III, “c”, da CF”, **Tributação das Sociedades Cooperativas: XVI – Congresso Brasileiro de Direito Tributário – Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial**. Revista de Direito Tributário - 87, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BARRETO, Aires F. **Curso de Direito Tributário Municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 322.

BARRETO, Aires F. **O ISS na Constituição e na Lei**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 345.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, Jose Souto Maior. Aspectos fundamentais da competência municipal para instituir ISS. (do decreto-lei 406/68 à LC n. 116/2003). *In*: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Imposto sobre serviços - ISS na lei complementar 116/2003 e na constituição**. São Paulo: Manole, 2004, p. 3-51.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Lisboa: Almedina, 2010.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRAZA, Roque Antonio. A tributação na Constituição, o princípio da autonomia municipal e o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS). Questões conexas. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 2. ed., revista. São Paulo: Saraiva, 1999.

DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário aplicado: estudos e pareceres**. Capítulos I e IV. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONCALVES, Gilberto Rodrigues. **ISS na construção civil**. São Paulo: RBB, 1998.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2004

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Imposto Sobre Serviço na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. O conceito de serviço e algumas modalidades listada no anexo da LC n. 116/2003. *In*: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Imposto sobre serviços - ISS na lei complementar 116/2003 e na constituição**. São Paulo: Manole, 2004, cap. 23, p. 559-578.

MELLO, José Eduardo Soares de. **Aspectos teóricos e práticos do ISS**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MERELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; CARDOSO, Laís Vieira. Comentários à lista de serviços anexa a lei complementar 116/03. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Org.). **ISS lei complementar 116/2003**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 369-426.

TEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributária Comentada**. São Paulo: Atlas, 2007.

Recebido em: 07/04/2019

Aceito em: 10/09/2019

# DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA: A APRECIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*From the principle of legality to administrative lawfulness: the constitutionality assessment by Public Administration*

**Romano Scapin**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

## Resumo

O artigo apresenta reflexões sobre as consequências teóricas e práticas para Administração Pública advindas da evolução de paradigma principiológico administrativo, cujo ponto de origem parte do princípio da legalidade (em sentido estrito) e o de chegada encontra a concepção e entendimento quanto ao princípio da juridicidade - também denominado de princípio da legalidade em sentido amplo. Os efeitos causados à Administração pela modernização conceitual do princípio da legalidade autorizam e exigem dela o poder-dever de apreciação da constitucionalidade de normas infraconstitucionais, observando determinados procedimentos que formalizem a atuação administrativa e, sempre, respeitem todos os demais princípios constitucionais, em especial os do contraditório e ampla defesa naquelas situações em que direitos/interesses de particulares possam ser atingidos.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Administração Pública. Princípio da legalidade. Princípio da juridicidade. Apreciação de constitucionalidade.

## Abstract

The article presents reflections about the theoretical and practical consequences for the Public Administration arising of the evolution of administrative principle paradigm, whose point of origin parts from the principle of lawfulness (in the strict sense) and whose arriving point finds the conception and understanding of the principle of legality - also denominated of principle of lawfulness in an ample sense. The effects caused to the Administration by the conceptual modernization of the principle of legality authorize it and demand from it the power-duty to assess the constitutionality of infraconstitutional norms, observing certain procedures that formalize the administrative actions and, always, respect all the others constitutional principles, specially those of contradictory and broad defense in those situations in which the rights / interests of individuals may be attained.

**Keywords:** Administrative law. Public administration. Principle of legality. Consideration of constitutionality

## Sumário

1. Introdução; 2. Princípio da Legalidade; 2.1 Contexto histórico da origem do princípio; 2.2 Primazia da Lei e Reserva Legal; 3. Princípio da Juridicidade; 3.1 Contexto e circunstâncias da mudança de paradigma para a juridicidade; 3.2 Princípio da juridicidade e atuação administrativa; 4. Problemática do Princípio da Juridicidade; 4.1. Apreciação de constitucionalidade de leis no âmbito do Poder Executivo; 4.2. Apreciação de constitucionalidade pela Administração Pública: aspectos de imprescindível observância nos procedimentos correlacionados; 5. Conclusões; 6. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará relevante aspecto da relação do princípio da legalidade em sentido amplo, também denominado de princípio da juridicidade, e a atuação da Administração Pública.<sup>1</sup> Mais especificamente, o escopo do trabalho cingir-se-á ao exame da possibilidade de apreciação de constitucionalidade dos instrumentos normativos infraconstitucionais realizada pela Administração Pública, no Estado brasileiro.

Pretende-se, na primeira parte do trabalho, examinar a evolução do princípio da legalidade, desde sua origem até os dias de hoje, relacionando-o, principalmente, à Administração Pública brasileira.

Chegando à definição contemporânea do princípio analisado, buscar-se-á a avaliação dos reflexos causados à Administração pela modernização conceitual do núcleo jurídico do princípio da legalidade.

Na sequência, a pesquisa recairá sobre a análise doutrinária a respeito da possibilidade de apreciação da constitucionalidade de normas infraconstitucionais por parte da Administração Pública.

Na etapa seguinte e conclusiva, buscar-se-á relacionar a primeira parte com a segunda, isto é, a correlação entre a visão contemporânea do princípio da legalidade e a possibilidade de apreciação de constitucionalidade da legislação infraconstitucional por parte da Administração Pública.

## 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

### 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA ORIGEM DO PRINCÍPIO

A opção da humanidade em organizar-se por meio do Direito escrito decorreu da evolução da vida em sociedade e da respectiva conclusão de que é necessário registrar expressamente os regramentos de conduta. Tal opção facilitaria a manutenção e o desenvolvimento da sociedade e o convívio de seus membros e foi, por assim dizer, “escolhida” pela civilização ocidental há milhares de anos.<sup>2</sup>

As regras escritas, portanto, para regulamentar a relação entre civis (particulares) foram adotadas desde muito cedo pelos homens que desejavam organizar-se em sociedade.

De outro lado, é muito mais recente a percepção de que também para as relações que envolvessem o Estado personificado e seus cidadãos havia necessidade de adoção do Direito escrito. Nessa segunda situação, a necessidade vislumbrada objetivava excluir o arbítrio do Poder Público, ensejando que as atividades estatais fossem, de certa forma, regradas, previsíveis e limitadas. A ideia podia ser resumida com a seguinte assertiva lógica: onde existe lei, não pode haver arbítrio.<sup>3</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que a noção de legalidade foi construída a partir da própria evolução da humanidade. Quanto a um marco histórico de início da prática da legalidade na relação do Estado com os particulares, costuma-se atribuí-lo à Magna Carta inglesa, de 1215, a qual exigia, entre outras situações, a autorização dos representantes dos contribuintes para legitimar qualquer cobrança de tributos, a necessidade de previsão



legal para definir condutas que levassem à prisão, à perda da propriedade, ou tornassem o cidadão fora da lei.

Alguns séculos depois, outro marco importante histórico na consolidação da legalidade que merece registro é a elaboração da *Petition of Rights*, em 1628, na Inglaterra, oriunda da disputa de poder entre o Rei e o Parlamento, que estabeleceu liberdades civis a serem respeitadas pelo Monarca. Por meio desse instrumento, foram previstas ao Rei da Inglaterra, Carlos I, obrigações no sentido de respeitar os direitos dos cidadãos. Ademais, merece registro também que, poucas décadas depois, em 1689, foi aprovado, mais uma vez na Inglaterra, o *Bill of Rights*, que era uma relação de direitos e garantias conferidas ao indivíduo contra o poder estatal.

Os fatos históricos ingleses geraram tentativas teóricas e práticas no sentido de definir, diferenciar e separar as formas de atuação do poder estatal. De fato, a mais importante foi a que resultou na caracterização da lei como norma permanente, obrigatória para todos, inclusive para o próprio Estado-legislador e, portanto, geral, que não pode dirigir-se a um caso particular. Tais características naturalmente distinguiram a lei dos demais instrumentos de consecução da atividade estatal.

Entre os séculos XVI e XVIII, período reconhecidamente marcado como época da afirmação do racionalismo filosófico,<sup>4</sup> desenvolveram-se as teses do contratualismo social,<sup>5</sup> aprofundando-se, principalmente na França, o desenvolvimento pela doutrina do princípio da legalidade.

Com efeito, o princípio da legalidade que foi, por assim dizer, importado ao Brasil é de origem francesa, razão pela qual cabe explanação mais detalhada sobre o contexto histórico francês da época embrionária do princípio aqui tratado.

A Revolução Francesa de 1789 representou a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, como evento histórico simbólico, justamente por marcar o início de uma nova era na sociedade civilizada ocidental: o advento da burguesia ao poder político e o surgimento de um Estado de Direito como forma de organização personificada do Poder Público, no qual o princípio da legalidade passou a ser um dos alicerces no novo regime.

Aquele momento histórico da Revolução representava uma superação do Antigo Regime, do modelo absolutista de governar, liderado pela burguesia e seus ideais liberais e iluministas.

John Locke e Montesquieu, filósofos símbolos do Iluminismo, foram pensadores que influenciaram a Revolução Francesa. Locke entendia que a lei seria o grande instrumento e meio para se alcançar a formação da sociedade e o desfrute da propriedade em paz e segurança. O pensador Rousseau corroborou as ideias dos demais filósofos trazendo a relação de vontade geral vinculada à concepção de lei.

Tais ideias e visão de Estado guardavam relação, logicamente, com a forma de compreender o Direito. A Ciência Jurídica deveria, na visão iluminista, expressar-se precisamente por meio de leis, as quais gerariam normas jurídicas que seriam válidas não por necessariamente serem justas, mas por terem sido postas por uma autoridade dotada de

competência normativa.

O período do Iluminismo assentou-se na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e uma segurança jurídica absolutas por meio de normas rigorosamente elaboradas e, especialmente, garantir uma univocidade incondicional a todas as decisões judiciais. Nessa visão iluminista, aliás, fundamenta-se o positivismo jurídico.

Na França do final do século XVIII, a lei, insuspeita em qualquer situação já que era expressão da vontade geral, representava uma atuação do Estado no sentido de oferecer uma moldura puramente formal, dentro da qual a sociedade vivia seu próprio dinamismo espontâneo. Em decorrência lógica dessa premissa, tinha-se a proeminência absoluta do Poder Legislativo sobre os demais Poderes.

Por oportuno, cabe salientar que, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seus arts. 5º e 6º, havia previsão de que tudo que não está proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena. Por outro lado, cumpre destacar que o princípio da legalidade no molde constitucional francês da época da Revolução (tanto nas Constituições de 1791, quanto nas duas seguintes – de 1793 e 1795) tinha um viés positivo para a Administração Pública, de forma que esta somente podia fazer aquilo que constava na lei.

Nesse sentido, destaca-se a distinção de características entre o Direito Privado, no qual a lei exerce um papel negativo, e o Direito Público, especialmente o Direito Administrativo, no qual a lei cumpre um papel positivo, já que ela representa o instrumento que, no Estado Democrático de Direito, fundamenta a atuação da Administração Pública. Assim, a lei para a Administração Pública não será somente o limite de atuação, mas também a sua fonte.

Destarte, nos parágrafos acima, resumiu-se o contexto histórico da origem do princípio da legalidade, importando passar, nesse ponto, a discorrer sobre as duas facetas que conformam o princípio examinado: a primazia da lei e a reserva legal.

## **2.2 PRIMAZIA DA LEI E RESERVA LEGAL**

O princípio da legalidade é composto por duas facetas, ou, dizendo de outro modo, por dois subprincípios, que, muito antes de serem componentes estanques e intangíveis entre si, estão em conexão um com outro: a primazia (ou supremacia) da lei e a reserva legal.

O primeiro dos subprincípios citados, o da primazia ou supremacia da lei, significava, à época do surgimento da concepção de legalidade, que a lei devia estar posta como vetor máximo, dentro de um ordenamento jurídico, para validação da atuação administrativa. Em sua origem, o princípio da legalidade, por meio do conceito construído para explicar a faceta da primazia da lei, compreendia a ideia de que a lei era o princípio basilar do Estado de Direito, sendo a expressão jurídica da hegemonia da burguesia liberal no Poder. Em consequência, a lei era reconhecida com superioridade de validação da atuação administrativa frente a todos os demais atos jurídicos, inclusive frente ao próprio documento constitucional – até porque este continha muito mais disposições acerca da estrutura política do Estado do que normas jurídicas para atuação do Poder Público. Atualmente, o significado da primazia

da lei foi ampliado, de modo que a Constituição tomou seu posto como vértice normativo superior para validação da atuação da Administração Pública, conforme será mais adiante visto pormenorizadamente.

Quanto ao sentido jurídico da primazia da lei, o professor Itiberê de Oliveira Rodrigues ensina que:<sup>6</sup>

Em relação a todas as atividades da Administração Pública, esse princípio significa que ela necessita observar e aplicar as leis e que ela não pode substituir os comandos legais por suas próprias decisões. Isso significa, por conseguinte, que em virtude dessa primazia ou supremacia da lei a Administração Pública somente pode agir *secundum legem* ou *praeter legem*, nunca, porém, *contra legem*. Assim agindo, seus atos serão inválidos.

De outro lado, o subprincípio da reserva legal diz respeito a atuação administrativa estar embasada e limitada aos preceitos previstos em lei.

No ponto, cabe comentar a evolução da doutrina alemã a respeito desse subprincípio. Conforme citado pelo jurista Otto Mayer, a vinculação administrativa à lei, num primeiro momento, era considerada negativa (*negative Bindung*), em razão de que a legalidade representaria uma limitação para a atuação do administrador, de modo que, na ausência da lei, poderia este atuar com maior liberdade para atender o interesse público. A predominância da ideia de vinculação negativa perdurou, aproximadamente, até a primeira guerra mundial, a partir de quando, por influência dos estudos de Kelsen, a vinculação da Administração à lei passou a ser classificada como positiva, isto é, o Administrador apenas poderia agir exatamente de acordo com os preceitos legais. Em outras palavras: a ausência de lei obstaria à atuação do administrador público

De fato, o entendimento sobre reserva legal mais difundido no Brasil foi o segundo, no sentido de que, apenas com autorização legal expressa, seria válida a atividade da Administração Pública, ou seja, a Administração Pública não poderia agir senão legitimada por preceitos legais.

Atualmente, o estudo do subprincípio “responde à questão se e até que ponto é necessária uma autorização legal expressa para que a Administração Pública possa agir frente a um determinado âmbito ou fato da vida concreta.”<sup>7</sup>

Isto é, não é toda atuação administrativa que depende, para sua validação, de prévia lei autorizativa, o que significa dizer, conforme vozes doutrinárias que serão reproduzidas posteriormente, que os mandamentos ordenados pela Constituição, diante da evolução do princípio da legalidade, já seriam suficientes, autorizadores e, ainda, impositivos para que o Administrador atue para sua concretização, especialmente quando forem referentes a direitos individuais.

Quanto à classificação da reserva legal, a doutrina não é uníssona ao escolher as denominações catalogadas. O administrativista Itiberê, por exemplo, dividiu-a em três diferentes espécies: a reserva legal geral, a reserva legal especial ou específica e a reserva legal total. A primeira refere-se à proteção dos direitos de liberdade e propriedade das pessoas contra atos ablativos ou ablatórios da Administração Pública e está consagrado no nosso Direito, no art. 5º, inciso II, da Constituição da República: “ninguém será obrigado a fazer ou

deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A segunda espécie diz respeito aos casos em que a norma constitucional exige uma lei para a regulação de determinada matéria, sendo exemplo as disposições da Carta Magna brasileira inseridas nos artigos 33º e 88.<sup>9</sup> Por fim, a terceira modalidade de reserva legal é aquela “que pode ser deduzida basicamente via interpretação sistemática dos dispositivos reguladores da repartição de competências normativas entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo: se a este não se reconhece constitucionalmente nenhuma competência normativa originária ou exclusiva (ou impossibilidade de atividade *praeter legem*), então caberá somente ao Poder Legislativo a competência para inovar a ordem jurídica.”<sup>10</sup> Concluindo seu raciocínio, o jurista gaúcho afirma que, nesses casos, “a atividade administrativista fica com isso totalmente dependente de prévia lei autorizadora, sem o que será inválida.”<sup>11</sup>

Não obstante, esta conclusão do professor Itiberê quanto à “reserva legal total” não se aplica integralmente no sistema constitucional brasileiro.<sup>12</sup>

Cabe mencionar, no ponto, ensinamento de Odete Medauar que, citando a doutrina de Charles Eisenmann, aponta quatro concepções do princípio da legalidade, na sua faceta de reserva legal, cujos critérios definidores são a intensidade de vinculação da Administração à norma legal:

Tornaram-se clássicos os quatro significados arrolados pelo francês Eisenmann:

a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.<sup>13</sup>

Na classificação acima apresentada, a jurista vai afastar a possibilidade de aplicação da terceira e quarta concepções, na medida em que acarretariam, respectivamente, a ideia de Administração como mera “executora da lei” e a paralisação da Administração, “porque seria necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração”.

De fato, a segunda concepção da classificação apresentada é a que predominou no Direito brasileiro por muitos anos – e ainda é adotada em muitos manuais de Direito Administrativo. Na famosa lição de Hely Lopes Meirelles, apoiado em Guido Zanobini, compreendia-se a legalidade no que tange à reserva legal: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”<sup>14</sup>

Todavia, conforme ressalta Odete Medauar, esta ideia – ainda muito presente na doutrina pátria – merece aplicação criteriosa, pois, em certos casos, “a norma legal apenas estabelece a competência para a adoção de certas medidas (‘norma de competência’), deixando ampla margem de liberdade para o agente fixar o conteúdo da medida.”<sup>15</sup>

Cabe registrar, ainda, que, além da segunda acepção (legalidade como “habilitação legal”), se pode considerar que o ordenamento jurídico pátrio aceita também a primeira visão de legalidade acima transcrita, segundo a qual é vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas legais do ordenamento.

Nada obstante, pretende-se avaliar, a partir do próximo capítulo, se a ampliação do sentido do princípio da legalidade, mutação já referida alhures, trouxe reflexos – e, caso positivo, em quais medidas – às concepções citadas que definem os subprincípios que compõem a legalidade administrativa: o da supremacia da lei e da reserva legal.

### **3. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA**

#### **3.1. CONTEXTO E CIRCUNSTÂNCIAS DA MUDANÇA DE PARADIGMA PARA A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA**

O princípio da juridicidade é considerado pela doutrina como uma mudança de paradigma em relação ao princípio da legalidade. A alteração paradigmática é simples de entender: se antes dizia-se que a atuação administrativa estava vinculada à lei, passou-se, a partir do reconhecimento da juridicidade administrativa, ao reconhecimento de que a atuação da Administração Pública está vinculada não só a lei, mas também ao Direito.

No presente tópico, pretende-se explorar mais detalhadamente o contexto e as circunstâncias da mudança de paradigma referida.

Com efeito, na hipótese de se resumir os principais motivos de tal mudança, é correto afirmar que a transição da legalidade para juridicidade começou pelo desprestígio do legislador e a crise da lei formal como fenômenos universais. Explicando mais detalhadamente o contexto que desencadeou tal situação, o jurista Gustavo Binbenjón elencou cinco fatores importantes.

O primeiro foi a proliferação ou inflação legislativa: o excesso de leis em todas as nações civilizadas, notadamente nos países de tradição romano-germânica, foi uma situação que acabou, naturalmente, desprestigiando a norma do parlamento.

O segundo elemento: a constatação histórica de que a lei pode, muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie. Lembrando que, em sua origem, a concepção de legalidade preconizava que toda a lei é válida independentemente de seu conteúdo, desde que reúna a um só tempo a generalidade da vontade e do seu próprio objeto. Em outras palavras, é dizer que a lei, em sua concepção inata, não se preocupava com a justiça.

O terceiro fator, talvez o mais importante, é que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação geral do povo. Diante do fracasso da lei nesse sentido, notadamente no segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo. A maior prova disso foi a criação dos tribunais e órgãos constitucionais mundo afora, inclusive na França, berço da legalidade administrativa.

O quarto diz respeito com a criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais, além da lei, capazes de servirem de fundamento da atuação administrativa – como, por exemplo, Medidas Provisórias, Leis delegadas e regulamentos autônomos – art. 84, VI, “a”, da CF (após redação da EC 32/2001).

O quinto e último elemento citado pelo professor Binbenjón fundamenta-se no fato de que, mesmo não tendo o Executivo a atribuição normativa de que necessita para embasar

sua atuação, não resta ao Legislativo muito espaço de atuação independente. Isso ocorre tendo em vista, como principais fatores, as inúmeras reservas de iniciativa legal ao Executivo (o que deixa o Legislativo condicionado à atuação prévia do Executivo) e o trancamento de pauta proposital causado pelas sólidas bases parlamentares típicas de um presidencialismo de coalizão.

Sem dúvida, diante do fracasso da lei em razão do não atingimento dos fins para os quais foi pensada e concebida, as ideias constitucionalistas surgiram como solução para contornar os problemas até então insolúveis para a legalidade. A Constituição de uma nação ganhou destaque máximo dentro de um ordenamento jurídico, o qual apenas poderia ser compreendido a partir da compreensão do próprio sistema normativo constitucional. Nesse contexto, passou-se a falar numa “constitucionalização do direito.”<sup>16</sup>

Os reflexos de tal fenômeno, o da constitucionalização do direito, recaíram sobre praticamente todos os ramos das Ciências Jurídicas, tendo trazido, no Direito Administrativo, mudança de paradigma quanto à legalidade administrativa, em suas duas facetas (o da reserva legal e o da supremacia da lei). Nessa linha de raciocínio, é imperioso transcrever lição de BINENBOJM<sup>17</sup> a respeito da substituição da lei pela Constituição dentro de um ordenamento jurídico:

A superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica.<sup>18</sup> A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição.<sup>19</sup> A Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo uma verdadeira osmose entre a Constituição e a lei.<sup>20</sup> Pode-se, assim, dizer, com Canotilho, que se abre caminho para ‘uma legalidade sem lei’.<sup>21</sup>

Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato da tomada de decisão administrativa.<sup>22</sup> A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do Direito Administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais.

Portanto, resta claro que a expressão de outrora “supremacia da lei”, agora, deve ser lida como “supremacia da Constituição” – ainda que a lei continue, em relação aos demais instrumentos infraconstitucionais, tendo preferência<sup>23</sup> –, bem como que o núcleo jurídico da “reserva de lei” não tem o mesmo sentido de anteriormente tendo em vista a possibilidade, defendida por parte da doutrina, de existir atuação administrativa mesmo sem lei, apenas com base na Constituição.

Assim, conclui-se que o contexto definidor da mudança de paradigma da legalidade à juridicidade foi, principalmente, o fenômeno da constitucionalização do direito, que refletiu profundamente nos estudos do Direito Administrativo e, conseqüentemente, na análise dos aspectos essenciais da atuação administrativa.

## 3.2. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE E ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da juridicidade determina, como já dito, que a vinculação da atuação administrativa deve estar relacionada não apenas às leis, como determinava a legalidade,<sup>24</sup> mas a todo o ordenamento jurídico sistêmico, isto é, deve observar a um denominado “bloco de legalidade”<sup>25</sup> composto pela Constituição, com seus princípios e regras, as leis, os regulamentos gerais e setoriais.<sup>26</sup>

Cabe mencionar que a juridicidade administrativa foi consagrada, expressamente e em nível constitucional, por três importantes ordenamentos jurídicos europeus. Na Alemanha, o art. 20, §3º, da Lei Fundamental de Bonn (1949) prevê a vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao **direito**. Na mesma linha, as Constituições espanhola (1978) e portuguesa (1976), ambas por influência do constitucionalismo germânico, previram, respectivamente, que “a Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao **direito**.”<sup>27</sup> (art. 103, 1); e que “**os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição** e à lei e devem atuar com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções”<sup>28</sup> (art. 266, 2).

Não obstante os exemplos citados, a Constituição brasileira, de 1988, não foi tão clara e expressa ao tratar da vinculação normativa da Administração Pública ao Direito. Como é consabido, o art. 37, caput, da Carta Magna brasileira apenas prevê que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”. Todavia, a Lei n. 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal, prevê em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, tendo sido igualmente influenciada pelo direito germânico, que:

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

Desse modo, pode-se dizer que até o legalista em sentido estrito mais convicto, que não reconhecesse a mudança de paradigma da legalidade à juridicidade, teria dificuldades em defender sua convicção em razão de constar como regra expressa na lei a obrigação de a Administração Pública observar a lei e o Direito.

De qualquer sorte, ainda que assim não fosse e não houvesse previsão legal da submissão da Administração ao Direito, a interpretação sistêmica da constituição impõe a conclusão pela adoção da juridicidade administrativa. Esse é o entendimento da melhor doutrina administrativista nacional, a qual se traduz no seguinte trecho da renomada professora Di Pietro:

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito. Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: uma **concepção mais ampla do princípio da legalidade** e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública. [...]

No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo [do art. 20, §3º da Lei Fundamental de Bonn], não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores como segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, dentre outros. **Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado:** a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o **Direito**, no sentido assinalado. (grifou-se).

De fato, pode-se afirmar com tranquilidade que o princípio da juridicidade administrativa está devidamente reconhecido e inserido no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, além de contar com vozes praticamente uníssonas na doutrina prestigiando-o, é citado com naturalidade (e certa frequência) pela jurisprudência da maior Corte de Justiça Nacional (o Supremo Tribunal Federal), conforme se exemplifica com o precedente a seguir:

Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito. (RMS n 16.536-PE, 02-02-2010).

Portanto, é certo que o princípio da juridicidade administrativa substituiu o princípio da legalidade administrativa nos sistemas jurídicos onde este era o balizador da atuação da Administração Pública, inclusive no sistema brasileiro.

Firmado esse ponto, pretende-se apontar duas consequências, por assim dizer, práticas à atuação administrativa ante a consagração do princípio da juridicidade: (a) a maior limitação da discricionariedade administrativa, na medida em que o agente administrativo deverá justificar sua escolha tendo em vista não apenas os termos legais, mas também os preceitos constitucionais, do que se tem, conseqüentemente, que o controle à Administração passa a ser ampliado; (b) os eventuais conflitos entre a aplicação da juridicidade e da legalidade em sentido estrito simultaneamente, uma vez que a legalidade administrativa perde seu posto para a juridicidade administrativa, mas não desaparece completamente, porquanto aquela (aí denominada de “legalidade em sentido estrito”) passa a ser englobada por esta (“legalidade em sentido amplo”), como um de seus princípios internos.

O primeiro efeito já foi tratado tangencialmente acima e, por não ser objeto principal da presente pesquisa, não será aprofundado. No entanto, a segunda consequência prática (a relação da juridicidade com a legalidade) é de extrema relevância para este trabalho, na medida em que a atuação administrativa, a partir da juridicidade e tendo como referência a Lei, poderá seguir três situações distintas: 1) a atuação administrativa deverá ser segundo a lei (*secundum legem*), quando esta for constitucional; 2) mas, também, poderá ser diretamente vinculada à Constituição, independente ou para além da Lei (atividade *prae-ter legem*); 3) ou, eventualmente, poderá legitimar-se perante o Direito, ainda que contra a lei (*contra legem*).<sup>29</sup>

Ao presente trabalho, interessa aprofundar a análise da terceira situação apontada, os casos em que a atuação administrativa pode ocorrer *contra legem*, o que será problema-



tizado no próximo item.

## 4. PROBLEMATIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

### 4.1. APRECIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO

Diante do que foi discorrido até o presente ponto, pode-se concluir, com a tranquilidade de não correr risco do equívoco, que a legalidade administrativa, em seu sentido estrito, facilitava o exercício da função administrativa:<sup>30</sup> bastava o administrador cumprir exatamente os ditames da lei para que sua atividade fosse considerada válida e, para além disso, nos casos em que a lei nada previsse, haveria um campo enorme e praticamente irrestrito para a discricionariedade administrativa.

Todavia, com o surgimento e afirmação da juridicidade administrativa, a função do Administrador não encontra a mesma facilidade da época em que a lei era soberana nos ordenamentos jurídicos. De fato, a mudança paradigmática aqui tratada determina ao realizador da função administrativa que observe não só a lei e suas previsões, mas principalmente a Constituição e seus mandamentos.

E é justamente da mudança de referência normativa para a Administração Pública, de uma forma mais restrita para outra mais ampla, que decorrem os principais questionamentos do presente artigo: ao se deparar com uma lei inconstitucional, como deve proceder aquele que exerce a função administrativa? Pode haver atuação administrativa *contra legem* mesmo sem prévia declaração de inconstitucionalidade do Poder Judiciário? Apenas o Chefe do Poder Executivo ou qualquer agente administrativo, ao se deparar com lei inconstitucional, poderá deixar de aplicá-la?

Antes de responder a tais perguntas, faz-se necessário apresentar um breve histórico sobre a evolução da doutrina pátria, antes e após a Constituição de 1988, a respeito da possibilidade de o Chefe do Poder Executivo apreciar a constitucionalidade de leis.

Com efeito, a evolução do estudo da matéria guardou forte relação com a legislação pátria a respeito do controle judicial de constitucionalidade. O controle concentrado, no Brasil, surgiu somente com a Emenda Constitucional n. 16/65, tendo como exclusivo legitimado para propositura da ação de inconstitucionalidade (ADIN) o Procurador-Geral da República.<sup>31</sup> Tal exclusividade de legitimação permaneceu até o advento da Constituição brasileira de 1988, isto é, os Chefes do Executivo dos três níveis de organização político-administrativa do estado brasileiro (o Presidente da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos dos Municípios) não possuíam competência processual para buscar a declaração, em controle concentrado, da inconstitucionalidade de determinada lei.

Dessa forma, antes da Constituição de 1988, “a doutrina e a jurisprudência haviam se consolidado no sentido de ser legítimo o Chefe do Executivo deixar de aplicar uma lei que considerasse inconstitucional, bem como expedir determinação àqueles submetidos a seu poder hierárquico para que procedessem da mesma forma.”<sup>32</sup> Naquele contexto, caso ocorresse situação de não aplicação de lei por parte do Executivo sob fundamento de inconstitucionalidade, caberia ao particular eventualmente prejudicado o ônus de procurar o

Judiciário a fim de que este declarasse a constitucionalidade da lei não aplicada – natural e logicamente, a interpretação definitiva oriunda do órgão judicial deveria ser respeitada pela Administração Pública e pelo particular.

Por outro lado, parte da doutrina titubeou em relação a tal posição após o advento da Constituição de 1988, tendo em vista a eliminação da exclusividade de legitimação do PGR para propositura de ADIN: foi previsto um rol de legitimados, entre os quais o Presidente da República e os Governadores dos Estados e do Distrito Federal. Diante desse novo quadro, "como lhes foi facultado obter o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em via principal e abstrata, já não se deveria admitir que pudessem, de ofício, negar cumprimento à lei, sem antes tomar a iniciativa de contestar sua validade, inclusive postulando a concessão de medida cautelar que suspendesse sua eficácia."<sup>33</sup>

Não obstante o vacilo inicial da doutrina a respeito do tema após a extensão de legitimados para propor ADIN, pode-se dizer que o entendimento que se tinha antes da Constituição de 1988, no sentido da possibilidade de o Executivo deixar de aplicar lei que considere inconstitucional, prevaleceu na doutrina majoritária e, também, foi reconhecido jurisprudencialmente. Um primeiro argumento utilizado para que essa posição prevalecesse referiu-se ao fato de os Prefeitos, também chefes de Executivo, não estarem legitimados para propositura da ADIN, isto é, não terem sido incluídos no rol<sup>34</sup> que quebrou a exclusividade de legitimação do PGR. Por isso, "alguns sustentaram que poderiam os Prefeitos, e somente eles, descumprir a lei flagrantemente inconstitucional, determinando a sua não-aplicação para os subordinados hierárquicos."<sup>35</sup> Todavia, tal entendimento trouxe a "consequência curiosa de que, na prática, passaria o Chefe do Executivo municipal a ter, nessa matéria, mais poder que o Presidente e o Governador."<sup>36</sup> A doutrina, então, não pôde limitar-se apenas a esse argumento meramente formal, até em razão da falta de lógica apontada (diferenciando indevidamente os Chefes de Executivo em idênticas situações), e o principal fundamento para permitir que o Executivo deixe de aplicar leis inconstitucionais continua o mesmo de antes da CF/88: o da supremacia constitucional, isto é, uma das facetas da juridicidade administrativa.

Na doutrina administrativista sobre o tema, cada autor cita os fundamentos principais que, em sua visão, exigem a atuação da Administração Pública nesse sentido. De seu turno, o professor BINENBOJM conseguiu elencar de modo bastante claro – e, ao alcance dessa pesquisa, de forma mais completa – as justificativas que explicam por que uma lei inconstitucional não deve ser aplicada pelo Poder Executivo:

As razões fundamentais que autorizam (e exigem) tal conduta da Administração são as seguintes:

I. a Administração está vinculada direta e primariamente à Constituição, cabendo-lhe zelar, ao lado dos demais Poderes, pela sua supremacia;

II. diante de uma lei que se lhe afigure contrária à Constituição, deve o Chefe da Administração ordenar o não cumprimento daquela como condição para a preservação da superioridade hierárquica da Lei Maior;

III. a possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo Presidente da República e pelos Governadores de Estado não é impeditiva do descumprimento auto-executório, pois ao Supremo Tribunal Federal reserva-se a última palavra, mas não o monopólio da interpretação e aplicação da Constituição;

IV. ademais, ainda que assim não fosse, a circunstância de a legitimação ativa para a propositura de ação direta não se estender aos chefes de outros Poderes, como Prefeitos municipais e Presidentes dos Tribunais de Contas, criaria uma situação de desigualdade injustificável entre as diversas administrações públicas do país;

V. por fim, a disciplina da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 03/93, ao aludir ao Poder Executivo (e à Administração Pública em todos os níveis federativos, já sob a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004) como destinatário da decisão, tornou clara a possibilidade do descumprimento da lei pelos órgãos administrativos, com fundamento na sua inconstitucionalidade, quando inexistente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sede abstrata. Caso contrário, a alusão constante do 102, §2º, da Constituição seria ociosa e inútil.<sup>37</sup>

Além desses argumentos, é pertinente adicionar o interessante silogismo do constitucionalista Barroso como justificativa para o descumprimento de lei inconstitucional pela Administração: “[...] A tese é reforçada por um outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.”<sup>38</sup>

Verifica-se, então, que a possibilidade de apreciação de constitucionalidade de leis pelo Poder Executivo e, como possível consequência, o descumprimento de previsão legal que afronte a Constituição é defendida por renomada doutrina<sup>39</sup> com excelentes argumentos, sendo natural, portanto, que a jurisprudência também adotasse a mesma linha. De fato, há decisões do STF e STJ que consagram tal possibilidade, conforme se vê nos julgados ementados abaixo transcritos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISORIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. - POR SER A MEDIDA PROVISORIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO É ADMISSÍVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. - EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. OS **PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA** - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, **PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS**. - A MEDIDA PROVISORIA N. 175, POREM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS N.S. 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS DO DIREITO BRASILEIRO. - REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTA PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISÓRIAS N.S. 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTÃO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARA DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISORIA N. 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSÃO DA AB-ROGANTE. - O QUE ESTA PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM QUE A AB-ROGAÇÃO ESTA EM VIGOR, E O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO E QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICÁCIA DE SUSPENDER “EX NUNC” A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JA ESTA

SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISORIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO “SI ET IN QUANTUM”.

(ADI 221 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/1990, DJ 22-10-1993 PP-22251 EMENT VOL-01722-01 PP-00028)

LEI INCONSTITUCIONAL. PODER EXECUTIVO. NEGATIVA DE EFICÁCIA.

**O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe parece inconstitucional.**

(REsp 23121/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993). (grifou-se).

Em que pesem os precedentes citados, é de se observar que (mais recente) discussão judicial sobre o tema “apreciação de constitucionalidade” pode abalar o consenso jurisprudencial antes transcrito. Com efeito, discute-se, no âmbito do STF, a aplicabilidade de sua Súmula 347 dentro da atual conjuntura constitucional brasileira. Embora a redação dessa Súmula refira-se à atuação dos Tribunais de Contas – “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, o fundamento que inspirou seu teor é praticamente o mesmo que autoriza (e exige) a não-executoriedade de leis inconstitucionais

Esclarece-se, de forma mais adequada, o debate judicial noticiado: há um mandado de segurança (MS nº 25.888) tramitando no STF em que se discute a correção de se aplicar a Súmula n. 347 dentro da atual conjuntura constitucional brasileira. O motivo da impetração do MS, em resumo: o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou à Petrobrás não aplicar um Decreto, com base em tal Súmula, uma vez que inconstitucional. De seu turno, a Petrobrás impetrou MS, com pedido de medida liminar, alegando que a Súmula nº 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, já revogado há muito tempo. Diante de tal argumento, o Ministro Gilmar Mendes deferiu a liminar, acolhendo a tese da estatal impetrante, *in verbis*:

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.<sup>40</sup>

De outro lado, é importante conhecer trecho da fundamentação utilizada no julgamento do *leading case* que gerou a edição da Súmula 347 - o Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372, do Ceará. No julgamento, o Ministro Relator apresentou a seguinte distinção: “Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.”

Todavia, tal distinção estaria totalmente superada, segundo alguns defendem, a partir da Súmula Vinculante nº 10 do STF.<sup>41</sup> A partir da edição dessa Súmula, argumenta-se que não haveria mais dúvidas no sentido de que também “exerce o controle incidental de constitucionalidade o juiz ou tribunal que afasta a aplicação da norma, em face da inconstitucionalidade, mesmo sem a declaração ou reconhecimento expresso na decisão”<sup>42</sup>, do que decorre que “apreciação de constitucionalidade” e “controle de constitucionalidade” seriam,

tecnicamente, expressões sinônimas.

No entanto, adota-se, no presente artigo, a posição de que há distinção entre as duas expressões: o controle de constitucionalidade, atribuição exclusiva do Poder Judiciário, opera no plano da validade das normas (leis), de modo que a decisão pela inconstitucionalidade da norma analisada geraria, em regra, sua nulidade desde sua promulgação (decisão com efeitos *ex tunc*); a apreciação de constitucionalidade, atribuição de todos os órgãos e Instituições que compõem o Estado Democrático de Direito, opera no plano da eficácia das normas (leis), de modo que a conclusão pela inconstitucionalidade de determinada lei geraria somente a suspensão dos efeitos da lei analisada (e apenas a partir da decisão – efeitos *ex nunc*).

De qualquer modo, não é no aspecto formal da questão que o presente trabalho pretende focar, mas sim no material, ou seja, a discussão mais importante, já travada nos parágrafos acima, é se apenas o Judiciário poderia determinar a inaplicabilidade de uma lei, por considerá-la inconstitucional. Conforme sustentado acima, com a mudança de paradigma da legalidade à juridicidade administrativa, os órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo (incluindo-se, pois, os Tribunais de Contas<sup>43</sup>) automaticamente analisarão a constitucionalidade das leis que lhe forem aplicáveis. Mais uma vez, destaca-se que o Estado é de Direito e não apenas o Judiciário é de Direito, razão pela qual os Poderes/órgãos de todo o Estado também estão autorizados a fazer a análise de constitucionalidade em concreto.

Assim, reforça-se o eixo principal do presente artigo: independentemente da expressão que se utilize para denominar a análise da constitucionalidade de leis pela Administração Pública, o fato é que se reconhece tal possibilidade como correta e, mais do que isso, pretende-se apresentar elementos, requisitos e conformações mínimas para as hipóteses de sua realização.

## **4.2. APRECIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS DE IMPRESCINDÍVEL OBSERVÂNCIA NOS PROCEDIMENTOS CORRELACIONADOS**

No último capítulo do presente artigo, pretende-se abordar aspectos importantes da atuação da Administração Pública quando da apreciação de constitucionalidade de leis, sem, todavia, ter-se a ousadia de tentar esgotar a matéria, dada a complexidade e riqueza de conteúdo do tema, somada à natureza estreita deste trabalho de pesquisa.

De fato, alguns elementos devem ser obrigatoriamente observados para que a possibilidade aventada na presente pesquisa não torne insustentável o sistema normativo vigente. Logicamente, deixar que qualquer análise de constitucionalidade seja feita de forma desregrada significaria o caminho para a anarquia normativa, em especial nos casos em que tal apreciação ocorrer no âmbito da Administração Pública, situação ainda incipiente no sistema normativo brasileiro. Dessa forma, é preciso definir qual a maneira adequada de fazer a avaliação administrativa de constitucionalidade de leis.

De início, refere-se que a apreciação de constitucionalidade, no âmbito da Administração Pública, pode ocorrer, teoricamente, por qualquer agente administrativo. Isto é, qualquer

agente público, ao realizar suas atividades relacionadas à função administrativa, pode se deparar com norma inconstitucional, cuja aplicabilidade, por ferir mandamentos de envergadura constitucional, desrespeitaria o Direito vigente. Assim, o núcleo essencial do princípio da juridicidade indicaria a inaplicabilidade, pelo próprio servidor, da norma inconstitucional. Todavia, não se pode olvidar que todas as leis, antes de serem aprovadas, passam por análises prévias de constitucionalidade, o que lhes confere, por óbvio, uma “presunção de constitucionalidade” que merece ser considerada – e que não pode ser pronta e facilmente afastada diante da conclusão de um único servidor. Aqui, cabe destacar que as análises prévias de constitucionalidade das legislações realizadas no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal são, por assim dizer, mais confiáveis do que aquelas efetuadas em âmbito municipal, ainda mais quando se trata de municípios pequenos,<sup>44</sup> tendo em vista a menor qualificação técnico-jurídica, consabida e natural, das Casas Legislativas de tais locais. Não é raro que vereadores, prefeitos e suas respectivas equipes produzam, em conjunto, normas locais inconstitucionais, sem sequer perceber, cujos efeitos podem (e devem) ser evitados o quanto antes.

De qualquer sorte, defende-se que, em regra, a inaplicabilidade de uma legislação tida como inconstitucional por um servidor não pode ocorrer automática e imediatamente, isto é, seus efeitos não podem ser suspensos pela mera e isolada deliberação de um servidor.

Propõe-se, então, que, nos casos de apreciação de inconstitucionalidade, a discussão sobre o dispositivo legal analisado ocorra em processo administrativo aberto específica e exclusivamente para tal fim, por meio do qual sejam cumpridos todos os princípios<sup>45</sup> cabíveis e pertinentes a justo processo cuja finalidade seja suspender, eventualmente, os efeitos de legislação potencialmente inconstitucional.

No ponto, cabe destacar dois princípios essenciais e indispensáveis para a correta tramitação dos feitos administrativos referidos no parágrafo acima. Com efeito, a suspensão de efeitos de lei cuja inconstitucionalidade é questionada possivelmente atingirá terceiros, que, por tal razão, serão automaticamente interessados no debate jurídico que se travará e, justamente por isso, terão o direito de se manifestar a respeito da matéria. Interessante notar, nesse diapasão, que o contraditório e a ampla defesa são garantidos constitucionalmente aos litigantes em processos judiciais e **administrativos**. Nesse sentido, cabe transcrever as reflexões do professor Rafael Maffini sobre as consequências de tal garantia constitucional também atingir os processos litigiosos que tramitam na esfera administrativa, *in verbis*:<sup>46</sup>

A Carta Política de 1988 constitucionalizou os princípios do contraditório e da ampla defesa em relação aos processos administrativos (art. 5º, LV, da CF). Nas Constituições anteriores isso não ocorria, ao menos de modo expresse. Após um primeiro momento, em que se comemorou a previsão constitucional de tais garantias em relação aos processos administrativos, doutrina e jurisprudência iniciaram um elogiável itinerário voltado à compreensão do núcleo essencial de tais garantias. Tal núcleo essencial não mais pode se contentar com a simples assecuração formal do contraditório e da ampla defesa, reclamando que haja efetividade no exercício de tais garantias. Neste contexto, por exemplo, situa-se a controvérsia acerca da necessidade da presença de defesa técnica, realizada por advogados, em todos os momentos inerentes a processos administrativos de cunho punitivo. Ainda na tarefa de se encontrar o núcleo essencial da noção referente ao contraditório e à ampla defesa, tem-se afirmado, seja em matéria de poder de polícia, seja em matéria de poder disciplinar, que eventuais restrições impostas pelo Poder Público somente estarão legitimadas sob a perspec-

tiva da ampla defesa, caso o seu destinatário tenha tido a oportunidade de uma participação prévia e efetiva no processo que as ensejar. Assim, somente em casos excepcionais, decorrentes de um exercício de ponderação de princípios, se admitiria o diferimento e a postergação do contraditório e da ampla defesa.

Assim, é imperioso que o exercício do contraditório e da ampla defesa seja ofertado, durante a tramitação do respectivo processo administrativo, aos possíveis atingidos pela não-executoriedade de lei cuja constitucionalidade será avaliada.

Outro ponto importante a destacar é a necessidade inexorável de que **órgãos/setores estatais jurídicos** (como Procuradorias/Assessorias Jurídicas Municipais, Estaduais e Federais) sejam os responsáveis pela abertura e andamento do processo dessa natureza.<sup>47</sup> Tal necessidade decorre da aplicação simples dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que as carreiras jurídicas são, em razão de sua formação superior específica no curso de Direito (Ciências Jurídicas e Sociais), as mais tecnicamente preparadas para o trato com normas.<sup>48</sup>

É imprescindível, ainda que, a especificação dos procedimentos relacionados a esse tipo de processo (como, por exemplo, a forma pela qual se exercerá o contraditório/ampla defesa, prazos de tramitação, responsabilidade de decisão definitiva, eventual ônus por dolo, etc.) seja devidamente regulamentado de forma positivada, por cada órgão e entidade pública, a fim de se preservar a isonomia e a segurança jurídica.

Impende referir, também, a necessidade de que todos os agentes públicos ajam sob o mesmo Direito e interpretem o Direito da mesma forma. Assim, é indispensável que a Procuradoria/Assessoria Jurídica de maior abrangência na Administração Pública seja a responsável por conduzir referido processo administrativo. Por isso, em se tratando de órgão público que não esteja diretamente subordinado ao Chefe do Executivo (isto, é nos casos de órgãos da Administração Indireta) é prudente a remessa de expediente contendo a lei questionada e os fundamentos que justificariam sua constitucionalidade para a Procuradoria Geral do ente federado a fim de que lá seja iniciado o processo administrativo cabível.

Ainda pensando na isonomia e na segurança jurídica, seria adequado que, ao fim de processo que concluisse pela inconstitucionalidade de determinada lei, fosse expedido decreto (ou outro ato normativo) do Chefe do Poder Executivo direcionado a todos os órgãos/entidades sob seu controle (utilizando-se, pois, de seu poder hierárquico) para que toda a Administração Pública sob sua chefia passasse a adotar idêntica postura e interpretação em relação à norma cujos efeitos tenham sido suspensos.

Além disso, entende-se que a suspensão dos efeitos de lei inconstitucional não seria o passo final e, por isso, ainda mereceria complementação: o Poder Executivo deveria judicializar a questão imediatamente após a decisão administrativa. Isso visando à análise definitiva da validade da lei, de forma que, em sendo a posição do Judiciário idêntica à do Executivo, a lei será anulada e, conseqüentemente, expurgada do sistema jurídico vigente.<sup>49</sup>

É importante destacar, também, entendimento pessoal sobre o tema que, se aparentemente audacioso num primeiro momento, mostra-se coerente com o que se espera da atuação da Administração Pública visando à proteção e cumprimento dos principais fins relacionados à essência do Estado Democrático de Direito. Com efeito, entende-se que,

excepcionalmente, nos casos em que a lei analisada ofenda a Constituição em razão de violação direta a direito fundamental, deverá o próprio agente público suspender a eficácia dos efeitos da lei de forma imediata, cautelarmente, mesmo antes da abertura de processo administrativo específico. Isto é, concede-se a prerrogativa ao agente público de deixar de aplicar legislação que fira diretamente direitos fundamentais dos cidadãos – obviamente, que tal situação implicará a assunção, por parte do agente, dos ônus por uma atuação irresponsável e exigirá a devida fundamentação.

A excepcionalidade ora trazida justifica-se porque os direitos fundamentais possuem papel de destaque no Estado Democrático de Direito e devem ser protegidos incessante e integralmente. Diante da elevada importância dos direitos fundamentais e de seus reflexos para a juridicidade administrativa, o jurista português Paulo Otero<sup>50</sup> chegou a algumas conclusões interessantes sobre o tema, cabendo destacar duas que, no ponto, são pertinentes:

[...] (3) Perante leis ostensivamente violadoras de tais direitos fundamentais, a Administração Pública encontra-se vinculada a preferir a Constituição à lei, desaplicando as respectivas leis feridas de inconstitucionalidade [...];

(4) A violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade dos respectivos atos jurídicos, expressando uma manifestação da especial vincutividade directa e imediata dos órgãos administrativos às normas de direitos fundamentais.

Assim, conclui-se que, havendo legislação cuja aplicabilidade viole direito fundamental protegido pela Constituição brasileira,<sup>51</sup> o agente público poderá (e deverá) imediatamente deixar de aplicar a lei, preferindo, pois, o mandamento constitucional, encaminhando expediente para o setor competente, a fim de que se confirme a suspensão cautelar de efeitos e posteriormente se adotem as providências necessárias (e já comentadas), visando a expurgar a norma, em definitivo, do ordenamento jurídico vigente.

## 5. CONCLUSÕES

Em conclusão, assenta-se que a observância a todas as normas jurídico-constitucionais que regulamentam um Estado de Direito é dever de todos os Poderes e Instituições que o integram. No caso da Administração Pública, independentemente da estrutura formal onde as atividades da função administrativa sejam exercidas, não será diferente. De fato, o princípio da juridicidade administrativa, ao substituir o da legalidade, consagrou-se justamente baseado nessa premissa, acrescentando-se que a supremacia do ordenamento jurídico passou a ser da Constituição (e não mais da lei).

Apesar de haver certa dificuldade de se reconhecer que um dos efeitos de tal premissa é a possibilidade de apreciação de constitucionalidade pela Administração Pública, muito provavelmente pelo receio de que tal apreciação ocorra desenfreadamente, a hipótese/consequência apontada é tão lógica quanto uma função matemática.

A apreciação constante e concomitantemente à aplicação das normas infraconstitucionais vigentes é condição necessária para que o Estado Constitucional seja integralmente respeitado. O entendimento de que tal apreciação é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário significa pactuar com a ocorrência de violações a direitos constitucionais, às vezes fundamentais, que devem ser evitados. Em outras palavras: não permitir que a Administração Pública aprecie, mesmo sem análise judicial, se a respectiva legislação está de acordo com



a Constituição, é sinônimo de autorizar que ofensas a direitos protegidos pelo Estado sejam cometidas pelo próprio Estado.

Portanto, a juridicidade administrativa, reconhecida como princípio norteador da função administrativa em substituição ao da legalidade em sentido estrito, para além de simplesmente autorizar, exige que, em havendo conflito entre disposição legal e constitucional, a Administração Pública prefira a Constituição à lei no momento de aplicar o Direito que embasará suas atividades.

Para tanto, é adequado que um processo administrativo específico formalize tal situação, respeitando-se todos os princípios inerentes aos feitos administrativos, em especial os constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a fim de que interesses de terceiro, que seriam justificáveis aprioristicamente pela simples presunção de constitucionalidade das leis, sejam devidamente respeitados.

Nada obstante a utilização de processo específico como procedimento padrão para tais casos, concluiu-se também pela possibilidade de que o próprio agente público deixe de aplicar leis que infrinjam diretamente direitos fundamentais previstos na Constituição, uma vez que a proteção e consecução desses revelam-se como os principais motivos da existência de um Estado Democrático de Direito personificado. Assim, a gravidade da violação legal a dispositivos constitucionais tão caros justificaria a possibilidade de suspensão cautelar dos efeitos da lei inconstitucional, para que, posteriormente mas já com a violação interrompida, o adequado processo administrativo resolva devidamente a questão.

## 6. NOTAS

1. Desde logo, esclarece-se que a presente pesquisa filia-se, quando refere-se a "princípio", aos ensinamentos conceituais do professor Humberto Ávila a respeito do tema, para quem "os princípios descrevem um estado de coisas a ser buscado, sem, no entanto, definir previamente o meio cuja adoção produzirá efeitos que contribuirão para promovê-lo."
2. Os estudos de Direito Romano demonstram que, apesar de o direito consuetudinário ser importante fonte de Direito dos romanos, o Direito escrito também o era, conforme lecionado, exemplificativamente, na obra **Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro**, de José Cretella Júnior.
3. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 115-116.
4. Corrente filosófica, cujos principais expoentes são os pensadores Platão (antiguidade) e Descartes (modernidade), que define o raciocínio como uma operação mental, discursiva e lógica, e o usa como ferramenta para analisar uma ou mais proposições a fim de extrair conclusões de verdade, falsa ou provável sobre elas. Defende que a razão é a única fonte de conhecimento válido.
5. Teoria filosófica que tenta explicar os caminhos que levam as pessoas a formarem Estados e/ou manterem a ordem social e cujos principais pensadores foram: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Segundo esses filósofos, a noção de contrato traz implícito que as pessoas abrem mão de certos direitos para um governo ou outra autoridade a fim de obter as vantagens da ordem social.
6. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: **Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. (Org. Humberto Ávila). São Paulo: Malheiros, 2005 - p. 55.

7. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. (Org. Humberto Ávila). São Paulo: Malheiros, 2005 - p. 56.

8. "Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios."

9. Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.

10. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. (Org. Humberto Ávila). São Paulo: Malheiros, 2005 - p. 56.

11. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. (Org. Humberto Ávila). São Paulo: Malheiros, 2005 - p. 56.

12. Um dos motivos para isso, conforme bem adverte o próprio administrativista, é que há situações em que a Administração Pública possui competência normativa autônoma (art. 84, VI, CF/88, com a redação da EC 32/2001), razão pela qual a dependência à prévia lei autorizadora não seria total.

13. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.124.

14. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 22. edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 82.

15. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 125.

16. Para saber mais sobre a expressão, ver: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito**. Revista de Direito Administrativo, n. 240, 2005, pp. 1-42.

17. BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, coord. **Direito administrativo e seus paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 149-150.

18. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina. 2003. p. 733.

19. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 834.

20. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina. 2003. p. 735.

21. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 834.

22. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 735.

23. Destaca-se, por oportuno, que o princípio da supremacia ou primazia da lei também é denominado de princípio da preferência de lei (ou, ainda, precedência ou preeminência de lei).

24. Nesse ponto, cabe esclarecer adequadamente as variações de denominações aos princípios tratados no presente artigo: após o surgimento do princípio da juridicidade administrativa, nos termos acima expostos, parte da doutrina passou a classificar a concepção original do princípio da legalidade como "legalidade em sentido estrito", diferenciando-o da "legalidade em sentido amplo", que correspondia à juridicidade administrativa.

25. Expressão utilizada por Merkl, jurista alemão que, segundo BINENBOJM, foi o maior administrativista kelseniano.

26. Aqui, destaca-se que o presente trabalho reconhece ser o Direito compreendido por todas as normas existentes no ordenamento citado, e apenas por elas, não havendo normas fora desse ordenamento citado que possam compor o Direito vigente.

27. A tradução é livre e o vocábulo grifado não está no original.

28. Grifou-se.

29. Cabe salientar que a catalogação das três alternativas apontadas foi feita pelo professor BINENBOJM, em seu artigo "O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro, p. 160". Quanto à segunda alternativa, destaca-se que o administrativista, ao discorrer sobre o poder regulamentar no direito brasileiro (meio pelo qual a atuação administrativa poderia ser *praeter legem*), apresentou três correntes doutrinárias divergentes sobre a matéria, a demonstrar que a doutrina não se encontra uníssona nesse ponto. O jurista entende como correta a posição (resumida) de que "será cabível a expedição de regulamentos autônomos em espaços normativos não sujeitos constitucionalmente à reserva de lei (formal ou material), sempre que à míngua do ato legislativo, a Administração Pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais", fazendo a ressalva de que "também neste caso, por evidente, assegura-se a preeminência da lei superveniente sobre os regulamentos até então editados." BINENBOJM, p. 182.

30. Aqui, destaca-se que a expressão "função administrativa" é tida como sinônimo de "função estatal de Administração Pública". Para definição de "função estatal de Administração Pública", utiliza-se o ensinamento do professor Rafael Maffini no sentido de que: "[...] a função estatal de Administração Pública consiste num instrumento concreto de que o Estado, abstrato que é, se vale para a consecução dos objetivos insculpidos no texto constitucional, sendo encontrada tipicamente no Poder Executivo e, de modo atípico, nas várias outras espécies da estrutura estatal." – MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**, 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 24.

31. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

32. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 69. Cabe mencionar, por pertinente, que o professor BARROSO acrescenta, ainda, em nota de rodapé na mesma página, que "na verdade, o entendimento deve estender-se aos órgãos dirigentes de quaisquer dos Poderes, na prática de atos materialmente administrativos."

33. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70.

34. Referida lista está prevista no art. 103 da Constituição da República, que prevê: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

35. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 174.

36. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71.

37. BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. *In*:

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, coord. **Direito administrativo e seus paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 188.

38. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71.

39. Além dos professores citados no corpo do trabalho, compartilham da mesma tese os seguintes juristas brasileiros: Lucio Bittencourt, Miguel Reale, Themístocles Brandão Cavalcanti, Vicente Ráo, José Frederico Marques, Carlos Maximiliano, Caio Tácito, Ronaldo Poletti, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alexandre de Moraes e Clèmerson Merlin Clève, conforme lista informada por BINENBOJM, p. 188.

40. Cabe destacar que a decisão do Ministro foi em 22/03/2006 e até hoje não houve o julgamento definitivo do MS, bem como o fato de que o Parecer da Procuradoria-Geral da República, de maio de 2006, foi pela denegação da Segurança.

41. Súmula Vinculante nº 10 do STF: "VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE."

42. ALMEIDA, Vânia Hack de. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 53.

43. Cabe ressaltar que a possibilidade de os Tribunais de Contas apreciarem a constitucionalidade das leis locais dos Municípios que fiscaliza e determinar sua negativa de executoriedade não é objeto da presente pesquisa, isto é, o poder de os TCs determinarem a negativa de executoriedade de determinada previsão legal, cuja resposta pela possibilidade ou não dependerá da conclusão acerca da natureza jurídica do órgão de controle externo, não está no escopo pesquisado.

44. Atualmente, são 5.570 municípios existentes no Brasil, todos com competência legislativa própria, sendo que a imensa maioria, possui **até 20 mil** habitantes apenas. Segundo dados do IBGE (2000), **1.382** municípios brasileiros possuem até **5.000** habitantes, **1.308**, possuem entre **5.001 e 10.000**, e **1.384**, possuem entre **10.001 e 20.000**, o que totaliza **4.074** municípios brasileiros.

45. Sobre os princípios do processo administrativo, cita-se, por todos administrativistas que tratam do tema, a lição de DI PIETRO que, em sua obra **Direito Administrativo**, elenca (pp. 627-638) tais princípios e discorre sobre cada um.

46. MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**, 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

47. No ponto, ressalta-se que este, além de vários outros, é importante motivo para que a carreira de Procurador Municipal adquira *status* constitucional, assim como já ocorre com as carreiras de funções semelhantes nos outros entes federados, a fim de que todos os municípios brasileiros contem, obrigatoriamente, com servidores efetivos de carreira em seus quadros permanentes.

48. Um exemplo de apreciação de constitucionalidade por parte de Procuradoria de ente federado encontra-se no Parecer da PGE-RS n. 15.880/2012.

49. No ponto, cabe explicação, ainda que superficial, sobre o modo pelo qual se retira a lei municipal inconstitucional do mundo jurídico. Como visto, no caso da União, dos Estados da federação e do Distrito Federal, seus Chefes do Executivo são legitimados para propor ADIN, mas, nos casos dos Municípios, não há essa legitimação. Assim, na situação destes, caso a tentativa para solucionar o problema por meio da simples revogação de lei não surta efeito (isto é, caso a Câmara Municipal assim não queira proceder), bem como não seja o caso de buscar a declaração de inconstitucionalidade junto ao respectivo Tribunal de Justiça (situação possível quando a violação constatada fere a Constituição Estadual), o instrumento que poderá ser manejado pelos Municípios é a ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental).

50. OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2011. p. 741.

51. Aqui, esclarece-se que, por direito fundamental, deve-se entender todos aqueles que a Constituição assim expressamente definir, bem como aqueles que o Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva, assim reconhecer.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 65, out./dez. 2008, p. 7-21.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar.1999, p. 151-179.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 23, out./dez. 2008, p. 9-30.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Princípios e regras e a segurança jurídica**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./mar 2006, p. 189-206.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-204.

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil**: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 14, jul./set. 2006, p. 9-53.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 out. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul 57. Porto Alegre, 2003, p. 11-31.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A evolução do princípio da legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. IDAF: Revista Zênite. Curitiba, n. 25, ago. 2003, p. 14-30.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **A discricionariedade administrativa à luz da reconfiguração do**

**princípio da legalidade. Interesse Público.** Porto Alegre, n. 79, maio/jun 2013, p. 113-129.

FONTE, Felipe de Melo. **Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas.** Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, jan./mar. 2009, p. 249-267.

GIBSON, Sérgio Armanelli. **A ciência jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico-administrativo e do princípio da legalidade administrativa.** Fórum Administrativo: Direito Público. Belo Horizonte, n. 93, nov. 2008, p. 60-69.

GRAU, Eros Roberto. **Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, v. 29, n. 26/27, 1983/1984, p. 321-329.

GUERRA, Sérgio. **Crise e refundação do princípio da legalidade: a supremacia formal e axiológica da Constituição Federal de 1988. Interesse Público.** São Paulo, n. 49, mai./jun. 2008, p. 89-111.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo,** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: evolução e tendências. *In: Seminário O Supremo Tribunal Federal na história republicana.* Rio de Janeiro, nov. 2001. Anais do seminário. Brasília : AJUFE, 2002, p. 487-567.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade.** Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 5, n. 20, jul./set. 1997, p. 11-46.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NÓBREGA, Marcos. **O controle do gasto público pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica.** Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, n. 23, out/dez 2008, p. 31-41.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Livraria Almedina, 2011.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. *In: ÁVILA, Humberto (Org.). Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva.* São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. **O princípio de legalidade:** ponto e contraponto. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 242, out./dez. 2005, p. 125-132.

Recebido em: 01/07/2019

Aceito em: 31/07/2019

# O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE

*The principle of legal certainty and the tax-payer relation*

## Alexandre Prevedello

Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (2018). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004). Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## Lucca Silveira Finocchiaro

Graduado em Direito pelo Fundação Escola Superior do Ministério Público – RS (2012). Especialista em Pós-Graduação em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015). Mestre em Mestrado em Direito pelo Fundação Escola Superior do Ministério Público (RS) (2018). Juiz Leigo do Foro Regional do Partenon da Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado da Amir Sarti Advogados Associados.

## Resumo

Este ensaio investiga, mediante uma abordagem dedutiva, o princípio da segurança jurídica, que é inseparável dos ideais do Estado Democrático de Direito e se consubstancia em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Examina-se a evolução e o atual conteúdo da segurança jurídica no âmbito da relação jurídico-tributário, especialmente sob a dimensão da proteção da legítima confiança, apresentando-se, ainda, seus principais aspectos relacionados à atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

**Palavras-chave:** Segurança jurídica. Proteção à confiança. Fisco. Contribuinte. Poderes constituídos.

## Abstract

This essay investigates, through a deductive approach, the Principle of Legal Certainty, which is inseparable of the Democratic State Principles and it consubstantiates in one of the principles of the Federative Republic of Brazil. It investigates the evolution and the current content of legal certainty in the legal-tax relation, especially under the dimension of legitimate expectations. The essay also presents the main aspects of the Principle of Legal Certainty related to the performance of the Legislative, Executive and Judiciary powers.

**Keywords:** Legal Certainty. Protection of expectation. Treasure. Taxpayer. Constituted powers.

## Sumário

1. Introdução; 2. Segurança jurídica como elemento indissociável dos sistemas jurídicos (*civil e common law*) e do estado democrático brasileiro; 2.1 A evolução do princípio da segurança jurídica como proteção à confiança; 2.2 O conteúdo da "proteção da legítima confiança" na relação fisco-contribuinte; 3. Proteção da legítima confiança, os poderes constituídos e a relação fisco-contribuinte; 3.1 Principais aspectos da segurança jurídica relacionados à atuação do legislativo (parlamento); 3.2 Principais aspectos da segurança jurídica relacionados à atuação do executivo (administração pública); 3.3 Principais aspectos da segurança jurídica relacionados à atuação do judiciário; 4. Considerações finais; 5. Notas; Referências



## 1. INTRODUÇÃO

A segurança é indispensável para que as pessoas possam conduzir sua vida de forma autônoma, previamente organizada e com confiança de que o futuro não será tão diferente do presente. Sem segurança impera a desordem, o caos e as frustrações decorrentes, além de inexistir proteção ao arbítrio dos governantes ou daqueles que detém o poder.

A segurança jurídica, por sua vez, significa um mínimo de garantias concedidas aos cidadãos (e aos contribuintes) no e pelo direito. Quando da ocorrência de alterações jurídicas na lei ou na sua interpretação, a segurança jurídica impõe a não ocorrência de grandes rupturas com o direito anterior (por exemplo, a elaboração de regras de transição) para não frustrar expectativas legítimas, que podem e devem ser resguardadas pelo sistema jurídico.

Isso significa que o princípio da segurança jurídica é inseparável dos ideais do Estado Democrático de Direito e se consubstancia em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Todo ramo do direito possui normas que visam resguardar a segurança jurídica, e a adequada delimitação de sua eficácia e funcionalidade é imprescindível para que o ordenamento jurídico seja considerado estável, previsível e coerente.

Nesse contexto, o objetivo do estudo é analisar o problema da fiscalidade e da tributação à luz da existência de um direito fundamental à segurança jurídica que ampare o contribuinte contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado. Busca-se compreender a importância e as formas de manifestação da segurança jurídica – na perspectiva da proteção à confiança –, em especial na relação fisco-contribuinte no âmbito dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

O método de abordagem utilizado para a realização do trabalho é o dedutivo, porque se parte de premissas gerais para premissas particulares. A técnica de pesquisa é de revisão bibliográfica e jurisprudencial. O procedimento empregado é o monográfico.

O desenvolvimento do artigo ocorrerá em duas etapas. Primeiro, examina-se o princípio da segurança jurídica à luz da dogmática dos direitos fundamentais e sua intrínseca relação com o Estado Democrático de Direito, bem como sua evolução até a perspectiva da proteção à legítima confiança. Depois, analisam-se os principais aspectos dogmáticos e práticos da segurança jurídica relacionados à atuação do parlamento, da administração e do judiciário no âmbito da relação fisco-contribuinte.

## 2. SEGURANÇA JURÍDICA COMO ELEMENTO INDISSOCIÁVEL DOS SISTEMAS JURÍDICOS (CIVIL E COMMON LAW) E DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A finalidade do direito é a justiça, mas a formulação das normas jurídicas nem sempre tem como escopo principal concretizá-la. A posituação do direito em geral tem como objetivo garantir segurança e certeza na vida social: o direito como instrumento de segurança (SILVA, 2009, p. 15).

A justiça e a segurança são, portanto, os valores que embasam a existência do direito, havendo correspondência entre ambos (“segurança não é renúncia à justiça, mas sua pro-

moção” – ÁVILA, 2014, p. 673), pois o direito seguro (segurança do direito positivado) nem sempre será justo – como ocorre nos sistemas autoritários. Por outro lado, o direito inseguro será necessariamente injusto, porquanto não assegura ou observa o princípio da igualdade, motivo da procura pelo “direito seguro legítimo, que é aquele que vale para todos.” (SILVA, 2009, p. 15).

Isso significa que “a segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio, ou seja, um conjunto de princípios que operam para realizar um entrelaçamento de outros princípios.” (CAVALCANTE, 2009, p. 114). Para Borges (2008, p. 24), “a segurança é, então, como uma bússola a nortear a exegese constitucional e a integração da Constituição Federal pela legislação ordinária rumo à sua efetividade e concretização.”

No mesmo sentido, Sarlet (2009, p. 90) enfatiza que a segurança jurídica “passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”, sendo “simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.”

A sua importância é realçada em época de crise e/ou de mudança de paradigma cultural (CÔRTEZ, 2008, p. 26). No caso do Estado brasileiro, pode-se afirmar que atualmente se vivenciam ambas as situações. Isso porque há uma crise econômica e ética persistentes e o sistema jurídico está sendo modificado com o objetivo de aproximar o *Civil Law* brasileiro com o denominado *Common Law*.

No *Civil Law* a segurança jurídica e a igualdade eram representadas pelo produto da atuação do parlamento – pelas leis –, já que os expoentes da Revolução Francesa desconfiavam dos juizes, que em geral compactuavam com a manutenção dos privilégios da monarquia absolutista. Essa desconfiança em relação ao judiciário acarretou a ruptura do sistema jurídico,<sup>1</sup> dando origem à era das codificações excessivas e ao formalismo na interpretação judicial (o juiz apenas declara a vontade da lei ou do legislador, que representa o povo).

Logo, o legislativo era a garantia de segurança jurídica e de igualdade, na medida em que expressava a vontade do povo, o verdadeiro titular do poder de elaborar normas.<sup>2</sup> Ao juiz cabia apenas observá-la (e não a interpretar), de modo que a atividade judicial era meramente declaratória de uma solução prévia concebida pelo legislador para todos os conflitos.

Por sua vez, o *Common Law* inglês manteve a sua estrutura inicial, não obstante a Revolução Gloriosa de 1688 ter limitado os poderes do monarca inglês. Não houve a reformulação do direito, mas sim o seu desenvolvimento contínuo.<sup>3</sup> A força dos precedentes (ou das regras jurisprudenciais<sup>4</sup>) ainda é a responsável pela preservação da segurança jurídica e da igualdade.

Com efeito, o sistema do *Common Law* “não relaciona a previsibilidade com o conhecimento da lei, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário.” (MARINONI, 2016, p. 98). Nesses moldes, a finalidade do sistema de precedentes judiciais, instituído com o Novo Código de Processo Civil, é inequívoco: unir de forma efetiva a segurança jurídica e a igualdade<sup>5</sup> para fins da justiça a partir da previsibilidade das decisões judiciais.

Disso decorre que a segurança jurídica é intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Tem por objetivo, de um lado, garantir a estabilidade do ordenamento jurídico e, de outro, a proteção da legítima confiança, a previsibilidade acerca da atuação do Poder Público (CANOTILHO, 2003, p. 164).

Partindo dessa perspectiva, Estado Democrático de Direito e segurança jurídica podem ser consideradas expressões equivalentes, pois o significado da segunda denota:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. (BARROSO, 2009, p. 139-140).

Do mesmo modo, Couto e Silva (2017, p. 02) afirma que “a noção de segurança jurídica é conatural e, pois, indissociável da própria noção de direito, só existindo direito onde existe segurança jurídica.”

Tais considerações conferem à segurança jurídica o status de princípio estruturante da Constituição Federal de 1988, tanto que seu conceito representa uma multiplicidade de ideais, dimensões e aspectos a serem conjunta e equilibradamente considerados:

[...] segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. (ÁVILA, 2016, p. 286).

Os princípios são normas que têm o objetivo de ordenar a realização de algo na maior medida possível, observando-se, contudo, as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2008, p. 588). Assim, na aplicação de um princípio, deve-se tentar atingir o seu grau máximo, sem que isso afaste ou iniba de forma demasiada outro princípio de mesma hierarquia. Por outro lado, “as regras [...] são normas que pretendem produzir efeitos já definidos e delimitados em seu comando, e aplicáveis a um conjunto de situações que pode ser previamente identificado, apenas tendo em conta o dispositivo normativo.” (BARCELLOS, 2002, p. 77).

Na colisão de princípios não se afasta um dos princípios do sistema, pelo contrário, procura-se uma otimização. Os princípios são, então, comandos a serem otimizados (ALEXY, 2000, p. 300). Já o conflito de regras se define pela regra do tudo ou nada. Normalmente “um conflito de regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.” (ALEXY, 2008, p. 92). Portanto, se não há exceção na própria regra (cláusula de exceção), o conflito entre regras induz a declaração de invalidade de uma delas.

A partir desse panorama, muito do que se chama de princípio deveria ser chamado

de regra. Um exemplo está inserido na Constituição Federal, no artigo 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]”.

Há uniformidade em denominar tal norma como princípio da legalidade,<sup>6</sup> ainda que o mandamento inserido não expresse um comando a ser otimizado ou observado na maior medida possível. O “princípio” da legalidade é uma genuína regra porque a consequência jurídica da exigência de tributo sem lei já se encontra definida, ou seja, o resultado da decisão judicial não depende da ponderação entre princípios conflitantes. O legislador constituinte já fez a ponderação (atribuindo maior peso ao princípio da segurança jurídica) e o resultado é a regra que diz que é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei correspondente.

Assim, embora seja possível relacionar inúmeras concepções de segurança jurídica, não há dúvida de que ela sugere uma garantia mínima aos jurisdicionados ou uma promoção na maior medida do possível, pois se trata de um princípio fundamental do ordenamento.

## 2.1 A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO PROTEÇÃO À CONFIANÇA

A segurança jurídica é inseparável da ideia ou dos ideais do Estado Democrático de Direito e se consubstancia em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (mencionada expressamente no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da CF/88). Tem por objetivo garantir a estabilidade do ordenamento jurídico e a proteção da legítima confiança (previsibilidade da manifestação do Poder Público). Como bem sintetiza Couto e Silva:

Seja, porém, qual for o sentido que se possa dar à expressão segurança jurídica, a garantia que ela sugere é a de que, ainda que a vida seja essencialmente mutável, será sempre necessário – no que diz com a ordem jurídica ou com os direitos individuais – que tanto quanto possível, uma parte do hoje seja igual ao ontem ou uma fração do amanhã seja igual ao hoje, de tal sorte que a cadeia do tempo se constitua sempre com esse quid de permanência do velho no novo. É isto que empresa coerência, previsibilidade, calculabilidade e autoridade ao conjunto de normas jurídicas, ao mesmo tempo que infunde tranquilidade aos indivíduos, quer com relação aos compromissos e vínculos jurídicos que estabeleceram no passado e que esperam sejam mantidos, quer no tocante aos planos que elaborarão, no futuro, na condução de suas vidas. (COUTO e SILVA, 2017, p. 02).

Em razão destas circunstâncias, Bankowski (2007, p. 181) afirma que “o ponto central do Estado de Direito é que, por ser prospectivo, nos permite prever o que acontecerá e, assim, nos permite organizar nossas vidas antecipadamente.”

Partindo-se de um recorte histórico, fixando-se o olhar no período moderno, pode-se afirmar que no Estado Absolutista a segurança jurídica era uma garantia fictícia, quase inexistente. Tudo dependia da atuação do monarca, que pouca ou nenhuma limitação possuía, não sendo diferente a situação em episódios de regimes autoritários do século XX.

Nesse contexto, a segurança jurídica no tocante ao direito público (relação cidadão-poderes ou pessoas-Estado) também não existia substancialmente ou juridicamente (no sentido de ser um direito subjetivo exercitável). Concretizava-se somente nas relações entre indivíduos, isto é, exclusivamente no campo do direito privado (COUTO E SILVA, 2017, p. 02-03).

Apenas a perspectiva estática do conceito de segurança jurídica era adotada, quer dizer, as modificações no ordenamento não podiam interferir nas situações jurídicas consolidadas pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Esse regulamento consta, na Constituição de 1988, como garantia fundamental contra a atuação do Legislativo (art. 5º, XXXVI).

Portanto, foi no domínio do direito privado que o comportamento dos sujeitos de direito passou a assumir grande relevância a ponto de se institucionalizar nos ordenamentos jurídicos o instituto (princípio) da boa-fé objetiva. No sistema jurídico nacional foi positivado pela primeira vez no Código Civil de 2002 (art. 113 e 142).

A apreciação do comportamento dos sujeitos de direito com reflexos jurídicos relevantes foi se incorporando gradualmente e assumindo destaque também no âmbito do direito público, seja nas relações contratuais (contratos administrativos) firmadas pelos entes estatais, seja no tocante à sua responsabilidade extracontratual (COUTO E SILVA, 2017, p. 04).

O processo de mudança – ou de incorporação de um instituto nitidamente privado ao direito público – foi vagaroso. Iniciou-se com a excepcional possibilidade de manutenção de atos administrativos inválidos ou ilegais, em meados do século XX, na Europa. O *leading case* ocorreu na Alemanha no início da década de 1960: a uma viúva foi prometido que a mudança de domicílio de Berlim Oriental para Ocidental acarretaria o recebimento de pensão pela morte de seu marido (servidor público). Após um ano do recebimento do benefício, ele foi cancelado sob o fundamento de que havia vício de competência na concessão.

Embora o vício tenha se confirmado, o Superior Tribunal de Berlim manteve o benefício ao atribuir eficácia jurídica ao princípio constitucional da proteção da confiança. Essa tese jurídica foi aceita pelo Tribunal Federal Constitucional alemão em 1961, gerando o que foi denominado de a “marcha triunfal” de tal princípio, cuja importância foi sedimentada somente na década de 1970, gerando amplo desenvolvimento literário sobre o tema (COUTO E SILVA, 2017, p. 06).

No Brasil, somente no ano de 1999 foram editados regramentos jurídicos que enfatizaram a segurança jurídica sob o prisma da proteção da confiança no direito público: a primeira relacionada ao processo administrativo federal (art. 2º e 54 da Lei 9784/99); a segunda concernente ao controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9868/99); por fim, a lei que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 11 da Lei 9882/99).

As decisões judiciais relevantes sobre o tema foram proferidas em 2003 e 2004, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes (MC 2.900, MS 24.268 e MS 22.357), circunstância que rompeu os paradigmas estabelecidos pelas conhecidas Súmulas 473 e 346 do Supremo Tribunal Federal (COUTO e SILVA, 2017, p. 09).

## **2.2 O CONTEÚDO DA “PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA CONFIANÇA” NA RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE**

Atualmente na Alemanha, a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal, segurança jurídica é sinônimo de proteção da confiança, o mesmo ocorrendo na jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal.<sup>8</sup> É importante também registrar o fato de que a perspectiva da proteção da confiança foi adotada e delimitada no âmbito da Comunidade Europeia, a saber:

Sucesso semelhante teve o princípio da proteção à confiança no direito da Comunidade (hoje União) Europeia, cuja Corte de Justiça acolheu-o como "regra superior de Direito" e "princípio fundamental do direito comunitário", abrangendo vasta gama de situações, pertinentes (i) à invalidação de atos administrativos ilegais, (ii) à mudança de regime jurídico sem prévia adoção de medidas transitórias, (iii) à responsabilidade extracontratual do Estado, no campo do direito administrativo econômico, pela ruptura de promessas firmes e compromissos assumidos, como, por exemplo, na concessão de subvenções públicas, bem como (iv) à função pública comunitária, especialmente nos casos de anulação de atos administrativos geradores de benefícios para seus destinatários de boa-fé. (COUTO e SILVA, 2017, p. 07).

Conforme Martins-Costa<sup>9</sup> (2004, p. 112), a primeira decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes, embora em sede de tutela provisória, acarretou uma ressignificação do princípio da segurança jurídica. Houve uma renovação (ou uma transformação) do seu âmbito de normatividade. A segurança jurídica, vista como garantia de estabilidade e legalidade (perspectiva estática), passou a significar também o princípio da confiança legítima (perspectiva dinâmica).

O novo significado (ou nova atribuição de conteúdo normativo) da segurança jurídica no tocante à relação entre administração pública e seus administrados<sup>10</sup> estabelece a atuação em duas frentes: segurança jurídica como estabilidade e como expectativa legítima do cidadão em certo comportamento estatal. Não é, portanto, um fundamento "geral e abstratamente perceptível, a confiança só é avaliável na concretude das circunstâncias." (COSTA, 2004, p. 115).

Daí a razão de se afirmar que há um novo conteúdo (uma nova roupagem, um novo significado) da segurança jurídica e também do Estado de Direito, que é o *estado de confiança*. Com efeito, é absolutamente falho um ordenamento jurídico que desconsidere o fator "confiança", na medida em que é essencial à realização da justiça material (COSTA, 2004, p. 116).

Por conseguinte, na relação fisco-contribuinte, o princípio da segurança jurídica é instrumento de realização dos ideais de liberdade, igualdade e de dignidade.<sup>11</sup> Ele evidencia que a proteção da legítima confiança não se limita às mudanças legislativas, mas também às mudanças administrativas e jurisprudenciais, as quais afetam a própria noção de Estado de Direito. Essa é a perspectiva dogmática que alicerça o próximo tópico.

### **3. PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA CONFIANÇA, OS PODERES CONSTITUÍDOS E A RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE**

Todo ramo do direito possui normas que visam resguardar a segurança jurídica em sua dimensão estática e dinâmica. A adequada delimitação de sua eficácia e funcionalidade é imprescindível para que o ordenamento jurídico de um determinado Estado seja considerado estável, previsível e coerente.

A aplicação do princípio da segurança jurídica, no entanto, é realizada de modo diferenciado ou individualizado para cada ramo do direito, a depender das particularidades do objeto da relação jurídica. Além disso, é possível falar em escalonamento na sua importância

a partir dos diferentes ramos do direito. No direito tributário, a importância de sua observância é notória, pois a relação tributária, conforme Teodorovicz (2016, p. 68), evidencia o tenuous equilíbrio de forças, na medida em que ordinariamente pende “para o lado do governo (ou do monarca, ou do soberano) em detrimento do contribuinte, ou súdito ou cidadão.”

Logo, o princípio da segurança jurídica no âmbito da relação jurídico-tributária possui um atributo especial, no sentido de que as normas do Sistema Tributário Nacional têm um caráter essencialmente protetivo ao contribuinte (ou aos direitos fundamentais do contribuinte). Essas normas tributárias específicas garantem:

[...] a inteligibilidade do Direito pela determinabilidade das hipóteses de incidência (regra da legalidade e sistemas de regras de competência), a confiabilidade do Direito pela estabilidade no tempo (regra de reserva de competência para lei complementar regular prescrição e decadência), pela vigência (regra de proibição de retroatividade) e pelo procedimento (regras expressas de abertura do subsistema tributário a direitos e a garantias nele não previstos, como é o caso das proteções ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito), e a calculabilidade do Direito pela não-surpresa (regra da anterioridade). (ÁVILA, 2016, p. 687).

Quanto à atuação dos poderes, no sentido de dever de assegurá-las:

[...] pelo **Poder Legislativo**, porque o Sistema Tributário contém regras de competência a ele destinadas e princípios que delimita, formal e materialmente, o exercício do poder de tributar, assim como prevê as regras de legalidade, de anterioridade e de irretroatividade, que impõem a esse Poder o dever de criar obrigações tributárias de determinado modo e com determinada eficácia; pelo **Poder Executivo**, porque o referido Sistema contém tanto normas sobre a atuação estatal, especialmente os princípios dirigidos à Administração Pública, quanto normas que, indiretamente, vinculam a atuação administrativa ao disposto em lei, daí derivando a eficácia executiva dos regulamentos e a limitação material para a instituição de obrigações acessórias; pelo **Poder Judiciário**, considerando que o mencionado Sistema estabelece princípios processuais igualmente aplicáveis ao processo administrativo e ao processo judicial, bem como prevê garantias que poderão ser usadas preventiva ou repressivamente na defesa dos contribuintes, como é o caso do mandado de segurança em matéria tributária. (ÁVILA, 2016, p. 700).

Isso significa questionar o problema da fiscalidade e da tributação no Estado Democrático de Direito também à luz da existência de um direito fundamental à segurança jurídica que ampare o contribuinte (sujeito de direito) contra as arbitrariedades praticadas pelos Poderes constituídos.

### 3.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DA SEGURANÇA JURÍDICA RELACIONADOS À ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO (PARLAMENTO)

A CF/1988 é permeada por normas jurídicas que denotam uma clara preocupação com a proteção à segurança jurídica do contribuinte. Conforme Porto (2016, p. 148), “basta compulsar o texto constitucional para perceber que a criação de um ambiente de segurança jurídica é quase uma obstinação do constituinte.”

Em verdade, o princípio da segurança jurídica é construído sobre duas bases: primeiro, por meio da interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º); depois, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, em especial do direito adquirido do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), assim como das regras relacionadas ao direito tributário especificamente (TEODOROVICZ, 2016, p. 82).

De fato, em matéria tributária, a concretização da segurança jurídica se dá pelas normas de irretroatividade tributária (art. 150, III, a, CF), anterioridade tributária (art. 150, III, b e c CF), capacidade contributiva, vedação ao confisco (art. 150, IV, CF) e legalidade (art. 150, I, CF).

O caráter de “regra jurídica” de tais normas torna o sentido dos comandos definitivos e não suscetíveis de ponderação. Em que pese sua importância, a abordagem delas não é o escopo do estudo, com exceção da legalidade. Ela é central para o Direito Tributário, para a concretização de um sistema permeado pela segurança jurídica, em especial na acepção de proteção à confiança.

De acordo com Paulsen (2006, p. 88), a legalidade não se restringe à reserva legal, mas também à instituição dos critérios da norma tributária, como a tipicidade fechada, os critérios determinados, a necessidade de completude e a necessidade de densidade. Tampouco se restringe à exigência de que somente por lei formal é possível aumentar o tributo, pois ela incide também na definição dos sujeitos, do objeto e dos aspectos inerentes à norma matriz de Direito Tributário (aspecto material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo).

É imprescindível, assim, que o contribuinte tenha a certeza quanto à lei tributária impositiva em abstrato e à aplicação do direito. Como se vê, “a legalidade é uma manifestação da necessidade de segurança, continuidade, previsibilidade e estabilidade das normas em matéria de tributos.” (TEODOROVICZ, 2016, p. 66).

A lei que institui a norma tributária impositiva deverá conter os aspectos indispensáveis capazes de determinar o surgimento e o conteúdo da obrigação tributária, ou seja, “não há possibilidade de qualquer delegação de competência legislativa ao Executivo.” (PAULSEN, 2006, p. 89).

No tocante à proteção à mudança legislativa, Teodorovicz é preciso:

Também se pode analisar a segurança jurídica em perspectiva dinâmica e intertemporal, com vistas ao passado, no que se refere à imutabilidade (das normas jurídicas ou do direito) e à confiabilidade (estabilidade na mudança, exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis); com vistas ao futuro (previsibilidade – capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta; ou calculabilidade – elevada à capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas). (TEODOROVICZ, 2016, p. 81).

Nesse contexto, Paulsen (2006, p. 113) afirma que “a segurança jurídica, enquanto certeza do direito, implica proteção contra inovações legislativas que impliquem a alteração gravosa dos efeitos jurídicos relativos a fatos já ocorridos.” É dizer: o contribuinte não pode ser surpreendido pelo legislador, devendo ser preservada a proteção à confiança.

O contribuinte é o principal destinatário das normas jurídico-tributárias e o seu comportamento decorre não só do conhecimento das prescrições normativas como também da garantia de atuação adequada dos demais Poderes para fins de planejamento dos seus atos. Isso se aplica tanto para o contribuinte-cidadão como para o contribuinte-empresário, circunstância que repercute na forma de elaboração das normas, que devem utilizar uma linguagem capaz de ser compreendida pelo contribuinte (e não apenas por seus advogados e contadores), com divulgação adequada. Essa é mais uma das perspectivas trazidas pela



segurança jurídica.

### 3.2 PRINCIPAIS ASPECTOS DA SEGURANÇA JURÍDICA RELACIONADOS À ATUAÇÃO DO EXECUTIVO (ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA)

O Executivo tem como função principal concretizar o regramento tributário, isto é, organizar o procedimento para fins de arrecadação dos tributos instituídos pela Constituição e disciplinados em lei. Incumbe-lhe, na realização de tal atividade, observar o conteúdo da segurança jurídica em sua perspectiva estática (princípios constitucionais tributários) e dinâmica (relação com o contribuinte).

Nessa perspectiva, há um abismo entre teoria e prática: “é com indiscutível perplexidade que se observa que a relação entre Fisco e contribuinte, tal qual preconizada pela Constituição, possui um perfil, e a relação observada no cotidiano possui outro, absolutamente diverso.” (PORTO, 2016, p. 147). Isso decorre também da grande dificuldade da legislação tributária brasileira (aspecto relacionado à atuação do Parlamento).

De todo modo, é importante ressaltar os principais aspectos relacionados à segurança jurídica na administração estatal: (a) o dever de colaboração, comunicação e orientação; (b) o dever fundamental à boa administração; (c) a impossibilidade de comportamentos surpreendentes e contraditórios.

O dever de colaboração está intimamente ligado ao dever de comunicação:

O resultado é que a Administração, ao se “comunicar” melhor com os cidadãos, renova as suas estruturas tradicionais (muitas vezes paralisada pela insuficiência de informações, fechada em si mesma, trabalhando em compartimentos separados e estanques, agarrada em rotinas) e se torna mais *eficiente*. Assim, a Administração prestadora encontra sua eficácia não só nos comandos autoritários, mas, principalmente, no convencimento persuasivo dos cidadãos. (BORGES, TABORDA, 2015, p. 253).

As normas constitucionais evidenciam a existência de um modelo de conduta estatal esperado, voltado a orientar sadiamente o convívio entre a Administração e sociedade. Em outras palavras, a Administração tem o compromisso de atuar de forma proba e consentânea com a ética, sendo certo que os atos estatais geram aos cidadãos expectativas legítimas que merecem atenção e respeito do Poder Público (PORTO, 2016, p. 154-155).

Assim, a Administração Pública deve colaborar com o contribuinte, seja comunicando, seja orientando. Imperioso é desvincular-se da ideia de que o fisco está em um polo e o contribuinte em outro. É necessário superar o dogma de que os interesses são diametralmente opostos. É exatamente por isso que “para ser possível a convivência social, é preciso um mínimo de confiança e previsibilidade.” (CAVALCANTE, 2009, p. 116).

Por outro lado, “o dever de orientar o contribuinte se sobrepõe ao dever de atuar.” (BORGES, 2008, p. 21). A divergência de interpretação não pode ser considerada normal, como habitualmente ocorre. A própria dificuldade da legislação tributária e, em consequência, a existência de opiniões interpretativas diversas, revela a necessidade do dever de orientar.

Esse fato torna o dever de orientar ainda mais importante, porque sobrepõe a máxima de que o fisco busca apenas atuar para arrecadar: “o dever-poder de atuar não é, pois, absoluto e ilimitado.” (BORGES, 2008, p. 20). Isso traz repercussões inclusive na seara penal. Muitas vezes o contribuinte antes de receber a devida orientação é autuado administrativamente e indiciado penalmente.

Convém lembrar a ressalva de Couto e Silva (2017, p. 21), “segurança jurídica evidentemente não elimina a autoridade do Estado, mas a limita e torna por certo mais justas as relações que ele estabelece com os indivíduos, os quais passam a viver mais tranquilos no seu espaço de liberdade.” Portanto, se é verdade que “fisco e contribuinte estão vinculados de forma umbilical, dada a mútua dependência que notabiliza esta relação”, parece evidente que há “direito fundamental à boa administração.” (PORTO, 2016, p. 157 e 151).

Nesse contexto, outro aspecto do princípio da segurança jurídica confirma: “não são toleradas ações tomadas de surpresa contra os contribuintes, que haverão de reclamar a garantia de previsibilidade e estabilidade na atuação estatal.” (RODRIGUES, 2016, p. 61). As legítimas posições jurídico-objetivas necessitam preservação em razão de mudanças políticas ou normativas que repercutem na atuação da Administração.

Da mesma forma, a modificação do entendimento da Administração (seja qual for a razão) não pode ter efeitos retroativos (o que revela o dever de colaboração), razão pela qual vige a orientação do fato gerador (PORTO, 2016, p. 172). Há de se preservar a segurança diante da mudança.

Em resumo, não se deve surpreender o contribuinte. A Administração Pública não é inimiga do contribuinte. O ideal da boa administração compele a uma atuação pautada pela segurança jurídica, protegendo a legítima confiança a partir da própria forma de agir.

### **3.3 PRINCIPAIS ASPECTOS DA SEGURANÇA JURÍDICA RELACIONADOS À ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

No que diz respeito ao Poder Judiciário, serão destacados, dentre vários temas possíveis, a (a) mudança jurisprudencial e a (b) coisa julgada e sua relativização – (art. 525, §15, do NCPC).

No tocante ao primeiro ponto, exemplifica-se com um relato infelizmente cotidiano: determinado contribuinte, observando uma posição jurisprudencial sedimentada dos Tribunais Superiores, organiza a sua atuação futura nesse sentido. Não obstante, é alvo de atuação da administração, que mantém a sua forma de agir a despeito de o Judiciário não lhe dar razão.

A questão, então, é judicializada, e após alguns anos há uma mudança jurisprudencial. O contribuinte é obrigado a pagar quantias vultosas, além das pesadas multas ou outras sanções jurídicas, por ter observado aquilo que decidiam – pacificamente, frise-se – os Tribunais.

A estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado e sua observância pelo Executivo. Implica também continuidade e respeito às decisões judiciais,

ou melhor, aos precedentes judiciais, significando que, para fins da perspectiva estática e dinâmica da segurança jurídica, pouco adianta ter legislação estável e frenética alternância das decisões judiciais. Os tribunais devem dar sentido e estabilidade ao direito e às relações jurídicas, pois, do contrário, se transformam em mais uma das tantas fontes de incertezas e surpresas que assombram os brasileiros.

A manifestação de Ávila sobre os problemas decorrentes do desempenho judicial em relação à segurança jurídica é precisa:

Em virtude, no entanto, das causas sociais e jurídicas expostas na parte introdutória deste trabalho, também a jurisdição tem causado problemas de congruência, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos fundamentais; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico. (Ávila, 2016, p. 179).

Então, a maior problemática enfrentada pelo contribuinte no Poder Judiciário é a existência de decisões diferentes para casos idênticos, bem como a constante mudança jurisprudencial, geradora de insegurança que abala a confiança no próprio sistema judicial.

Outro ponto que merece destaque é a regulamentação, pelo novo CPC, da chamada relativização/desconsideração da coisa julgada – art. 525, §§12 a 15, com o mesmo regramento na impugnação apresentada pela Fazenda Pública – art. 535, §§ 5º a 8º.

A coisa julgada diz respeito à estabilidade das relações sociais via judiciário (pacificação social pela eliminação definitiva da controvérsia) e suscita debates que vão desde a sua definição normativa (princípio<sup>12</sup> ou regra<sup>13</sup>) até as decisões que ensejam sua intangibilidade.

Sobre este último aspecto, os §12 a 14 do art. 525<sup>14</sup> do NCPD visaram sanar algumas controvérsias que decorriam da redação constante no CPC/73 (art. 475-L, §1º, e art. 741); com tal propósito consta que a decisão do Supremo Tribunal Federal pode ter sido proferida em controle difuso ou em controle concentrado (§12), assim como deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda (§14) e é passível de modulação dos efeitos no tempo pelo próprio STF (§13), em atenção à segurança jurídica.

Reichelt (2016, p. 173-174) refere que uma abordagem sistemática permitiria a desconsideração da coisa julgada sempre que a sentença exequenda destoasse das demais espécies constantes do rol do art. 927, pois “também elas acabam por se impor de maneira vinculante.”

A viabilidade de tal proposição depende da interpretação da Súmula 343 do STF.<sup>15</sup> Se o critério for o da mera inexistência de controvérsia ao tempo da sentença exequenda (sem o concomitante emprego dos adjetivos de violação grave, aberrante e intolerável quanto à interpretação atribuída na decisão objeto de rescisão), a pacificação da jurisprudência por uma das hipóteses constantes do rol do art. 927 ensejará não só o ajuizamento como a procedência da ação rescisória fundada no art. 966, V, do CPC/15. A ação rescisória tornar-se-á em mero rito obrigatório, circunstância que reforçaria a possibilidade jurídica de se estender

o disposto no art. 525, §12, às demais hipóteses previstas no art. 927 do NCP. C.

Por outro lado, o §15 do art. 525 do CPC/2015 dispõe que, se a decisão de inconstitucionalidade ocorrer em momento posterior ao trânsito em julgado, ao vencido será possível propor ação rescisória no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>16</sup> Isso significa a inexistência de prazo, pois o termo inicial depende de um evento futuro e incerto.

A referida regra tem sofrido questionamentos quanto à sua constitucionalidade material, pois “acaba com o controle difuso de constitucionalidade dos tribunais e dos juízes”, além de “colocar a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade” e, ainda, fundar-se a ação rescisória “na retroatividade do direito superveniente”, em manifesta afronta ao art. 5º, XXXVI, da CF/88 (MARINONI, 2016, p. 275-307).

O destino da ação rescisória ajuizada com amparo no art. 966, V, também dependerá da interpretação da Súmula 343 do STF. Caso mantido o entendimento de que não há interpretação controvertida de norma constitucional<sup>17</sup> e, assim, ser cabível ação rescisória ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida anterior à orientação fixada pelo STF, o julgamento terá de ser necessariamente de procedência.

Isso implica que na relação fisco-contribuinte uma eventual decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo tributário poderá ensejar a desconsideração do título executivo formado em favor do constituinte, ainda que a sentença tenha transitado em julgado há, por exemplo, mais de uma década.

Tal formatação jurídico-processual (art. 525, §15, do NCP. C) é inconstitucional, na medida em que a não reiteração de julgados é um princípio básico da coisa julgada, regra jurídica que deriva do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, tem assento no Estado Democrático de Direito. Importante, nesse aspecto, é referir os ensinamentos de Nieva Fenoll:

O princípio básico de que parte o conceito de coisa julgada é o seguinte: os juízos só devem realizar-se uma única vez. Deste princípio se deriva que a coisa julgada consiste em uma proibição de reiteração de juízo. Esse foi o postulado da época de HAMMURABI, esse era o postulado no período romano, e esse é e seguirá sendo o postulado de que a coisa julgada partirá em todo caso. A razão disso é muito evidente e pode resumir-se deste modo: a segurança jurídica requer que sobre cada assunto somente se possa decidir uma única vez. A jurisdição existe para dar estabilidade e segurança às relações humanas conflitivas. Se hoje se determinou que existe um fato delitivo, não é aceitável que amanhã o mesmo Juiz que proferiu a sentença, ou qualquer outro juiz, diga que esse fato nunca existiu, simplesmente porque, nesse caso, os riscos de entrar em uma total corrupção e falta de seriedade que, sem dúvida, acabariam com ele [...] Por essa razão, que se constata sem dificuldade, a coisa julgada permite garantir essa necessária seriedade nas relações jurídicas, seriedade que não é senão um corolário da segurança jurídica. Assim, a coisa julgada impede que um mesmo litígio seja instaurado duas vezes, tentando-se ganhar em uma segunda oportunidade o que já foi perdido. Ou seja, a existência da coisa julgada contribui para conjurar a desfaçatez dos litigantes para com seus adversários e a própria Justiça. Se não existisse, qualquer cidadão estaria tentando o que seja declarado culpado aquele que já foi considerado inocente. Ou procurando ganhar sub-repticiamente em um segundo processo aquilo que não pôde obter no primeiro, ou também buscando recuperar o que foi perdido em um processo

anterior. E isso seria contrário à paz social. (NIEVA FENOLL, 2016, p. 135-136).

Tais reflexões demonstram como é delicado relativizar ou desconsiderar os institutos que salvaguardam a segurança jurídica. Com o pretexto de dar uma maior importância à decisão do Supremo Tribunal Federal, atinge-se o núcleo do princípio da segurança jurídica (estabilidade das relações sociais e proteção da legítima confiança).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica é um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, atuando em conjunto com o princípio da igualdade. Inexiste justiça na vida social sem a união desses dois valores fundamentais no direito institucionalizado dos sistemas jurídicos (*Common Law* e *Civil Law*). Segurança jurídica e igualdade confundem-se, portanto, com a própria noção ou conceito de direito.

O princípio da segurança jurídica, assim como o direito, encontra-se em constante evolução para fins de adaptação às mudanças sociais. Atualmente, sua atuação repercute em duas dimensões: a) segurança jurídica como estabilidade do ordenamento jurídico (dimensão estática), com resguardo das situações jurídicas consolidadas como o respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido; b) segurança jurídica como proteção à legítima confiança ou à boa-fé objetiva (dimensão dinâmica), cuja implicação principal é a previsibilidade de determinados comportamentos por parte dos sujeitos de direito, notadamente do Poder Público.

Para que o direito fundamental à segurança jurídica tenha funcionalidade prática, a adequada atribuição de sua eficácia é imprescindível para a estabilidade, previsibilidade e coerência do ordenamento jurídico. No entanto, sua repercussão não é uniforme a todos os ramos do direito, pois dependerá das particularidades do objeto da relação jurídica. No âmbito jurídico-tributário, a segurança jurídica possui grande força normativa – um atributo especial –, funcionando como um verdadeiro trunfo dos contribuintes em face dos Poderes constituídos, protegendo-os de alterações legislativas, administrativas e jurisprudenciais arbitrárias.

É, nesses moldes, tarefa do Poder Legislativo formular regras gerais que não afrontem a segurança jurídica, sendo notória a formulação de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (art. 5º, XXVI, da CF/88). Por sua vez, a concretização da segurança jurídica no tocante à matéria tributária encontra-se disciplinada principalmente no art. 150 da CF/88, com as regras concernentes à legalidade, irretroatividade e anterioridade tributárias, além da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

A legalidade tributária (art. 150, I, da CF/88) assume destaque. Além de o contribuinte não poder ser surpreendido com alterações que afetem a legítima confiança quanto a fatos já ocorridos, ele deve ter certeza (estabilidade e previsibilidade) quanto à lei tributária em abstrato e à sua aplicação concreta. Além disso, o parlamento deve utilizar linguagem que possibilite ao contribuinte (e não somente a seus advogados e contadores) compreender adequadamente as regras jurídicas, bem como divulgar adequadamente as modificações ocorridas na legislação tributária.

À Administração Pública incumbe observar os princípios que lhe são dirigidos para que a sua atuação não afronte os direitos materiais e processuais dos cidadãos. Ela tem o dever de colaborar, comunicar e orientar o contribuinte sobre as nuances do regramento tributário. Tais deveres são pressupostos ao dever de atuação tributária. Além disso, emerge o dever fundamental de se promover uma boa administração e de evitar comportamentos surpreendentes e contraditórios, sobretudo no tocante às modificações de interpretação da legislação tributária.

Também ao Judiciário incumbe observar as dimensões estática e dinâmica da segurança jurídica, com especial ênfase à previsibilidade da atuação judicial. A estabilidade que decore da segurança jurídica não diz respeito apenas à continuidade e observância do direito positivado, mas sim à continuidade e ao respeito aos precedentes judiciais. De nada adianta o sistema jurídico manter estável a legislação se há frenética alternância de decisões (ou interpretações) judiciais sobre a mesma questão. Constantes mudanças jurisprudenciais e decisões diferentes para casos idênticos abalam a confiança no Judiciário e na própria existência de um sistema judicial.

O tema da relativização da coisa julgada é extremamente delicado. Com o pretexto de se atribuir maior importância às decisões do Supremo Tribunal Federal, a disciplina constante do art. 525, §15, e do art. 535, §8, do Novo Código de Processo Civil afronta o núcleo do princípio da segurança jurídica (estabilidade das relações sociais e proteção da legítima confiança). Isso porque tais previsões afetam a finalidade da coisa julgada de pacificação social pela eliminação definitiva da controvérsia jurídica, bem como vulneram o seu próprio conceito de proibição de reiteração de julgados.

As considerações acima evidenciam que a evolução das relações sociais implica necessariamente o aperfeiçoamento constante do direito. Nessa perspectiva, a dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica incide especialmente na relação jurídico-tributária, circunstância que vem exigindo a superação de dogmas e, assim, a modificação da forma de atuar dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A mudança de compreensão da nova funcionalidade do princípio da segurança jurídica não é célere ou instantânea. Ela exige esforços constantes do parlamento, da dogmática jurídica, dos profissionais do direito e também dos agentes públicos envolvidos diretamente na relação tributária. A presente reflexão sobre alguns aspectos que envolvem a segurança jurídica na relação fisco-contribuinte demonstra que, não obstante os avanços ocorridos, há ainda muito espaço para evolução, notadamente na prática administrativa e judicial.

## 5. NOTAS

1. A Revolução Francesa destruiu todo o regime anterior, isto é, alterou toda a estrutura política e todo o sistema jurídico (CAENEGEM, 2010, p. 08-09), instituindo um novo direito a partir da supremacia do Poder Legislativo sobre os demais poderes, em especial sobre o Judiciário.

2. Habermas (1997, p. 297-354) parte do mesmo pressuposto de que o povo é a fonte de toda a legitimação do Direito e do Estado de Direito, enfatizando, no entanto, que tal fonte decorre do poder comunicativo dos cidadãos (teoria discursiva do direito), no sentido de que todos passem a ser ao mesmo tempo

autores e destinatários do próprio direito, ou seja, das normas que regulam a sua vida em sociedade. Nesse sentido, nem o Judiciário teria a capacidade de superar o poder comunicativo dos cidadãos, motivo pelo qual a interpretação da Constituição não é monopólio dos tribunais.

3. Caenegem (2010, p. 06) aponta como uma característica distintiva do sistema jurídico inglês frente aos demais sistemas europeus (especialmente o francês e o alemão) a inexistência de grandes rupturas, como a ocorrida na França ao tempo da Revolução, motivo pelo qual o presente nunca se encontra totalmente isolado do passado.

4. Bustamante (2012, p. 479-484) afirma que os precedentes geram regras jurisprudenciais como obrigações *prima facie*.

5. "O valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes das Cortes Supremas não é a unidade do direito, antigo mito através do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juizes ao 'direito' delineado pela Corte, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças." (MARINONI, 2016, p. 280).

6. Nesse sentido: "a instituição dos emolumentos cartorários pelo Tribunal de Justiça afronta o princípio da reserva legal. Somente a lei pode criar, majorar ou reduzir os valores das taxas judiciárias." (ADI 1.709, rel. min. Maurício Corrêa, julgado em 10-2-2000).

7. Segundo o art. 27 da Lei 9868/99, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Por outro lado, o art. 23 explicita que "efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade". Aqui há uma incongruência. Se seis ministros podem o "mais" (declarar a inconstitucionalidade da lei), por que são necessários dois terços (oito ministros) para fazerem o "menos" (modular efeitos)? A modulação de efeitos é tão somente uma concretização do princípio da segurança jurídica. Se na maior parte das vezes a Lei não retroage, por que a decisão judicial tem o efeito *ex tunc* como regra?

8. Nesse sentido o MS 27006 AgR (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016), que estabeleceu a boa-fé e a proteção da confiança como projeções específicas do postulado da segurança jurídica.

9. Pesquisa realizada pela jurista (COSTA, 2004, p. 113) revela que segurança jurídica, para o STF, até agosto de 2003, denotava os "seguintes focos de significação: a) a segurança jurídica está no fundamento do instituto da decadência; b) a segurança jurídica fundamenta o instituto da prescrição; c) a segurança jurídica fundamenta o instituto da preclusão; d) a segurança jurídica fundamenta a intangibilidade da coisa julgada; e) a segurança jurídica é o valor que sustenta a figura dos direitos adquiridos; f) a segurança jurídica é o valor que sustenta o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito; g) a segurança jurídica está na base da inalterabilidade, por ato unilateral da Administração, de certas situações jurídicas subjetivas previamente definidas em ato administrativo; h) a segurança jurídica está na *ratio* da adstrição às formas processuais; i) a segurança jurídica está na *ratio* do princípio da irretroatividade da lei, quando gravosa ao *status libertatis* das pessoas ou afrontosa às situações mais favoráveis, consolidadas pelo tempo ou resguardadas pela lei; [...]; j) a segurança jurídica não impede que lei nova ou ato administrativo dê conformação a situações jurídicas, desde que resguardado o princípio da legalidade, pois não limita de modo absoluto o poder de conformação do legislador".

10. Fruto da obra de Almiro do Couto e Silva, conforme Judith Martins Costa (2004, p. 114).

11. Segundo Ávila (2016, p. 688-689): “[...] *de liberdade*, porque quanto maior for o acesso material e intelectual do cidadão-contribuinte relativamente às normas a que deve obedecer, e quanto maior for a sua estabilidade, tanto maiores serão as suas condições de conceber o seu presente e de planejar o seu futuro; *de igualdade*, porque quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente elas forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico do cidadão-contribuinte; de *dignidade*, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, e mais justificadamente elas forem aplicadas, com tanto mais intensidade se estará tratando o cidadão-contribuinte como um ser capaz de se autodefinir autonomamente, quer pelo respeito presente da sua autonomia exercida no passado, quer pela consideração futura da sua autonomia praticada no presente. No âmbito do Direito Tributário, tal compreensão evidencia a segurança jurídica como instrumento imprescindível de realização dos princípios de liberdade, especialmente de liberdade de exercício de atividade econômica, assim como de igualdade e de dignidade humana. O princípio da segurança jurídica é, desse modo, o princípio da respeitabilidade do contribuinte como cidadão.”

12. Tratando a coisa julgada como princípio e, assim, passível de ponderação em caso de conflito com outros princípios constitucionais (ROCHA, 2009, p. 166-191).

13. Tratando a coisa julgada como regra decorrente do princípio da segurança jurídica e, assim, não sendo objeto de ponderação horizontal (ÁVILA, 2016, p. 709-710).

14. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade dos §§12 e 14 do art. 525 do CPC/2015, sustentando o Relator, Min. Teori Zavascki, que a regra faz um adequado balanceamento da tensão existente entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição (ADI 2.418–DF, julgada em 04/05/2016).

15. “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

16. Alguns processualistas já sugeriam regramento semelhante: “como já dissemos antes, também no caso de rescisória com o objetivo de desconstituir a coisa julgada que se forma sobre sentença proferida com base em lei posteriormente tida como inconstitucional em ação declaratória de inconstitucionalidade, o prazo só pode começar a contar a partir do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade.” (ALVIM, MEDINA, 2003, p. 208).

17. A Súmula 343 do STF foi criada em 13/12/1963 e decorria, em síntese, de dois argumentos jurídicos: a) sistema jurídico poderia conviver com duas ou mais linhas de interpretação, desde que não houvesse um entendimento aberrante; b) necessidade de estabilização das decisões judiciais, sob pena da ação rescisória tornar-se mais um recurso. Nos últimos anos o STF deixou de adotá-la quando houvesse violação de norma constitucional, admitindo, portanto, a ação rescisória (nesse sentido o AR 1478, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado pelo Tribunal Pleno, em 17/11/2011, DJe 31/01/2012), ante a força normativa da Constituição e a necessidade de máxima efetividade de suas normas, e porque o ajuizamento da ação rescisória seria uma oportunidade para o STF exercer seu papel de guardião da Constituição, unificando os entendimentos e preservando o princípio da isonomia. Entretanto, no julgamento do RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, em 22/10/2014, houve modificação de tal posicionamento para adoção do verbete n. 343 da Súmula, inclusive quando a controvérsia de entendimento se basear na aplicação de norma constitucional. No mesmo sentido o julgamento do AR 1415, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 28/08/2015.

## REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*. v. 13, n. 3, September 2000.

ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.



ALVIM, Teresa Celina Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**. Tradução Arthur Maria Ferreira Neto, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Lucas Bortolozzo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. *In*: Rocha, Carmen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e amp. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BORGES, José Souto Maior. Segurança jurídica: sobre a distinção entre as competências fiscais para orientar e atuar o contribuinte. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 100, p. 19-26, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: Um modelo funcional para a argumentação jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 54, p. 76-107, jan/mar, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução Luis Carlos Borges. Revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. A segurança jurídica em matéria tributária e sua interface com o princípio da proteção à confiança. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 113-119, jul./set. 2009.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**; prefácio Luis Rodrigues Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. A re significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: A segurança como crédito de confiança. **Revista do CEJ**: Centro de Estudos Judiciários Brasília, conselho de justiça federal, v. 27, p. 110-120, out/dez, 2004.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. *In*: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/>

princípio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro. Acesso em: 05 nov. 2018.

DIDIER JR, Fredie, **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista de processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, (jan. 2016) p. 275-307.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman).

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

PORTO, Éderson Garin. O dever de colaboração como vedação a operações-surpresa e comportamentos contraditórios da administração tributária. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 18, n. 98, p. 147-179, jul./ago. 2016.

REICHELTL, Luis Alberto. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada no novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 41, n. 255, p. 167-180, maio 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e amp. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Segurança jurídica em matéria tributária. **Revista Fórum de Direito Tributário**: RFDT, Belo Horizonte, v. 14, n. 83, p. 59-78, set./out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso no Direito Constitucional Brasileiro. *In*: Rocha, Carmen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e amp. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. *In*: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e amp. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TABORDA, Maren Guimarães. Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública: exposição de motivos ao Projeto de Lei de processo administrativo no município de Porto Alegre. *In*: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LEAL, Rogério Gesta (Org.) **Bens Jurídicos Indisponíveis e**

**Direitos Transindividuais.** *E-book*. Porto Alegre: FMP, 2015.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação dos efeitos em decisões de inconstitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 24, n. 131, p. 65-125, nov./dez. 2016.

Recebido em: 13/03/2019

Aceito em: 05/06/2019