

Revista de Direito UPIS

2013 v. 11

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Anna Chrystina Porto

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Esdras Dantas de Souza

Esdras Neves de Almeida

Ives Gandra da Silva Martins

Ivo Montenegro

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Pietro Lemos Costa



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Ensino

Diretora de Avaliação

Diretor de Pós-Graduação

Vicente Nogueira Filho

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ruy Montenegro

Benito Nino Bisio

Andreza Rodrigues Filizzola Bentes

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) –
Brasília, DF/ UPIS, 2013.

v. 11.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito – Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Ruy Davi de Góis

Revisão Final

Ruy Davi de Góis

Geraldo Ananias Pinheiro

Magda Montenegro

Tradutor

Pietro Lemos Costa

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 7** Sobre o Ontem, o Hoje e o Amanhã e a busca da Felicidade
Carlos Aureliano Motta de Souza
- 11** Direito de privacidade e informações disponíveis
Ives Gandra da Silva Martins
- 21** Controle externo e melhoria da Governança Pública: desafios e ações
João Augusto Ribeiro Nardes
- 37** Da função econômica do Direito Civil
Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz
- 61** A Constituição e as Contas do Governo
Ivo Montenegro
- 65** Lançamento tributário e processo administrativo fiscal
Juliana Zappalá Porcaro Bisol
- 87** Compensação Ambiental e a Logística Reversa
Carlyne Nóbrega Martins e Beatriz Emília Bartoly (Orientadora)
- 107** A aplicação da regra constitucional da irretroatividade aos direitos *anti-dumping* no Brasil
Onízia de Miranda Aguiar Pignataro
- 139** Tópicos relevantes às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade, segundo a jurisprudência do TSE
Edson José Travassos Vidigal
- 155** Normas para colaboradores

SUMMARY

- 5** **Presentation**
- 7** **About the Yesterday, Today and Tomorrow and the pursuit of Happiness**
Carlos Aureliano Motta de Souza
- 11** **Right of privacy and information available**
Ives Gandra da Silva Martins
- 21** **External control and improvement of public governance: challenges and actions**
João Augusto Ribeiro Nardes
- 37** **The economic function of Civil law**
Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz
- 61** **The Constitution and the Government accounts**
Ivo Montenegro
- 65** **Tax and Administrative Tax Process launch**
Juliana Zappalá Porcaro Bisol
- 87** **Logistics: some ways to minimize the impact on the environment**
Carlyne Nóbrega Martins e Beatriz Emília Bartoly (Orientadora)
- 107** **The application of the constitutional rule of non-retroactivity antidumping rights in Brazil**
Onízia de Miranda Aguiar Pignataro
- 139** **Relevant topics to the eligibility conditions and the causes of ineligibility, according to the case-law of the TSE**
Edson José Travassos Vidigal
- 155** **Norms for contributors**

APRESENTAÇÃO

O Editor abre a revista com sucinta abordagem sobre o *tempo* e a busca da *felicidade* como metas pessoais que contribuem para o enfrentamento das vicissitudes cotidianas.

O celebrado e emérito jurista Ives Gandra da Silva Martins, com supedâneo nos ditames constitucionais e na orientação jurisprudencial do STJ, TCU e TSE, questiona a viabilidade dos órgãos públicos outorgarem informações a entidades que, malgrado privadas, têm caráter público, especificamente no que tange às instituições de proteção ao crédito.

“Os governos nobilitam-se, Marechal, obedecendo à soberania suprema da lei, e só dentro dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes” teria dito Serzedello Corrêa, um dos fundadores do TCU, ao Marechal Floriano Peixoto, quando este tentou maquiagem as contas do seu governo (VEJA, Ed. 2370, de 23/04/2014, p. 14). Desde os primórdios da República, até os dias de hoje, as tentativas de esconder gastos excessivos – sem falar nos malfeitos – ainda são práticas de improbidade que chegam ao TCU em abundância. José Augusto Ribeiro Nardes, o atual Presidente da Corte de Contas, preocupado com a ética e a qualidade nos gastos públicos, apresenta artigo bem estruturado, no qual aponta o empenho com que tem tentado imprimir mudanças de comportamento dos gestores de dinheiros públicos, no sentido de aperfeiçoamento das práticas administrativas, especialmente focadas na transparência e na melhoria da governança em todos os seus aspectos.

Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz (Ms) traz à baila uma relevante discussão em seu texto “A função econômica do direito civil”. Nesse sentido, alerta que a moldura teórica e teleológica dos institutos do direito civil é influenciada também pelo quadro referencial da ciência econômica.

De forma didática e exemplificativa, o Auditor Federal de Controle Externo do TCU Ivo Montenegro aborda, em artigo de grande interesse para o sistema de *accountability*, as principais questões que envolvem a apreciação das “Contas do Governo”, com fulcro numa atenta exegese da Carta Maior, o seu conceito, a quem se destina a tarefa de prestá-las, o seu escopo e as funções de prover informação e controle para o gestor público.

Tendo em conta o viés interdisciplinar que norteia esta Revista, prestigia-se também o ramo jurídico-tributário, mediante artigo da autoria da Prof^a Juliana Zappalá Porcaro Bisol (Ms), que, com muita argúcia e didática, intenta aclarar as celeumas doutrinárias no tocante ao instituto do lançamento tributário.

A linha de pesquisa jurídica sempre foi preocupação da Revista de Direito. A Prof^a Beatriz Bartolly (PhD) desenvolve linhas de pesquisas com discentes e assina com a aluna Carlyne Martins um artigo que contempla forte preocupação ambiental. Ao abordar as figuras da Compensação Ambiental e da Logística Reversa, como meios de contrabalançar os prejuízos provocados pelo homem na natureza, o estudo coloca ênfase no desenvolvimento inevitavelmente aliado à sustentabilidade, como forma de melhoria da qualidade de vida e garantia das gerações futuras.

A despeito das inúmeras discussões sobre o instituto do *dumping*, é grande a controvérsia gerada, na doutrina e na jurisprudência, em relação à eficácia do princípio da irretroatividade tributária aplicada aos direitos *antidumping*. Artigo da Prof^a Onízia Pignataro parte do pressuposto de que o princípio da irretroatividade é garantia constitucional dada ao contribuinte em razão da segurança jurídica estabelecida pela própria Constituição Federal, que tem por finalidade garantir estabilidade aos efeitos jurídicos da aplicação da legislação tributária. Dessa forma, a autora entende que o princípio da irretroatividade deve servir como norte, tanto para a atuação do legislador quanto para o aplicador da lei, inclusive em relação aos direitos *antidumping* no Brasil.

Na seara do Direito Eleitoral, depara-se com brilhante reflexão do Prof. Edson José Travassos Vidigal, no texto “Tópicos relevantes às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade, segundo a jurisprudência do TSE”. Em síntese, o jurista pontua a imprescindibilidade de um bom conhecimento e exegese da jurisprudência da Corte Eleitoral sobre os tópicos mencionados, em vista do deficitário arcabouço legal.

O Editor

Hoje representa o momento de construção de retalhos de nossas vidas. São três os campos de fenômenos que atuam nessa construção: o campo fenomênico pessoal, representado pelos genes, a inevitável herança genética que recebemos pelo sangue; o campo fenomênico ambiental, que resulta dos usos, costumes, educação em casa e na escola e virtudes que cultivamos, ou não, em razão do que aprendemos no vivenciar continuado entre grupos de convivência; e o campo fenomênico circunstancial, cujos significados mais comumente inteligíveis são percebidos pelas palavras “acaso, destino, sorte, azar, fatalidade” etc. É o “maktub” da cultura árabe, que pode ser traduzido por “estava escrito”.

O campo fenomênico pessoal influencia aspectos físicos imutáveis da pessoa, como cor, estatura, saúde e em aspectos intrínsecos como a índole, que podem ser alterados pela influência – para o bem ou para o mal – pelos outros campos de fenômenos.

O campo fenomênico ambiental ajuda na moldagem do caráter e dos aspectos ligados à ética e à moral, igualmente para melhorar ou piorar esses atributos de comportamento.

Finalmente, o campo fenomênico circunstancial pode ser representado por um ou mais fatores que contribuem de forma positiva – e então possibilitam a otimização de comportamentos aprovados pelo grupo social a que pertence o indivíduo – ou de forma negativa, quando tais comportamentos são categorizados como reprováveis.

Entretanto, deve ficar entendido que esses fenômenos, que contribuem para moldar a personalidade de um indivíduo não atuam de forma linear, podendo uma índole boa continuar boa, mesmo crescendo em ambiente extremamente hostil ou sendo devastada por acontecimentos francamente desfavoráveis – morte dos pais, perda de fortuna, doenças incuráveis. A despeito de todo o conjunto de fatores contribuintes negativos, a pessoa continua perseverando com sua índole boa e com o seu coração aberto para a caridade.

Recentemente, o filme “12 anos de escravidão”, baseado na história real da vida de Solomon Northup, um escravo liberto que é feito prisioneiro em Nova Iorque e levado como escravo para o sul dos EEUU, mostra que, apesar de todas as vicissitudes experimentadas nesses doze anos, Solomon Northup conseguiu manter a sua honra e dignidade e continuar sendo um homem bom, apesar dos sofrimentos.

mentos físicos e morais a que foi submetido. O contrário também pode acontecer: uma pessoa boa e generosa, ao primeiro revés tornar-se intolerante, má e vingativa, jamais voltando ao seu comportamento anterior.

No **hoje**, construímos nossas vidas, fortemente influenciados pelos três campos de fenômenos citados e pautados pelo livre arbítrio, dom recebido de Deus e que só ao animal homem é facultado. Temos 24 horas para essa construção e o tempo, no intervalo do **hoje**, é um bem precíval, como a fruta que apodrece ou o sal que se dissolve na água. Esgotado esse tempo, o que fizemos ou deixamos de fazer pertence ao **ontem**, medida imutável de nossas vidas, representando tudo o que construímos ou deixamos de construir. A soma dos **ontens** vai montando o mosaico da nossa vida e a sucessão dos **hojes**, torna cada vez mais difícil mudanças radicais nesse mosaico. Elas poderão acontecer, por exemplo, pela ocorrência de um fenômeno circunstancial que dá uma guinada no nosso existir – para melhor ou para pior – sem a possibilidade de nossa recusa, mas não terão o condão de alterar o *mosaico* que já foi construído.

Na construção, **hoje**, do **amanhã** de cada um, a preocupação maior deve ser a busca da felicidade. Ser feliz é mais importante do que ser rico, do que ter saúde, do que, até mesmo, ser importante. Luiz Alberto Py recorda a figura de uma personagem de contos do século passado, Poliana, para quem, a despeito de qualquer coisa de ruim que lhe acontecesse, ela sempre permanecia alegre, pois considerava uma “sorte” não ter sido pior. Na criação imaginária do “jogo do contente”, Poliana, qualquer que fosse o episódio desfavorável – doença, acidente, infortúnio –, ela se considerava uma pessoa feliz, *pois o evento não foi tão grave como poderia ter sido*. Não se pretende estimular a adoção do jogo do contente, mas o de um comportamento capaz de nos manter permanentemente atilados para a busca da felicidade, pois é nela e com ela que reside a moldagem de um **amanhã** venturoso e verdadeiramente rico.

Uma forma excepcional de ser feliz é quando se adquire a sensação do *dever cumprido*. Cada um de nós tem uma particular *missão a cumprir*, seja ela qual for: constituir uma família, criar bons filhos, construir uma nação. O que importa é que cada um cumpra bem a sua missão e, para tanto, é preciso que se esteja disponível para ela e estar disponível significa não existir contingências, seja de tempo, modo ou lugar. E estar disponível para uma missão nos traz tanta felicidade quanto o sentimento de realizá-la, pois o *dever-ser* é o pórtico do *ser* e só ultrapassando esse limite é que se pode cumprir uma missão.

Outra forma para aquisição da felicidade pessoal é cada um saber encontrar o equilíbrio dos fenômenos que nos envolvem no transcorrer dos nossos hojes. A vida de cada um de nós tem dois aspectos que se entrelaçam: o material e o espiri-

tual. Ao descobrir o equilíbrio desses dois aspectos, é que encontramos a verdadeira felicidade. Quando se permanece confinado no aspecto material, sem ousadia para transpô-lo, a vida fica limitada pelas possibilidades materiais e a pessoa se estiola porque o seu mundo fica diminuído pelo alcance de sua visão material. Mas, quando a pessoa se eleva nas alturas do espiritual, ela passa a compreender toda a grandeza de sua existência e se afirma e se realiza ao perceber que ser verdadeiramente feliz é saber renunciar, é saber doar, é saber obedecer.

Renunciar pelos seus princípios, doar pelo próximo, obedecer pela sua consciência. A partir de então, a pessoa passa a entender todo o sentido de felicidade e tem muito para dar: sua vida, seus sonhos, suas preocupações. E porque tem tanto para dar é muito rico, muito mais rico do que os que só podem oferecer moedas, muito mais rico do que tantos ricos que são tão pobres.

E é por isso que é tão feliz.

Finalmente, o **amanhã**. O **amanhã** representa o tempo que nos resta – já que a nossa partida dessa nave ninguém conhece – para alteração de rumos, mas não do *mosaico*. Esse poderá ser melhorado, repintado, repaginado, *mas nunca reconstruído*. Usando o nosso *livre arbítrio*, podemos tentar melhorar a pintura, mas jamais apagá-la ou alterá-la.

E quando falamos em “melhorar”, rapidamente nos vem à mente a acumulação de riquezas, como se esse aspecto fosse o mais importante em nossas vidas, quando na verdade deveria ser um dos últimos quesitos numa lista de prioridade. Poderíamos, sim, desejar ganhar na loteria, não para enriquecer no sentido material, mas para realizar projetos que nos enriqueçam como pessoas: ajudar crianças pobres, enfermos desprovidos de esperança, velhos abandonados pelos filhos. Quantas dores, quantos sofrimentos poderiam ser diminuídos e, como no jogo da Poliana, veríamos os sorrisos dessa gente refletindo pequenos bocados de felicidade que invadiriam nossos corações.

Ao contrário de pensar em bens materiais, deveríamos, cada qual na sua trincheira, batalhar para aperfeiçoar sua visão de vida: o professor *melhorando suas aulas*, o aluno *se dedicando ao estudo*, o político *pensando no bem do país e do seu povo*, todos juntos *trabalhando para construir a grandeza de uma nação*. E, nessas tarefas, quando o **amanhã** se tornar o **ontem**, teremos orgulho de sermos reconhecidos como um bom professor, um aluno estudioso, um político operoso, uma geração que contribuiu efetivamente para o avultar da grandeza nacional que, como ensinou Rui, *não se pode compor da miséria de todos*.

Colocada a felicidade como meta pessoal e de toda a nação e ainda por estarmos vivendo os primórdios de um ano que se inicia – mas rapidamente se

esvai – quem melhor pode traduzir esse sentimento de conquista da felicidade geral é o mestre Carlos Drummond de Andrade:

O TEMPO

**Quem teve a ideia de cortar o tempo em fatias,
a que se deu o nome de ano,
foi um indivíduo genial.
Industrializou a esperança
fazendo-a funcionar no limite da exaustão.**

**Doze meses dão para qualquer ser humano
se cansar e entregar os pontos.
Aí entra o milagre da renovação e tudo começa outra vez
com outro número e outra vontade de acreditar
que daqui para adiante vai ser diferente...**

**... Para você,
Desejo o sonho realizado.
O amor esperado.
A esperança renovada.**

**Para você,
Desejo todas as cores desta vida.
Todas as alegrias que puder sorrir.
Todas as músicas que puder emocionar.
Para você neste novo ano,
Desejo que os amigos sejam mais cúmplices,
Que sua família esteja mais unida,
Que sua vida seja mais bem vivida.
Gostaria de lhe desejar tantas coisas.
Mas nada seria suficiente...**

**Então, desejo apenas que você tenha muitos desejos.
Desejos grandes e que eles possam te mover a cada minuto,
ao rumo da sua FELICIDADE!!!**

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG, e da Magistratura do TRF/1ª Região. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito da UPIS.

Direito de privacidade e informações disponíveis

Recentemente, colocou-se questão se os órgãos públicos, que disponibilizam informações a pessoas, poderiam ou não fornecê-las a entidades que, embora privadas, têm caráter público. A questão que se colocava é se feriria tal cessão de dados a privacidade de brasileiros e residentes.

Examinarei neste estudo a polêmica, à luz do artigo 5º inciso XXXIII da Constituição Federal que, na minha interpretação, define, de forma clara e linear, os limites do direito à privacidade e aquele do interesse coletivo ou geral da sociedade em conhecer dados e informações para sua proteção. Não se pode interpretar o artigo 5º incisos X, XI e XII desconectados do inciso XXXIII.

Estão os quatro dispositivos assim redigidos:

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

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;...”.

O primeiro deles, nitidamente, assegura a inviolabilidade das pessoas na

- a) intimidade;
- b) vida privada;
- c) honra;
- d) imagem.

Intimidade e vida privada representam, de rigor, um pleonasmo enfático do constituinte, pois a vida privada diz respeito à intimidade do cidadão, valendo a repetição da lei maior como forma de assegurar que, em seus atos da vida corrente, tenha ele a certeza de que outros não o perturbarão, por variados motivos, inclusive mera curiosidade.

Já a honra e a imagem, que também se assemelham em seu conteúdo ôntico, merecem a proteção da disposição suprema para que não sejam desfiguradas, razão pela qual considerou, o constituinte, que a violação de tal direito (vida privada/intimidade e honra/imagem) poderá ensejar direito a indenização moral ou material.

O inciso XI, entretanto, abre campo para que o direito assegurado no comando anterior possa ser afastado, por força de interesse coletivo ou geral, pois em caso de

- a) de flagrante delito,
- b) desastre,
- c) prestação de socorro,
- d) determinação judicial,

pode a casa, que é o centro do exercício do direito à privacidade e, portanto, inviolável, ser invadida.

Prevalece, neste particular, o interesse coletivo ou geral a que faz menção, em outra dimensão, o inciso XXXIII retrocitado.

Atuar, em ocorrência delituosa ou não, para proteger pessoas ou enfrentar criminosos a bem da justiça, evitar um desastre ou atender suas vítimas, prestar socorro a quem dele necessite ou por cumprimento de decisão judicial para as finalidades nela determinadas, que são aspectos inerentes a direitos individuais indisponíveis, a interesse coletivo ou geral, afasta o direito à privacidade que, portanto, não é absoluto.

Por fim, o inciso XII garante o sigilo de dados, pela Constituição só possível de ser quebrado, nas comunicações telefônicas, por determinação judicial, mas também em outras hipóteses, como é admitido pela jurisprudência, no concernente a qualquer tipo de dados, sempre na linha de que a sua quebra deva atender a interesse geral e coletivo.

Por fim, o inciso XXXIII, que me interessa analisar neste estudo, completa o tratamento constitucional sobre o direito à privacidade, dando à sociedade em geral o direito de receber informações dos órgãos públicos:

- a) de seu interesse particular;
- b) de interesse geral ou coletivo.

A única ressalva diz respeito às informações que possam por em risco a segurança da sociedade e do Estado, conforme realcei em artigo para o *Jornal do Advogado* – OAB São Paulo, julho de 2013, p. 13, ao comentar a Lei 12.527/11:

“a própria lei estabelece, em inúmeros dispositivos, que não há irrestrito direito à informação, o que se compreende, perfeitamente, visto que, quando a segurança do Estado e da sociedade está em jogo, o mesmo ocorrendo com a própria segurança do indivíduo, o sigilo é fundamental. Como professor da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, há 23 anos, já participei de banca de mestrado, em cursos militares, tendo por tema o serviço de inteligência no Brasil e no mundo, em que a banca decidiu divulgar o teor da dissertação, aprovada com louvor, apenas no âmbito da própria escola”.

À evidência, se não estiver em questão a segurança da sociedade e for coletivo ou geral o interesse de que os dados sejam conhecidos, podem ser disponibilizados pelos órgãos públicos.

Em resumo, o direito à privacidade não é absoluto e a Constituição brasileira abre espaço para que seja relativizado, a meu ver, sendo essa relativização um “poder-dever” do Estado e de seus governos, sempre que o interesse coletivo ou geral esteja em jogo.

Num mundo cuja complexidade da existência aumenta diariamente e cujos meios de comunicação eletrônica trouxeram o rompimento de todos os padrões clássicos de convivência – tanto que a denominada “amizade”, via internet, é hoje de maior constância que a presencial –, todas as relações na sociedade foram consideravelmente alteradas, exigindo uma permanente atualização dos costumes e do ordenamento jurídico para discipliná-las.

A era digital gerou o que mostro em meu livro “A era das contradições” (Ed. Futura no Brasil e Universitária Editora em Portugal), um conflito permanente entre os avanços tecnológicos e os retrocessos na segurança, de tal maneira que a

Informática, de um lado, aproximou o mundo, mas de outro, tornou-o consideravelmente mais inseguro pelas violações de direitos, pelas fraudes, pelos crimes cibernéticos e por toda a série de criações dos “hackers”, voltados para a marginalidade.

Com todos os avanços tecnológicos, o mundo hoje é muito mais inseguro do que o era no passado.

Exatamente, objetivando dar segurança maior à sociedade, em suas relações privadas e comerciais, é que foram criadas as instituições de proteção ao crédito, sendo instituições privadas, mas de caráter público.

Não são, como disse a eminente Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática para anular acordo do TSE com uma dessas entidades: “entidade privada com finalidades privadas”. Suas finalidades são, claramente, de interesse público.

Assim é que, lastreada sua criação, está no artigo 43, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, cuja dicção é a seguinte:

O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas Fontes.

.....

§ 4.º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

Nelson Nery Jr. e Tércio Sampaio Ferraz Jr., em parecer a que tive acesso, sobre esse dispositivo assim se manifestaram:

O objetivo da disciplina referente a cadastro de dados contida no CDC 43 é fazer com que haja transparência na relação entre o consumidor e o fornecedor e também com que haja uma lisura no armazenamento dessas informações, ou seja, que este não se preste a vedar o acesso do consumidor ao mercado por informações incorretas ou imprecisas a respeito de seu perfil ou potencialidade de solver as obrigações contraídas. Não se trata, neste dispositivo, de repetir a regra sobre o sigilo dos dados, constitucionalmente já assegurada, mas de disciplinar o *modus operandi* da obtenção, alteração, fornecimento e armazenamento das informações.

O interesse, portanto, da coletividade em permitir a lisura nas relações de consumo entre fornecedores e consumidores, num mundo em que a informática

tornou mais frágil a segurança jurídica, é que torna as instituições de proteção ao crédito de interesse geral e coletivo, sendo como o próprio dispositivo define

“serviços de proteção ao crédito”.

Tal perfil da Instituição é que levou o Tribunal de Contas da União, nos autos do processo nº 001 212/2002/3, publicado no Diário Oficial de 16/7/2002, a declarar, na parte que interessa a este estudo:

Ementa:

Denúncia referente a convênio celebrado entre a Secretaria da Receita Federal e a Febraban para o fornecimento de dados cadastrais de pessoas físicas e jurídicas constantes do banco de dados do órgão federal. Fornecimento de informações referentes à identificação dos contribuintes. Não incidência da proteção do sigilo fiscal.

devendo-se realçar, no voto do relator, o ilustre Ministro Walton Rodrigues, a sua conclusão:

Da mesma forma, parece ser o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, ao julgar o RESP 83824/BA (Relator Min. Eduardo Ribeiro), entendeu não estar a informação relativa ao endereço protegida por sigilo fiscal conforme se verifica na ementa a seguir reproduzida:

Imposto de renda, Informações, Requisição. Os elementos constantes das declarações de bens revestem-se de caráter sigiloso que não deve ser afastado se não em situações especiais em que se patenteie relevante interesse da administração da Justiça. Tal não se configura quando se trate apenas de localizar bens para serem penhorados, o que é rotineiro na prática forense. Injustificável, entretanto, negar-se o pedido na parte em que pretende obter dados pertinentes ao endereço do executado. Em relação a isso não há motivo para sigilo.

Dessa forma, não há como antever o objeto do convênio firmado entre a SRF e a Febraban, especificamente na natureza dos dados a serem fornecidos de uma parte a outra. Violação de garantias constitucionais à intimidade ou à vida privada.

Diante do exposto VOTO para que o Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que ora submeto a apreciação deste Plenário. Sala das Sessões, em 26 de junho de 2002.

Walton Alencar Rodrigues – Ministro – Relator.

Assim é que a antiga corregedora do TSE, eminente Ministra Nancy Andrighi, no convênio então firmado com uma instituição de proteção ao crédito determinou:

Justifica o pedido ressaltando a importância da relação de parceria no combate a fraude e proteção do mercado de crédito brasileiro.

A disciplina legal que envolve o acesso às informações constantes do cadastro eleitoral está definida no art. 9º, I, da Lei nº 7.444; de 20/12/85, que assim dispõe:

Art. 9º O Tribunal Superior Eleitoral baixará as instruções necessárias à execução desta Lei, especialmente, para definir:

I – a administração e a utilização dos cadastros eleitorais em computador, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral.

Essa Corte Superior, por seu turno, ao regulamentar o supracitado dispositivo legal, estabeleceu, no art. 29 da Res. –TSE nº 21.538/2003, verbis:

Art. 29. As informações constantes do cadastro eleitoral serão acessíveis às instituições públicas e privadas e às pessoas físicas, nos termos desta resolução (Lei nº 7.444/85, art. 90, 1).

§ 1º. Em resguardo da privacidade do cidadão, não se fornecerão informações de caráter personalizado constantes do cadastro eleitoral.

§ 2º. Consideram-se, para os efeitos deste artigo, como informações personalizadas, relações de eleitores acompanhadas de dados pessoais (filiação, data de nascimento, profissão, estado civil, escolaridade, telefone e endereço).

§ 3º. Excluem-se da proibição de que cuida o § 1º os pedidos relativos a procedimento previsto na legislação eleitoral e os formulados:

- a) pelo eleitor sobre seus dados pessoais;
- b) por autoridade judicial e pelo Ministério Público, vinculada a utilização das informações obtidas, exclusivamente, às respectivas atividades funcionais;

c) por entidades autorizadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, desde que exista reciprocidade de interesses (Lei nº 7.444/85, art. 40).

Do pedido extrai-se que, à exceção do CPF, os demais dados poderão ser fornecidos livremente à interessada, por não se enquadrarem na vedação do § 1º do art. 29 da Res. – TSE nº 21.538, de 2003.

Com relação ao pedido do número do CPF, anoto que a alínea “c” do supracitado dispositivo legal autoriza o TSE a celebrar ajustes, objetivando o acesso às informações constantes do cadastro eleitoral, desde que haja reciprocidade de interesses.

Dado o exposto, considerando os termos da pretensão firmada pela requerente e os permissivos legais, entendo que não existe óbice ao fornecimento de relação contendo o nome do eleitor, número de inscrição e informações a respeito de óbitos, desde que sem ônus para a Justiça Eleitoral.

E, de rigor, tais informações podem ser obtidas POR QUALQUER CIDADÃO, pelo site da Internet, não sendo sigilosas, nem ferindo sua divulgação o direito à privacidade. O grande problema é que, para obter a informação via Internet, por ser informação individual, o tempo demandado seria um empecilho, quando o acesso a ela objetiva, fundamentalmente, como disse a eminente Ministra Nancy Andrighi, gerar uma “parceria no combate à fraude e proteção do mercado de crédito brasileiro”.

Não sem razão, o juiz assessor de informática do TJ-SP Fernando Tasso declarou ao Estado de São Paulo, quando perguntado por repórter daquele matutino:

– O senhor identifica algum tipo de violação de sigilo na cessão de dados do TSE à Serasa?

Não. No termo de cooperação técnica firmado entre eles fica claro ali qual a finalidade da cessão: a de solucionar casos de homonímia em eventuais consultas que se faça na SERASA. Não é violação. (7/8/2013).

O aspecto, a meu ver, mais relevante a ser examinado, nessa cessão de meros dados cadastrais, reside no fato de que qualquer pessoa pode acessar a informação cadastral, via internet, sem que isso represente maculação à privacidade. Por que, então, a informação fornecida num inequívoco, indiscutível, claríssi-

mo, meridiano proveito de toda a sociedade na proteção coletiva à fraude, seria quebra de sigilo? O mesmo ato, praticado individual ou coletivamente, seria e não seria violação à privacidade, conforme sua origem!!! E o diferencial que ainda torna mais curiosa a distinção é que, no acesso individual, não haveria nenhum interesse coletivo a ser assegurado, e, no acesso pela consulente, o próprio Tribunal Superior Eleitoral reconheceu o nítido interesse da sociedade.

Aspecto relevante a ser finalmente considerado, nessa perfunctória análise da questão, diz respeito à fraude, hoje comum e de difícil contenção, que é a utilização de documentos de pessoas falecidas, como se vivas estivessem, por fraudadores, para lesarem a sociedade empresarial, as instituições em geral e o próprio poder público.

De rigor, o convênio firmado entre o TSE e uma instituição de proteção ao crédito e, monocraticamente, cancelado pela preclara Ministra Carmen Lúcia, brilhante administrativista e professora de renome nacional e internacional, objetivava permitir, em proteção ao crédito, detectar, via cadastro de eleitores falecidos, todos os fraudadores que se utilizam – e fartamente – de documentos de pessoas mortas no intuito de lesar o patrimônio público e privado.

Nesse caso, claramente, o fornecimento de dados pelo Tribunal Superior Eleitoral NÃO SERIA QUEBRA DE PRIVACIDADE, como muitos alegaram, MAS DEFESA DA HONRA, DA IMAGEM do falecido, criminosamente feridas por aqueles que se utilizam de seus documentos para prejudicar a sociedade em geral.

Como se percebe, os convênios dessa natureza objetivam, nitidamente, proteger a imagem do eleitor morto e não quebrar sua privacidade.

Nada obstante, as manifestações em contrário dos eminentes magistrados e juristas, minha inteligência da questão é que a informação de meros dados cadastrais para proteção ao crédito não fere a privacidade da pessoa.

E, de rigor, que privacidade é quebrada como mero conhecimento do nome da pessoa, sua inscrição e se está viva ou morta?

Com o devido respeito à Ministra Cármen Lúcia – sabe ela por inúmeras manifestações escritas e em palestras, rádio e televisão o quanto admiro sua postura ética e seu profundo conhecimento do direito – parece-me que não há qualquer violação à privacidade do cidadão em ter apenas seu nome, seu endereço e se está vivo ou morto divulgados, mas, ao contrário, uma notável proteção à sociedade contra a fraude e uma fantástica defesa da honra e da imagem dos eleitores falecidos.

Resumo

O articulista propõe uma reflexão em torno da possibilidade de os órgãos públicos fornecerem informações a entidades que, embora privadas, possuem caráter públi-

co, especificamente no que concerne às instituições de proteção ao crédito. Para tanto, foram interpretados os artigos 5º, incisos X, XI, XII e XXXIII da Constituição Federal e 43, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como a jurisprudência do STJ, TCU e TSE.

Por fim, o jurista se posiciona a favor da cessão de meros dados cadastrais, porquanto qualquer pessoa pode acessar a informação cadastral via internet, como ter o nome e endereço de uma pessoa, e saber se está viva ou morta, sem que isto represente violação à privacidade.

Trata-se de um expediente para proteger a sociedade contra a fraude, e de defender a honra e a imagem dos eleitores falecidos.

Palavras-chave: Cessão de dados cadastrais; Instituições de proteção ao crédito; Privacidade.

Abstract

The writer proposes a reflection on the ability of public agencies to provide information to entities that, although private, have a public character, specifically with regard to the institutions of credit protection.

To this purpose, is performed the analysis about article 5, items X, XI, XII and XXXIII of the Federal Constitution, and article 43, §4, of Consumer's Protection Code, as well as the jurisprudence of the Supreme Court, TCU and TSE.

Finally, the lawyer stands for the disposal of mere registration data, because any one can access the cadastral information by the Internet, and also how to obtain the name and address of a person, whether dead or alive, with out committing privacy violation.

It is an expedient which aim stop rotect society again stfraud, and to defend the honor and reputation of deceased voters.

Keywords: Assignment of registration data; Institutions of credit protection; Privacy.

João Augusto Ribeiro Nardes

Graduado em Administração de Empresas. Mestre em Política do Desenvolvimento pelo Instituto Suiço de Estudos do Desenvolvimento, Genebra. Foi Vereador, Deputado Estadual e Deputado Federal pelo Rio Grande do Sul. Ministro do TCU desde 2005. Presidente da OLACEFS – Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras. Presidente do Tribunal de Contas da União (TCU).

Controle externo e melhoria da Governança Pública: desafios e ações

Introdução

A história recente do Brasil, notadamente após o processo de redemocratização ocorrido no final da década de 80, demonstra claramente a evolução do país em muitos aspectos. O desenvolvimento nacional foi plantado no preâmbulo e no art. 3º da Constituição Cidadã de 1988 como um dos objetivos fundamentais da República, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais, assim como da promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação.

Desde então, mesmo ainda longe do pleno desenvolvimento econômico e social, o país tem avançado progressivamente, não obstante os desafios institucionais que se apresentam às jovens democracias como a brasileira.

O governo atual e os vindouros, portanto, defrontam-se com o desafio colossal de completar a transição entre o subdesenvolvimento e o desenvolvimento, mantendo a estabilidade alcançada e o mesmo ritmo de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) e oferecendo à população serviços públicos de padrão superior, especialmente no tocante à saúde, educação, segurança pública e mobilidade urbana. A sociedade brasileira clama ainda por menos corrupção e mais participação nas decisões estratégicas dos governos, que devem, a par desses anseios, tornar-se cada vez mais transparentes.

Atento a esse cenário, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem defendido em vários fóruns nacionais e internacionais, assim como junto às autoridades do Legislativo, Executivo e Judiciário, que a melhoria da governança pública é uma premissa essencial para o efetivo progresso do Brasil.

O discurso e as ações do TCU têm focado nos gargalos que dificultam a concretização do desenvolvimento brasileiro, cuja superação pode ter a colabora-

ção do Tribunal, e cujos resultados possam ser percebidos no curto ou no médio prazo. De todos os desafios apresentados, o mais aderente a essa filosofia diz respeito à melhoria da governança pública.

Governança Pública

Mas, afinal, o que é governança, e quais são seus instrumentos e princípios?

Governança é um termo amplamente utilizado em diversos setores da sociedade, com diferentes significados dependendo da perspectiva de análise. Entre as definições mais conhecidas e utilizadas, estão as relacionadas à governança corporativa e à governança pública.

A definição de governança corporativa está mais voltada ao setor privado, podendo ser entendida como o sistema pelo qual as organizações são dirigidas e controladas (CADBURY, 1992; ABNT, 2009). Refere-se ao conjunto de mecanismos de convergência de interesses de atores direta e indiretamente impactados pelas atividades das organizações (SHLEIFER; VISHNY, 1997), mecanismos esses que protegem os investidores externos da expropriação pelos internos (gestores e acionistas controladores) (LA PORTA et al., 2000).

Por analogia, governança pública pode ser entendida como o sistema que determina o equilíbrio de poder entre os envolvidos — cidadãos, representantes eleitos (governantes), alta administração, gestores e colaboradores — com vistas a permitir que o bem comum prevaleça sobre os interesses de pessoas ou grupos (MATIAS-PEREIRA, 2010).

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2009) define governança (aplicável a instituições privadas ou públicas) como o sistema pelo qual a alta administração dirige, monitora e incentiva a instituição para apresentar bons resultados, envolvendo as relações entre os proprietários (ou cidadãos, no caso das instituições públicas), o conselho de administração, a diretoria e os órgãos de controle.

De acordo com o Plano Estratégico do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2011), governança pode ser descrita como um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sociedade, alta administração, servidores ou colaboradores e órgãos de controle. Em essência, a boa governança tem como propósitos conquistar e preservar a confiança da sociedade, por meio de conjunto eficiente de mecanismos, a fim de assegurar que as ações executadas estejam sempre alinhadas ao interesse público.

Em tese, quanto melhor a governança menor será a possibilidade de ocorrer o chamado “risco de agência” que, no setor privado, ocorre quando os agentes (administradores) deixam de fazer a vontade do principal (acionistas) para cuidar de seus próprios interesses ou de interesses de grupos privados. O problema que gera o descasamento entre principal e agente surge quando há interesses e objetivos distintos entre as partes, preferência por correr mais ou menos risco, ou mesmo quando há assimetria de informações.

Trazendo esse conceito para o setor público, os cidadãos correspondem aos acionistas, o principal, enquanto os políticos e gestores públicos são os agentes. Assim, quando o Presidente da República, Governadores ou Prefeitos elaboram os seus Planos Plurianuais (PPAs) e orçamentos, há o risco de, logo na fase de planejamento, priorizarem-se programas que não são do interesse da população. Os parlamentares eleitos pelo povo em cada esfera de governo e a própria sociedade podem e devem mitigar esse risco. O problema de agência pode ocorrer ainda quando agentes políticos delegam a execução das ações aos gestores públicos superiores e estes a seus subordinados. No primeiro caso, os políticos são os principais e os gestores são os agentes. No segundo, os gestores superiores são os principais e os gestores subordinados, os agentes.

Nessa esteira, pode-se derivar o entendimento de que a governança pública está vinculada ao propósito de criar na Administração (agente) um ambiente seguro e favorável para a formulação e implementação de políticas públicas em benefício da sociedade (principal).

Em outras palavras, pode-se entender governança pública como a capacidade que os governos, utilizando-se de um conjunto de instrumentos e ferramentas adequadas, têm de: assegurar que a vontade dos cidadãos seja capturada nos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais; selecionar pessoas e instituir normas e processos adequados para executar as ações planejadas; alcançar e controlar os resultados previstos; estabelecer indicadores de desempenho para verificar o quanto foi ou não foi alcançado; divulgar todas essas etapas à sociedade.

Governança e desenvolvimento

Para alcançar o tão almejado desenvolvimento, conjugando crescimento econômico com qualidade de vida da população, o Brasil precisa vencer uma série de desafios, dentre eles a melhoria da educação, o incentivo à inovação tecnológica, a diminuição da desigualdade regional, a racionalização dos gastos públicos e a realização de obras de infraestrutura.

A superação desses desafios requer o estabelecimento de uma estrutura de governança efetiva, constituída de mecanismos de transparência, planejamento estratégico, controle da execução e avaliação de resultados, com vistas a assegurar a supremacia da vontade popular sobre o interesse dos gestores públicos e de determinados grupos privados.

Por exemplo, a melhoria da educação brasileira necessita de um incremento de investimentos no setor. Entretanto, várias fiscalizações realizadas nos últimos anos pelo TCU evidenciaram falhas que se repetem por falta de instrumentos que garantam a boa governança dos programas e das instituições. Assim, um eventual incremento de recursos pode não gerar os ganhos esperados, caso os problemas persistam.

Em termos de desenvolvimento regional, outro desafio a ser enfrentado, é gritante o distanciamento entre o discurso dos agentes políticos e os resultados efetivamente alcançados. A eliminação das desigualdades tem figurado nos planos estratégicos, especialmente nos PPAs como uma das principais diretrizes, mas a situação permaneceu praticamente inalterada na última década, pois as desigualdades históricas, especialmente nas regiões norte e nordeste, não foram eliminadas.

Uma avaliação da governança poderia diagnosticar as causas que provocam esse descasamento entre as diretrizes estratégicas e os resultados alcançados, indicando em que pontos do caminho, desde o planejamento estratégico até a execução e controle das ações implementadas, tem ocorrido essas discrepâncias.

O desafio de racionalizar os gastos públicos também passa pela melhoria da governança das compras governamentais, dos investimentos em tecnologia da informação (TI) e dos gastos com pessoal.

No que tange à infraestrutura, uma melhor governança dos órgãos responsáveis pelas rodovias, ferrovias, saneamento básico, energia, comunicação, etc. é uma questão vital a ser enfrentada para que os problemas que se repetem há tantos anos e provocam gargalos na logística do país sejam superados.

Tribunal de Contas da União, competências e desafios

A Constituição Federal de 1988 ampliou de modo significativo as competências do TCU.

A Lei nº 8.443, de 1992, dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e apresenta todo o detalhamento das linhas gerais fixadas na Constituição Federal a respeito da natureza, competências, jurisdição e organização da Corte de Contas. A lei elenca os principais objetos do trabalho do TCU, que abrangem o

juizamento de contas dos gestores públicos, a realização de macro avaliação da gestão governamental para elaboração do parecer prévio acerca das contas anuais do Presidente da República e a execução de fiscalizações diversas por iniciativa própria ou para atender a solicitações do Congresso Nacional e a denúncias encaminhadas pelos cidadãos, empresas e entidades que tenham prerrogativa legal para tal.

Baseado nessa ampla gama de atribuições, o TCU vem produzindo diagnósticos relevantes sobre os problemas nacionais, perpassando temas tão diversificados como complexos. Por exemplo, o Tribunal fiscaliza e julga as contas dos gestores responsáveis pela aplicação dos recursos federais nos mais variados fins, como merenda e transporte escolar, saneamento básico, construção de estações de tratamento de água, além de projetos esportivos, culturais e de ciência e tecnologia.

Além disso, a Corte de Contas audita obras públicas bilionárias, cujos recursos podem ser obstados pelo Congresso Nacional quando irregularidades graves são identificadas. Também analisa editais de concessões nos setores rodoviário, hidroviário, aeroportuário e petrolífero, oportunidade em que tem a chance de intervir nos custos das tarifas a serem cobradas dos usuários e na rentabilidade dos empreendimentos para os órgãos governamentais concedentes.

Diante da amplitude das competências do TCU e dos trabalhos que vem realizando ao longo dos anos, pode-se compreender como o Tribunal alcançou maturidade e independência suficiente para discorrer sobre o desenvolvimento brasileiro e identificar os gargalos que ainda obstruem o pleno progresso do país. A partir da execução de tarefas tão complexas e amplas, a Corte de Contas foi adquirindo discernimento para identificar em que aspectos o órgão pode – e deve – colaborar para alterar a realidade brasileira.

Alguns desafios postos, de fato, passam ao largo das competências do Tribunal. Entretanto, há gargalos cuja superação está fortemente relacionada às suas competências definidas na Constituição Federal.

Por exemplo, ao analisar as contas do Presidente da República relativas à gestão de 2012, o Tribunal procurou evidenciar o desempenho da gestão pública naquele exercício considerando a perspectiva de crescimento inclusivo traçada no Plano Plurianual 2012-2015. Em suas conclusões, o Ministro Relator José Jorge indicou uma série de limitações nas políticas públicas da área, suficientes para que se considere a superação das desigualdades regionais e sociais como um dos desafios a serem vencidos para o completo desenvolvimento do Brasil. Tanto nos tópicos referentes a políticas sociais, quanto nos que descrevem programas direcionados para a infraestrutura econômica, ponderou que é patente a necessidade de

aprimoramento da ação governamental e, por conseguinte, de qualificação e intensificação da busca pelo duplo propósito de promover a inclusão de pessoas, grupos sociais e regiões e de criar condições para que o país logre um crescimento econômico equitativo e sustentável.

Assim, depreende-se um nítido descasamento entre a realidade brasileira e algumas das intenções governamentais, expressas em seus discursos e no PPA, problema que pode ser solucionado mediante o estabelecimento de estruturas de governança mais sólidas que assegurem o cumprimento das ações planejadas.

Além da necessidade de vencer as desigualdades regionais e sociais, é consenso que, para o país alcançar o desenvolvimento pretendido, deve superar os seguintes desafios: manter o equilíbrio fiscal e a estabilidade monetária, racionalizar os gastos públicos e investir mais em setores chave como educação, inovação tecnológica e infraestrutura (transporte, energia, telecomunicações etc.). A exemplo do que se viu com relação às políticas que tratam do crescimento inclusivo, a melhoria da governança do Estado é um desafio primário que permeia todos os outros.

Enfim, embora o TCU não tenha competência constitucional para atuar sobre todos os gargalos que obstruem o desenvolvimento do Brasil, alguns dos quais exigem articulação política e longo tempo para que sejam suprimidos, o Tribunal ainda assim pode ter um papel decisivo e pragmático nesse processo, por meio do estímulo ao aprimoramento da governança pública, em parceria com os demais tribunais de contas, com a sociedade brasileira e seus representantes no Congresso Nacional, e mesmo com o próprio governo.

Ações do TCU para a melhoria da governança pública

Partindo da premissa de que o aprimoramento da governança do Estado é um dos caminhos para consolidar as bases do completo desenvolvimento nacional, o TCU se engajou no desafio de promover ações que chamem a atenção para o tema.

A estratégia adotada pelo Tribunal consiste em promover ações de controle específicas para avaliar os mecanismos de governança dos órgãos e entidades jurisdicionados, identificando riscos e propondo soluções, além de promover a disseminação de boas práticas. Também foram promovidas medidas no âmbito administrativo interno, a fim de preparar o Tribunal para esse desafio. Ao contribuir para a melhoria da governança pública, espera-se que o controle externo também contribua para que a Administração tenha melhores condições de promover o desenvolvimento.

Em seguida, são apresentadas algumas ações do TCU nesse sentido.

Especialização das unidades técnicas

O TCU promoveu uma reorganização das suas unidades técnicas, com foco na especialização, e estabeleceu um melhor sistema de coordenação entre as áreas, com o objetivo de possibilitar que os técnicos conheçam a fundo a função de governo para a qual propõem melhorias na governança.

O Tribunal já dispunha de unidades especializadas em obras, responsável pela elaboração de um relatório anual, o Fiscobras, contendo diagnóstico sobre as principais obras do país executadas com recursos públicos federais. Havia também unidades especializadas em desestatização, responsáveis por avaliar os processos de privatização e de concessões de serviços público.

Esse conceito foi estendido a outras unidades técnicas, que passaram a se especializar em grandes temas, como saúde, educação, meio ambiente, segurança, entre outros.

Com maior especialização, espera-se que as secretarias tenham melhores condições de identificar as respectivas situações de risco e relevância, bem como de compreender os modelos e os instrumentos de governança que as cercam, contribuindo para o aprimoramento da Administração Pública.

A ideia é que o Tribunal seja capaz de elaborar relatórios periódicos com informações mais refinadas sobre saúde, educação, segurança pública e meio ambiente. Assim, a exemplo do Fiscobras, outros relatórios poderão ser produzidos, como o Fisc-Saúde, Fisc-Educação e Fisc-Segurança, contendo amplo diagnóstico e propostas de solução para áreas tão sensíveis ao desenvolvimento do país.

Auditorias Coordenadas

Além da especialização de suas secretarias, a partir de 2013 o TCU também estabeleceu como uma de suas principais diretrizes a concretização de auditorias coordenadas, de forma que os diagnósticos produzidos sejam os mais amplos possíveis. Essas auditorias são realizadas tanto em parceria com os demais tribunais de contas brasileiros como em conjunto com os órgãos de controle externo de nossos vizinhos latino-americanos. Frise-se que o TCU assumiu a presidência da Organização Latino Americana e do Caribe de Entidades de Fiscalização Superiores (Olacefs) para o período de 2013 a 2015, tendo em vista sua posição de liderança no continente.

Essas parcerias, além de estimular a troca de experiência e o desenvolvimento do controle externo, permitem obter um diagnóstico global sobre os temas audi-

tados. No plano nacional, existem duas auditorias coordenadas em andamento, uma com foco na área de educação e outra na de meio ambiente.

A primeira é uma avaliação do ensino médio no Brasil, com a participação de mais de vinte tribunais de contas estaduais e municipais, sob a coordenação do TCU. A expectativa do trabalho é apresentar um diagnóstico da situação em todo o país, apontar os principais gargalos e sugerir medidas saneadoras e boas práticas.

A segunda auditoria coordenada, na área ambiental, tem como objetivo avaliar se existem as condições normativas, institucionais e operacionais necessárias para que as Unidades de Conservação (UCs) localizadas na Amazônia atinjam os objetivos para os quais foram criadas. Trata-se de trabalho pioneiro realizado em conjunto com os tribunais de contas estaduais do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, Mato Grosso e Maranhão. Há ainda a possibilidade de trabalho semelhante ser replicado nas entidades vinculadas à Olacefs, de modo que se tenha um panorama global sobre toda a região amazônica.

Na verdade, espera-se estender as experiências obtidas nesses primeiros trabalhos, tanto nacionais como internacionais, para outras áreas relevantes, como saúde e segurança pública, cujo sucesso depende de ações coordenadas das três esferas de governo. A atuação conjunta e articulada entre os órgãos de controle evita a superposição de ações, otimiza a utilização dos recursos e amplia os resultados obtidos.

Auditoria na governança de Tecnologia da Informação (TI)

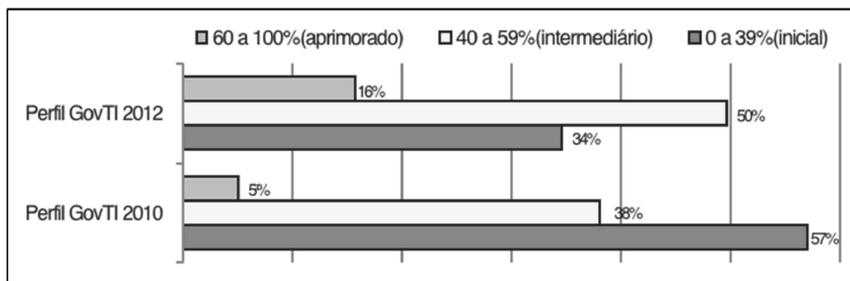
Segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (2009), governança de TI é o “sistema pelo qual o uso atual e futuro da TI é dirigido e controlado”. Com a governança de TI, busca-se assegurar que o uso da tecnologia da informação, com riscos aceitáveis, agregue valor ao negócio.

Nos últimos anos, o TCU tem avaliado a governança de TI de diversos órgãos do governo federal.

Em auditoria realizada em 2010 (Acórdão 2308/2010-TCU-Plenário), foi possível detectar que as instituições com maior envolvimento da alta administração (liderança) eram aquelas em que os processos de gestão interna eram mais bem executados. Contrariamente, as instituições em que sua alta administração não firmava diretrizes claras (políticas, objetivos, indicadores e metas) eram aquelas cujos processos eram frequentemente mal gerenciados e ineficientes, que certamente custavam mais do que deveriam e produziam menos benefícios para o cidadão.

Outro ponto que merece destaque nos trabalhos desenvolvidos pelo TCU nessa área diz respeito à evolução do perfil de governança de TI. A figura 1 – “Distribuição das Instituições por estágio do iGovTI”, traz o perfil de governança de TI dos órgãos federais fiscalizados e revela que, em apenas dois anos, o estágio de governança aprimorado saltou de 5% para 16%, o intermediário de 38% para 50% e o de patamar inicial caiu de 57% para 34%.

Figura 1 – Distribuição das Instituições por estágio do iGovTI



Fonte: Acórdão 2.585/2012-TCU-Plenário

Pelo gráfico, pode-se observar uma evolução considerável no índice em pouco mais de dois anos, justamente no período em que o acompanhamento sobre a governança de TI foi intensificado.

A evolução não deixa dúvidas sobre a importância de o acompanhamento da governança entrar definitivamente na agenda dos gestores federais e dos órgãos de controle.

Auditoria na governança de pessoal

A governança de pessoal é uma abordagem sistemática de direcionamento e monitoramento da gestão de pessoas, com o objetivo de: alinhar as políticas e estratégias de gestão de pessoas com as prioridades do negócio da instituição em prol de resultados; otimizar a disponibilidade e o desempenho das pessoas; manter custos compatíveis e aceitáveis; assegurar o cumprimento da legislação; mitigar os riscos relativos a recursos humanos; auxiliar a tomada de decisões relativas à gestão de pessoas.

O TCU realizou levantamento da situação de governança de pessoal na Administração Pública Federal, em amostra abrangente de organizações, com a finalidade de conhecê-la e avaliá-la, identificar os pontos vulneráveis e induzir melhorias nessa área.

O levantamento fundamentou-se em dados coletados por meio de questionário de autoavaliação, elaborado com base no Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GesPública – e em modelos internacionais aplicados à governança e à gestão estratégica de pessoas no setor público.

Entre os benefícios esperados da fiscalização, pode-se mencionar o incremento da economia, eficiência, eficácia e efetividade da Administração Pública Federal, por meio da melhoria da governança e gestão de pessoas.

Auditoria na governança das agências reguladoras

O TCU desempenha importante papel na fiscalização da regulação dos setores de transporte, telecomunicação, energia e serviços postais.

A fiscalização dos contratos de concessão é de responsabilidade das agências reguladoras, cabendo ao TCU fiscalizar a atuação e a governança das agências.

Tem-se, nesse campo, a chamada governança regulatória, que são as regras e as práticas que regem o processo regulatório, a sistemática de interação entre os atores envolvidos e o desenho institucional no qual estão inseridas as agências, bem como os meios e instrumentos utilizados pelos reguladores em prol de uma regulação eficiente, transparente e legítima.

Uma boa governança aumenta a possibilidade de construção de um processo regulatório capaz de atingir os objetivos esperados da regulação e da atuação estatal.

Exemplo de trabalho desenvolvido pelo TCU nessa área foi a auditoria de natureza operacional objeto do Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário, sobre a governança regulatória no setor de infraestrutura no Brasil. Essa auditoria avaliou a governança regulatória nas seguintes dimensões: competências regulatórias; autonomia; mecanismos de controle; mecanismos de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório.

Auditoria na governança do Poder Judiciário

Outro trabalho de destaque é um levantamento de natureza operacional que tem por objetivo subsidiar o planejamento de futuras ações de controle nos órgãos judiciais.

Espera-se identificar e analisar as ações, os projetos e os processos de trabalho considerados prioritários e voltados à modernização da gestão dos órgãos do Poder Judiciário Federal, apontando-se os riscos a eles relacionados.

O trabalho não se volta diretamente para a avaliação da atividade finalística desse Poder, mas para as atividades da área meio que têm a capacidade de influenciar o desempenho da atividade judicial estrita. O objeto de análise engloba as práticas de governança relacionadas a planejamento, controles internos, gestão de pessoas e tecnologia de informação.

Projeto OCDE de fortalecimento da governança pública

Alinhado à sua diretriz maior de colaborar para a melhoria do Estado brasileiro, o TCU celebrou, em outubro de 2013, termo de parceria com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O acordo se destina à identificação de boas práticas de governança pública adotadas por órgãos centrais dos governos nacionais e Entidades de Fiscalização Superiores de um grupo de países selecionados. A intenção é identificar as melhores práticas internacionais e disseminá-las, em um primeiro momento no Brasil, e depois nos países da Olaceps, além de fomentar a discussão do papel das entidades de controle nesse processo.

Serão contemplados, no estudo, sistemas de planejamento e orçamento público, sistemas de administração financeira, de controles internos, de gestão de riscos, de monitoramento e avaliação de políticas públicas e de prestação de contas.

Com esse recorte, pretende-se ter uma visão seletiva e sistêmica das áreas determinantes para a consolidação de uma Administração Pública estratégica, responsável, aberta e ágil, que seja efetivamente indutora do desenvolvimento nacional.

Conclusões

O Brasil, para se tornar um dos líderes mundiais em termos de desenvolvimento e oferecer melhores condições de vida à sua população, precisa vencer alguns grandes desafios.

É consenso no meio acadêmico, empresarial e até mesmo no próprio governo que, para que o país cresça e se desenvolva, é necessário, principalmente: manter o equilíbrio fiscal e a estabilidade monetária; investir mais em educação e inovação tecnológica; reduzir drasticamente as desigualdades sociais e regionais; otimizar o gasto público; dar absoluta prioridade ao setor de infraestrutura, com investimentos maciços em transporte, energia, telecomunicações, saneamento básico, etc.

A amplitude dos trabalhos realizados pelo TCU, fiscalizando os vultosos gastos governamentais ou o desempenho dos órgãos que cuidam da regulação,

permite que o órgão tenha uma visão privilegiada das dificuldades enfrentadas para a consolidação do desenvolvimento.

Baseados nos debates decorrentes do parecer prévio das contas do Presidente da República, bem como nas fiscalizações e demais trabalhos realizados, vem se estabelecendo entre os membros do Tribunal, a alta administração e os servidores da Casa, a convicção de que a melhoria da governança pública permeia todos os desafios que ainda obstruem o desenvolvimento do país.

Sendo assim, um dos principais objetivos perseguidos pelo TCU tem sido o de induzir o aprimoramento da governança do Estado, contribuindo para que as instituições públicas tornem-se cada vez mais confiáveis e capazes de promover o desenvolvimento nacional.

Para tanto, o Tribunal modernizou sua forma de fiscalizar, adotando algumas ações inovadoras, a exemplo da especialização das suas unidades técnicas e da realização de auditorias coordenadas com outros órgãos de controle nacionais e internacionais. Também deve ser dado destaque às auditorias de governança nas áreas de TI, pessoal, regulatória e judiciária, assim como ao acordo de cooperação com a OCDE. Todas essas medidas possuem o objetivo de fortalecer a governança pública, em prol do desenvolvimento nacional.

Em suma, melhorar a governança significa ouvir a população e planejar melhor, ter bons processos de trabalho, servidores públicos escolhidos com critério e remunerados segundo a qualidade de seu trabalho e ter indicadores que possam ser mensurados e melhorados continuamente. É divulgar, com total transparência, os meios e os resultados alcançados. Com uma melhor governança é possível, no curto prazo, mesmo sem reformas estruturantes como a previdenciária, trabalhista, política e fiscal, fazer mais com o mesmo volume de recursos, acelerar o ritmo das obras, melhorar a qualidade do serviço prestado nos hospitais, nas escolas, na pesquisa, no meio ambiente.

Afinal, o que todos almejam é um Brasil mais justo, mais plural. Um Brasil que se destaque no concerto das nações desenvolvidas não apenas por ostentar um vigoroso e sustentável crescimento econômico, mas também por propiciar à sociedade, ao cidadão, conquistas sociais, melhoria de vida, mais saúde, mais educação, mais cidadania.

Referências Bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT/NBR ISO/IEC 38500: 2009 – *Governança corporativa de tecnologia da informação*. Esta

Norma oferece princípios para orientar os dirigentes das organizações (incluindo proprietários, membros do conselho de administração, diretores, parceiros, executivos seniores ou similares) sobre o uso eficaz, eficiente e aceitável da Tecnologia de Informação (TI) dentro de suas organizações. 2009. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=40015>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Planejamento Estratégico do Tribunal de Contas da União – 2011/2015. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/planejamento_gestao/planejamento2011/pet.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.308/2010-TCU-Plenário. Relatório de levantamento. Avaliação da governança de tecnologia da informação na administração pública federal. Constatação de precariedades e oportunidades de melhoria. Determinações, recomendações e comunicações. Disponível em: <[http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=\(acordao+adj+2308/2010+adj+plenario\)\[idtd\]\[b001\]](http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=(acordao+adj+2308/2010+adj+plenario)[idtd][b001])>. Acesso em: 1º nov. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.585/2012-TCU-Plenário. Relatório de levantamento. Avaliação da governança de tecnologia da informação na administração pública federal. Oportunidades de melhoria. Recomendações. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 1º nov. 2013.

CADBURY Committee. Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, (Cadbury Report), December 1992.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. Código das melhores práticas de governança corporativa. 4. ed. São Paulo, SP: IBGC, 2009. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Download.aspx?Ref=Codigos&CodCodigo=47>>. Acesso em: 1º nov. 2013.

LAPORTA, R. ; LOPEZ DE SILANES, F. ; SHLEIFER, A. ; VISHNY, R. W. Investor protection and corporate governance. *Journal of Financial Economics*, v. 58, p. 3-27, October, 2000.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A survey of corporate governance. *Journal of Finance*, v. 52, n. 2, p. 737-783, 1997.

Resumo

O Brasil tem avançado em vários aspectos após sua redemocratização, mas ainda enfrenta uma série de desafios para conquistar patamares de crescimento econômico.

co superiores ou pelo menos compatíveis com os dos anos recentes e viabilizar políticas públicas que forneçam à população serviços de qualidade. Os desafios colocados ao desenvolvimento do país estão relacionados com a manutenção da estabilidade econômica e financeira, com a racionalização dos gastos do governo nas três esferas e com a necessidade de mais investimentos em setores chave como educação, inovação tecnológica e obras de infraestrutura, além da superação dos desequilíbrios sociais e regionais. Todas essas questões estão intimamente ligadas à atuação estatal, razão pela qual o Tribunal de Contas da União (TCU) tem defendido a melhoria da governança pública como premissa para a superação de tais gargalos, especialmente nos tempos atuais, de forte pressão da sociedade, exercida com intensidade e visibilidade crescentes. Atento a essa conjuntura, o TCU, sem descuidar de sua tradicional atribuição de verificar a legalidade e a conformidade dos atos administrativos, tem se estruturado e buscado parcerias no plano nacional e internacional para identificar e difundir as melhores práticas de governança. Este artigo, além de mostrar as ações desenvolvidas pelo TCU na área da melhoria da governança pública, busca demonstrar que esse é um desafio que pode ser vencido agora, sem grandes reformas ou investimentos, como uma resposta imediata aos anseios populares.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Governança Pública; Ações do Tribunal de Contas da União.

Abstract

Brazil has advanced in many ways after its democratization, but still faces a number of challenges to achieve higher levels of economic growth or at least compatible with those of recent years and viable public policies that provide quality services to the population. The challenges to the development of the country are related to maintaining economic and financial stability, with the rationalization of government spending in the three areas and the need for more investment in key sectors such as education, technological innovation and infrastructure, in addition to overcoming social and regional imbalances. All these issues are closely linked to state action, which is why the Court of Audit (TCU) has championed the improvement of public governance as a precondition for overcoming such problems, especially in current times, strong societal pressure exerted with increasing intensity and visibility. Aware of this situation, TCU, without neglecting their traditional attribution to verify the legality and compliance of administrative acts, has been structured and pursued partnerships at the national and international level to identify and disse-

minate best practices in governance. This article, besides showing the actions taken by TCU in the area of improving public governance, seeks to show that this is a challenge that can be overcome now, without major reforms or investments, as an immediate response to popular aspirations.

Keywords: Development; Public Governance; Court of Audit Actions.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da funcionalização do direito civil. 2. Da função econômica do contrato. 3. Da função econômica da empresa. 4. Da função econômica da posse e da propriedade. 5. Da função econômica das famílias e das sucessões. 6. Da função econômica da responsabilidade civil. Conclusão. Referências.

Introdução

A funcionalização econômica do direito civil não é um tema suficientemente abordado pela doutrina, mas se insere dentro do contexto da funcionalização do direito na ordem civil-constitucional.

Como já prenunciava Rudolf von Ihering, nada ocorre por acaso. Tudo tem uma causa e finalidade. Da mesma forma, ocorre no direito civil. Seus institutos jurídicos têm uma função a cumprir, que, dentre outras que lhe são atribuídas, também é de natureza econômica.

Buscou-se demonstrar que o contrato, a posse e a propriedade, a empresa, a responsabilidade civil e as famílias e sucessões, institutos clássicos de direito civil, têm também função econômica.

Embora a abordagem instrumental e funcional do direito civil seja antiga, predominava a visão estruturalista. As duas correntes se complementam e não se excluem, contribuindo a funcionalização para a interpretação teleológica na dogmática jurídica civilista.

Os institutos jurídicos de direito civil não podem mais ser vistos e definidos somente baseados em sua estrutura, devendo ser incluída também a sua dimensão funcional.

Cada instituto privado possui uma função principal, que não é incompatível com a autodeterminação e a liberdade de exercício das atividades econômicas.

Como a ordem constitucional vigente optou por um sistema econômico capitalista, com inspiração social, com prevalência da liberdade de iniciativa particular e da propriedade privada dos bens de produção (art. 170 da Constituição

Federal), não há como negar que o direito civil tem função econômica preponderante, pois é o ramo do direito que cuida dos direitos subjetivos privados.

A função econômica do direito civil e de seus institutos jurídicos existe concretamente e cumpre papel fundamental na ordem civil-constitucional econômica, razão pela qual merece ser melhor aprofundado seu estudo e compreensão.

1. Da funcionalização do direito civil

Questão relevante na ordem jurídica privada é o das funções que o direito pode ter na sociedade. Função pode ser considerada como a tarefa ou conjunto de tarefas desempenhadas pelo direito, dado que o ordenamento jurídico não pode ser visto como uma coisa em si, uma estrutura desvinculada da realidade social em que se situa e à qual se destina.

Ensina Francisco AMARAL (2000, p. 12) que o direito evolui de suas funções tradicionalmente repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação dos indivíduos na realização dos objetivos sociais.

O direito incorporou o sentido instrumental da expressão função, no qual ela é utilizada para conectar um objeto a uma finalidade, de modo que, caso não se efetive a finalidade, perde o sentido o objeto. Embora muito utilizada no direito público, no direito privado, tradicionalmente prevalece a ideia de autonomia da vontade, desde que não contrarie a lei. Essa tradição vem sofrendo transformações, no sentido de demonstrar que o direito privado, aí incluído o direito civil, deve cumprir uma função ou um papel relevante, especialmente seus institutos jurídicos tradicionais (contrato, posse, propriedade, empresa, família e sucessões).

A causa e a finalidade do direito já foram abordadas, classicamente, por Rudolf von IHERING (1979, p. 1), nos seguintes termos:

Pela doutrina da causa eficiente, nada ocorre no mundo de per se (causa sui); tudo o que acontece, i. e., toda modificação no mundo sensível é consequência de outra precedente, sem a qual ela mesma não teria surgido. Este fato postulado por nosso pensamento e confirmado pela experiência designamos, como se sabe, por lei de causalidade.

Esta lei vigê também em relação à volição. Sem causa eficiente, um movimento da vontade é tão inconcebível quanto o movimento da matéria; acreditar na liberdade de querer no sentido de a vontade poder espontaneamente, sem qualquer causa impulsora, pôr-se em movimento, é como

acreditar no mentiroso que diz sair do pantanal agarrando-se no topete. Destarte, a vontade, tanto quanto a natureza, necessita da causa eficiente. Todavia, na última, ela é de natureza mecânica: a causa (causa efficiens); na vontade, de natureza psicológica: a finalidade (causa finalis). A pedra não cai com a finalidade de cair, mas porque deve, i. e., por lhe ter sido retirado o apoio; o homem, entretanto, que age, fá-lo não em razão de um “porquê”, mas de um “para quê” – para, desta forma, conseguir algo.

Além de Pietro PERLINGIERI (2002, p. 33), que defende um sistema de direito civil a caminho da “despatrimonialização” (a pessoa deve prevalecer sobre qualquer valor patrimonial) e mais harmonizado com os princípios fundamentais, bem como a redefinição dos fundamentos e extensão dos institutos jurídicos por intermédio da modernização das teorias de interpretação, o direito privado de perfil constitucional e funcionalizado também foi objeto de autores como Karl Larenz e Motta Pinto, além de Gustavo Tepedino, entre nós, dentre outros.

A dicotomia entre direito público e direito privado, na sua concepção tradicional, está superada, diante dos novos paradigmas ditados pela ordem civil-constitucional, em que direitos subjetivos privados e os institutos jurídicos clássicos devem ser interpretados em consonância com os princípios constitucionais e com os objetivos e necessidades da sociedade.

No campo do direito privado, não há mais como negar a influência do direito constitucional e dos direitos fundamentais no direito civil. A nova ordem civil afastou-se das preocupações individualistas e patrimonialistas, adotando diretrizes com preocupações mais abrangentes e finalísticas, buscando uma interpretação justa, equilibrada e solidária para o sistema jurídico como um todo.

O direito civil moderno deve ser pensado sob a ótica das transformações sociais ocorridas, inclusive em outras ciências, tais como a administração, a economia e a política. Os dogmas civilistas representativos de uma sociedade burguesa, liberal e conservadora dão vez a um novo sistema jurídico, marcado por valores humanizantes, éticos e solidarizantes de uma sociedade pós-moderna democrática e igualitária. Daí se falar naquilo que Guilherme Calmon Nogueira da GAMA (2011, p. 46) denomina de situações jurídicas patrimoniais e situações jurídicas existenciais. Enfim, há uma tradição patrimonialista do direito civil, mas há tendências para sua repersonalização (atrair a atenção do direito também para a pessoa humana e não só se limitar ao objeto do direito).

Contudo, o processo de constitucionalização do direito civil sofre resistências e não é aceito sem críticas pelas correntes civilistas mais tradicionais, que

reagir negativamente à interlocução do direito civil com o direito constitucional, entendendo que cada qual deve permanecer em seu lugar. As críticas ao processo de constitucionalização do direito civil são resumidas por Paulo Luiz Netto LôBO (2009, p. 42), que afirma que os críticos “temem a banalização do processo, com a elevação de todas as relações de direito civil ao plano constitucional; de outro, a redução da importância do direito civil, que passaria a ser um apêndice do direito constitucional; finalmente, entendem que o direito civil não mudou de natureza e que suas matérias são próprias e insuscetíveis de tratamento pela Constituição, salvo excepcional e supletivamente”.

O direito civil clássico, em que predominava a tutela dos que tinham poder (pai de família, proprietário, patrão ou empresário, credor e testador), foi substituído por um ordenamento com valores de conteúdo ideológico diverso, representativos de uma nova sociedade, exigindo, assim, novas soluções para harmonização dos interesses divergentes.

Em relação à função, os juristas podem ter algo a aprender com a matemática, ciência dos números caracterizada pela precisão conceitual, ordenação de ideias e concepção sistêmica. Os métodos lógicos e matemáticos, que permitem aos juristas ver o direito como uma verdadeira ciência, não podem ser desprezados pelos profissionais do direito. Um dos pontos altos da matemática é a teoria dos conjuntos, a partir da qual se infere a noção de relação e a de função.

Para melhor compreensão, a analogia que se pode fazer entre direito, economia e matemática é a seguinte. Tudo se passa, na matemática, na teoria da relação entre conjuntos. A função, na teoria dos conjuntos, consiste na relação em que, para cada elemento de um conjunto (conjunto de elementos de partida ou domínio), existe um elemento, em outro conjunto (conjunto dos pontos de chegada ou imagem), a ele referido, sendo único este último, para cada elemento inicial considerado. Sendo assim, a função é definida como uma relação pela qual, para elemento x pertencente a D (domínio) existe um $f(x)$, pertencente a I (imagem), tal que $f(x)$ é único. Os conjuntos matemáticos são reuniões de elementos; relação é referência do elemento a um outro, consistindo em um tipo de projeção para fora de si.

Em direito, apontar para a função de certos institutos ou situações jurídicas consiste em afirmar que a sua configuração normativa apresenta uma destinação extrínseca a ser observada e obedecida, ainda que configure de modo diverso a própria situação jurídica a partir de dentro. Daí Luciano de Camargo PENTEADO (2008, p. 172) expressar que “os elementos do direito não são autossuficientes sempre, podendo desempenhar papéis que o próprio sistema jurídico, o sistema econômico, ou ainda o social desenham para eles. Na hipótese de haver um desvio

desses objetivos, pode haver diferentes mecanismos de correção de rota ou objetivo, numa tentativa de retorno ao caminho traçado”.

Sendo assim, função, em direito, é também uma relação entre situações jurídicas e um elemento externo a elas, que pode ser o sujeito, a comunidade, o sistema de trocas de valor e a estruturação da coletividade existente e operante por intermédio do Estado. Na concepção de Luciano de Camargo PENTEADO (2008, p. 174), “existem situações jurídicas de função individual, quando o elemento externo a elas referido é o sujeito, titular das mesmas, de função social, de função econômica, de função política, respectivamente. Existem tantas funções em direito quanto os entes ou as realidades às quais podem estar referidas as diferentes situações jurídicas”.

Como nem todo beneficiário do poder funcional é individuado, como ocorre no pátrio poder, tutela ou curatela, nas situações em que o interessado no exercício da função são pessoas indeterminadas, nessas hipóteses deve se falar em função social ou coletiva. Em suma, existem fins que representam interesses de pessoas certas, mas existem outros fins que representam interesses de pessoas incertas (indeterminadas ou de todas; direitos difusos).

Clarificante é o entendimento de Luciano de Camargo PENTEADO (2008, p. 175) de que “a função das situações jurídicas é, assim, portanto, a sua vocação, a sua finalidade, o “para que” se destinam, o propósito a que servem. Evidentemente, cada uma delas pode apresentar múltiplas funções, desde as mais estritamente individuais, até as tipicamente coletivas, passando pelas sociais”. O direito de propriedade é um exemplo de funções diversas (art. 1.228, § 1º, do Código Civil). A função do direito não é apenas social, mas ética, humanista, dogmática, pragmática, econômica, ambiental e outras funções que o caso exigir.

Verifica-se, então, com base na lição de Norberto BOBBIO (2007, p. 53), que os institutos de direito, aí incluídos os de direito civil, podem ser considerados sob uma dupla perspectiva, qual seja, uma abordagem estrutural e outra abordagem funcional. Na teoria do direito em geral, a abordagem estruturalista prevaleceu nos últimos anos. A direção apontada por Norberto BOBBIO (2007, p. 53) é uma tendência geral dos sistemas jurídicos ao movimento de uma preocupação com a estrutura para uma abordagem orientada à função.

A abordagem estruturalista se preocupa mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”, espelhando o *status quo*, com uma preocupação intelectual predominante, apontando mais para os elementos que o constituem, as normas e suas relações recíprocas, ou seja, uma visão conservadora do direito. Já o caráter funcional permite um ordenamento jurídico construtivo e em

constante reelaboração, com preocupações teleológicas. Nas palavras de Luciano de Camargo PENTEADO (2008, p. 178), “a estrutura do instituto está ligada à descrição das suas notas constitutivas, dos elementos descritivos elementares”, enquanto “a função preocupa-se com a orientação concreta a ser dada no processo de realização do direito, seria o papel de cada elemento do ordenamento, ao atuar nos diferentes casos e nas diferentes hipóteses que ensejassem atuação de mecanismos”. E complementa: “a função, por sua vez, estaria ligada à sua destinação, a qual pode interferir sobremaneira no regime jurídico que se atribuirá ao instituto”.

A norma jurídica é analisada baseada em uma dupla perspectiva, ou seja, sob o prisma estrutural e sob o prisma funcional. A funcionalização dos institutos de direito privado é assim resumida por Francisco Eduardo LOUREIRO (2003, p. 109):

A funcionalização dos institutos de direito privado revela a íntima relação existente entre abordagem técnico-jurídica, preocupada com o estudo da estrutura, e a abordagem sociológica, preocupada com o estudo da teoria funcional, ambas relativas a um mesmo fenômeno. Não basta ao jurista saber como o direito é feito, mas também para que serve, sua causa final. Seria a função, então, o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura. Chega-se a afirmar, assim, que o termo função social seria pleonástico, porque todo o direito tem o papel de promover a segurança e o bem-estar social.

Embora estrutura e função apresentem uma metodologia com aspectos distintos, esses são referidos a uma mesma realidade complexa do direito. O todo unitário, incindível, aponta para a íntima relação entre estrutura e função, indissociáveis. Não há antinomia, mas ideias complementares. A estrutura de qualquer norma ou instituto jurídico deve ser interpretada do conjunto de seus elementos ou disposições e toda função é limitada pela estrutura do conjunto.

Então, a função de qualquer instituto jurídico apresenta ou tem uma função, designando o papel desempenhado, a finalidade própria, a razão justificadora pela qual existe e foi criado. Toda realidade apresenta um papel e também um papel social a desempenhar (todo instituto tem função social).

Fala-se, assim, em função como dependência, no sentido de atribuir ao titular do direito funcionalizado uma responsabilidade, um modo de atuar que atenda a determinados valores. A função também pode significar um tipo de relação de

razão justificadora de uma determinada situação jurídica. Há uma estreita relação entre causa e função no direito.

A função do direito pode ser determinada e compreendida baseada no sentido do desempenho de um papel, do alcance de um fim a assunção de uma responsabilidade específica ou a razão ou causa determinante.

A presença estatal na ordem econômica e nas funções da vida social, na busca de equilíbrio entre os interesses privados e meramente individuais e as necessidades coletivas e sociais nas relações jurídicas, deu ao direito uma nova função instrumental, gerando a funcionalização dos institutos jurídicos de direito civil.

Do latim, a palavra *funciona* é derivada do verbo *fungor* (*functus sem, fungi*), significando cumprir algo ou uma finalidade, desempenhar um dever, papel ou tarefa, enfim, funcionalizar.

A compreensão do real conteúdo e alcance da função do direito é importante para a implementação efetiva dos instrumentos para que seja cumprida a finalidade dos institutos jurídicos de direito civil. Assim, a tutela do contrato, da empresa, da posse, da propriedade e da família passam a se vincular à noção de função na perspectiva da legitimação contratual, empresarial, do título e familiar, respectivamente.

Uma visão afirmativa da função funcional do direito é encontrada, principalmente, nos autores italianos Pietro Perlingieri e Enzo Roppo, bem como na obra de Gunther TEUBNER (1993, p. 185), que afirma que as cláusulas gerais têm papel de regulação das expectativas contratuais que são formadas de maneira involuntária, entre elas as expectativas formadas por atuações sociais baseadas na confiança. Segundo Gerson Luiz Carlos BRANCO (2009, p. 274), “a análise de Perlingieri é a de que a funcionalidade é apenas uma das dimensões das relações contratuais, que também tem uma dimensão estrutural”.

Já a visão crítica do funcionalismo pode ser achada em Menezes Cordeiro e Ludwig Raiser, ambos preocupados com o problema do controle do conteúdo das decisões judiciais e com a natureza da função que os institutos jurídicos são chamados a cumprir. As críticas a funcionalização não chegam a rejeitá-la, pois os juristas que possuem uma visão crítica do funcionalismo, tais como António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro e Ludwig Raiser, estão preocupados com o problema do controle do conteúdo das decisões judiciais, com a natureza da função que deva ser cumprida e com a possibilidade de supressão radical das liberdades pessoais. No entanto, mencionados juristas admitem a existência de uma função social e econômica do direito, ainda que com restrições.

2. Da função econômica do contrato

O contrato é um negócio jurídico bilateral visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial). É uma espécie de negócio jurídico que se realiza mediante o consenso das partes para a satisfação de seus interesses jurídicos (necessidades ou utilidades), possuindo inúmeras finalidades.

Criado no direito romano, num clima de formalismo e de inspiração religiosa, o contrato se firmou, no direito canônico, assegurando à vontade das partes a possibilidade de criar direitos e obrigações. Oriunda dos canonistas, a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida pelos enciclopedistas filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa e afirmaram as obrigações das convenções (*pacta sunt servanda*). Os jurisnaturalistas levaram o contratualismo ao seu ápice, baseando no contrato a própria estrutura estatal e fazendo com que o contrato não só se limite a criar obrigações, mas também possa criar, modificar ou extinguir qualquer direito, inclusive os direitos reais, como no sistema jurídico franco-italiano, no qual o contrato opera a transferência dos direitos reais, ao contrário da tradição romanista mantida pelo direito alemão e pelo brasileiro (o contrato só cria obrigações).

Na lição de Arnaldo WALD (2009, p. 209),

o individualismo do século XIX, do qual o Código Napoleão foi o maior monumento legislativo, inspirou-se na fórmula liberal dos fisiocratas, que reduziram ao mínimo a interferência estatal, abrindo amplas perspectivas de liberdade à vontade humana, que só por si mesma, em virtude das obrigações contraídas, poderia sofrer restrições ou limitações. Constitui, assim, o contrato o instrumento eficaz da economia capitalista na sua primeira fase, permitindo, em seguida, a estrutura das sociedades anônimas as grandes concentrações de capitais necessárias para o desenvolvimento da nossa economia em virtude do progresso técnico, que exige a criação de grandes unidades financeiras, industriais e comerciais.

Num sistema capitalista ou de economia de mercado ou liberal, fundamental é o papel do contrato, dado que a autonomia da vontade apresenta-se sob duas formas distintas: liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não o contrato) e liberdade contratual (possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato).

A partir da 2ª Revolução Industrial, os contratos foram associados a um novo arranjo quanto aos princípios e regras contratuais no século XXI, tendo por alicerce os fundamentos socioeconômicos vigentes. O perfil do contrato começou a mudar na pós-modernidade jurídica, relevando a necessidade de equilíbrio entre livre iniciativa e regulação estatal, à medida que resguarda os valores atinentes à justiça social e aos direitos fundamentais. A decisiva transformação do direito dos contratos no último século e meio, ou seja, desde a vitória burguesa, foi a sujeição da vontade dos contratantes ao interesse coletivo, em conformidade com as exigências do bem comum. A tendência do contrato em uma perspectiva civil constitucional aponta para a sua inserção no projeto social articulado pela ordem jurídica vigente no país, com lastro na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e nos princípios gerais da atividade econômica.

No seu conceito clássico, tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade; a própria palavra sociedade nos dá a ideia de contrato. Hoje, contudo, contrato é um negócio jurídico/instituto multifacetário, abarcando as diversas vicissitudes da sociedade, em suas múltiplas interações humanas e empresariais.

No campo dos negócios bilaterais, permeado pela autonomia da vontade, a lei não estabelecia maiores restrições à celebração e ao conteúdo dos contratos. As partes eram livres para contrair as obrigações que entendessem, exigindo-se apenas o consentimento isento de vícios. Contraída a obrigação, havia que ser cumprida a todo preço (*pacta sunt servanda*). Em consequência da própria evolução econômica e por influência de novas doutrinas, o campo da autonomia da vontade reduziu-se. Limitações enérgicas antepuseram-se ao poder de suscitar efeitos jurídicos mediante declaração negocial.

O contrato, sem desprezar outras funções que exerce, cumpre uma função essencialmente econômica. Não é por outra razão que Enzo ROPPO (2009, p. 8) ensina que

as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica.

A distinção entre contrato em seu conceito jurídico em relação à operação econômica é abordada por Enzo Roppo, que entende que o contrato demonstra

uma relação com a propriedade, por meio do processo de mobilização e desmaterialização da riqueza. Para Enzo Roppo, o contrato é instrumento fundamental da gestão de recursos e propulsão da economia, aderindo ao direito de propriedade todas as formas de riqueza imaterial. O contrato não se limitaria a transferir a propriedade, mas a criá-la; o contrato tem a função de criar riqueza no contexto da teoria da função econômico-social do contrato.

Citando Gino Gorla, assim Antonio RULLI NETO (2011, p. 210) sintetiza a função econômica e social do contrato:

(.....) a função econômica e social do contrato seria a sua causa, ou sua razão determinante, que são a palavra, a confiança, que justificam a sanção jurídica. Assim, o direito tem um papel de justificação dos contratos, em conjunto com a exigência de segurança, todos decorrentes do interesse público, de que haverá cumprimento da função econômico-social do contrato. A teoria contratualista é uma criação meramente instrumental e técnica, ou seja, eidética, ao considerar o contrato em categoria distinta do negócio jurídico e como instrumento fundamental da gestão dos recursos e propulsão da economia.

Além da função econômica, o contrato cumpre função regulatória, social, ambiental, humanista, ética, dogmática e pragmática, dentre outras.

A função econômica exercida pelo contrato possibilita a circulação da riqueza pela função translativa-circulativa que proporciona. Concretiza um meio de circulação de riqueza e difusão de bens, agindo como instrumento propulsor da ordem econômica, ao exercer a tarefa de jurisdicizar e conferir segurança jurídica às relações inter-humanas e empresariais de índole particular.

Já a função regulatória do contrato pode ser traduzida pelo fato de que o contrato regula a vontade das partes (âmbito individual), sendo que o pacto deve ter conformação com as normas de ordem pública, ficando, assim, sujeita à intervenção estatal (dirigismo estatal). O contrato assimila e cumpre sua função regulatória no momento em que enfeixa os direitos e obrigações assumidas pelas partes, comportando duas vertentes: autorregulamentação do conteúdo contratual pelas partes e conformação estatal da atuação dos contratantes na estipulação do contrato.

Por sua vez, a função social do contrato, atualmente consagrada no art. 421 do Código Civil vigente, deve ser atendida no aspecto interno e externo, somente podendo ser alcançada quando o interesse coletivo se sobreponha ao

individual. É relevada por meio de sua eficácia interna (entre os contratantes) e de sua eficácia externa (além dos contratantes). Deve repercutir em toda a órbita em que encontre receptividade o instrumento contratual, relacionado com qualquer das estruturas jurídicas (direito administrativo, direito agrário, direito do trabalho etc.).

A função ambiental do contrato traduz o papel de que ele não deva causar impacto negativo ao meio ambiente. O contrato não pode estar em confronto com os interesses da coletividade em matéria ambiental, em virtude da preservação e conservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Os fatores ambientais informam dispositivos legais cuja observância constitui causa justificativa do exercício da liberdade contratual, pois estão contidos em normas de ordem pública.

Em relação à função ética do contrato, essa significa que o seu objeto deve ser lícito, além de observar as regras de probidade, lealdade, honestidade e boa-fé (arts. 187 e 422 do Código Civil).

Quanto à função humanística, o contrato não deve levar a pessoa humana a condições desumanas, devendo estar em consonância o princípio do mínimo existencial. Imposta na realização de um papel social atinente à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais, segundo os valores e princípios constitucionais.

Ao tratar da função social do contrato, Antonio RULLI NETO (2011, p. 208) aborda a função econômica do contrato, dentro da perspectiva da análise econômica do direito, dizendo que

o direito vem compatibilizando a função social e econômica do contrato desde o século XIX, como se verifica em vários autores alemães. O contrato, além de sua função social, tem a função econômica, aliás, anterior à ideia de função social, garantindo circulação de riquezas e segurança jurídica.

E prossegue o mencionado jurista:

De qualquer forma, ambas estão relacionadas à função social do próprio direito, como coloca Wald, que é a conciliação entre economia e a moral, garantindo a segurança jurídica sem a qual nenhum país pode progredir. Quanto ao contrato é um instrumento ou um reflexo patrimonial da liberdade individual constitucionalmente garantida e exerce uma função econômica e, agora, o novo Código Civil lhe acrescenta uma função social... a função

social do contrato não deve, nem pode, afastar o seu conteúdo econômico, cabendo conciliar os interesses das partes e os da sociedade.

A análise econômica do contrato, que é uma aproximação metodológica e uma tentativa interdisciplinar entre direito e economia, não se dissocia da função social do contrato. Baseado na ideia da função econômica pode-se extrair a função econômica do contrato, que, num cenário empresarial, exerce um papel de segurança jurídica e de manutenção da confiança.

Embora não se confunda função social com função econômica do contrato, não há como dissociá-las, completamente, muito menos desprezar a análise dos contratos baseados em sua função econômica, como entende Antonio RULLI NETO (2011, p. 213). A função social compreende a função econômica, podendo esta última nortear a interpretação contratual, sem dispensar a ética e os princípios jurídicos como elementos complementares, lembrando que a insegurança jurídica eleva o valor dos juros nos contratos.

3. Da função econômica da empresa

O conceito de empresa possui duas visões, ou seja, a econômica e a jurídica. Do ponto de vista econômico, Marcos Antonio S. VASCONCELLOS e Manuel Enriquez GARCIA (2009, p. 38) entendem que

empresa ou estabelecimento comercial é a combinação realizada pelo empresário dos fatores de produção: capital, trabalho, terra e tecnologia, de tal modo organizados para se obter o maior volume possível de produção ou de serviços de menor custo.

A empresa é uma organização que reduz os custos de transação de mercado. Em vez de os agentes econômicos atuarem individualmente no mercado, eles se organizam para aumentar a eficiência de suas relações contratuais. Já sob o ponto de vista da doutrina jurídica,

reconhece-se o estabelecimento como uma universalidade de direitos, incluindo-se na atividade econômica um complexo de relações jurídicas entre o empresário e a empresa. O empresário é, assim, o sujeito da atividade econômica, e o objeto é constituído pelo estabelecimento, que é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos utilizados no processo de produção. A

empresa, nesse contexto, é o complexo de relações jurídicas que unem o sujeito ao objeto da atividade econômica.

Os objetivos da empresa podem ser a busca da maximização do lucro total, otimizando a utilização dos recursos de que se dispõe (análise tradicional), supondo o princípio da racionalidade, ou, então, não ser a maximização do lucro, mas fatores como aumento da participação nas vendas do mercado, ou maximização sobre os custos de produção, independentemente da demanda de mercado.

Como a empresa é a expressão da propriedade dos bens em dinamismo (propriedade dinâmica), a organização empresarial deve organizar os bens de produção com o objetivo de produzir lucros, gerindo-os, dinamicamente.

Assim, estabeleceu a Constituição Federal, no seu art. 170, os fundamentos, objetivos e princípios da ordem econômica e financeira, reafirmando a propriedade privada como direito fundamental, desde que cumprida a sua função social, com opção pelo sistema econômico capitalista (economia de mercado). Em outras palavras, a norma constitucional quis estabelecer que os bens de produção devam pertencer, prioritariamente, mas não exclusivamente, ao particular. Daí o sentido de propriedade privada como princípio constitucional econômico.

A função econômica está muito ligada ao comércio, pois é o comércio que coloca em circulação a riqueza produzida e aumenta sua utilidade. O comércio, mais do que troca, é aproximação.

Contudo, a economia, que nos primórdios, era de troca, passou a ser uma economia de mercado ou monetária, onde o produtor não produz mais para trocar, mas para vender, adquirir moeda e aplicar o capital em um novo ciclo produtivo. Neste sentido, Antonio RULLI NETO (2011, p. 211) expressa que

o comércio passa a desempenhar uma função econômica e social, criando circulações de riquezas, além de unir indivíduos e aproximar povos, como elemento de paz e solidariedade em uma imensa ação civilizadora. Em seus fundamentos, temos a ideia de troca, que é o tráfico mercantil, expressão que significa atividade comercial.

A função da empresa é cláusula geral que vincula a atividade coordenada na economia em respeito aos bens com as quais se relaciona mais estreitamente, tais como os trabalhadores, acionistas, o meio ambiente, a comunidade e outros mais. Sua função social está prevista, expressamente, no art. 154, *caput*, da Lei nº 6.404/76:

Art. 154 – O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Bem como no art. 47, da Lei nº 11.101/2005:

Art. 47 – A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica

O Projeto de Código Comercial em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, com a concepção de constituir um código principiológico, ou seja, fundado em princípios, estabelece em seu art. 4º que “são princípios gerais informadores das disposições deste Código: I – Liberdade de iniciativa; II – Liberdade de competição; III – Função social da empresa”. Por outro lado, o seu art. 7º expressa que “a empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita”.

É a empresa, atualmente, um dos mais importantes fatores de produção, diferenciando-se da propriedade, à medida que consiste num feixe de atos interligados numa rede de contratos, formando uma instituição desmaterializada e intelectualizada.

Em se tratando de empresa, a função pode assumir o caráter de atribuir ao titular do direito funcionalizado uma responsabilidade a ser exercida no entorno que a cerca.

A função exercida pela empresa é importante pela forma de impor uma atuação à economia de mercado que promova os comandos, objetivos e princípios constitucionais da ordem econômica, maximizando sua efetividade.

4. Da função econômica da posse e da propriedade

Os bens da vida são bens segundo seu uso e utilidade e não segundo a substância mesma dos bens. Cada coisa existente na natureza tem uma função que

lhe é peculiar e natural. A função de cada bem expressa a ordem das tendências naturais aos fins próprios da pessoa humana, pois a terra visa a garantir um espaço digno para sua vida. Ensina Mauricio MOTA e Marcos Alcino TORRES (2009, p. 7), “a noção de função de um bem significa assim um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da posse destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo”.

A posse e a propriedade devem ser interpretadas como uma relação social que decorre da necessidade humana de apropriação econômica das coisas, que a lei protege, desde que essa apropriação corresponda a um ideal que releve um interesse público. O fundamento da posse parte da essência e da natureza do homem: apropriar-se de bens, inclusive para sua subsistência (direito natural).

A posse é o signo, a atribuição, a visualização e a exteriorização da propriedade. Sua proteção se justifica na garantia da paz social. Tradicionalmente, a posse era concebida como uma defesa avançada do direito de propriedade. Enquanto o direito de propriedade não é definitivamente estabelecido, a posse não pode permanecer vacante. O interesse social-econômico exige que os bens sejam utilizados, principalmente as terras produtivas, para que os campos fiquem produtivos e os imóveis urbanos sejam utilizados para fins de moradia ou exploração econômica.

Por sua vez, a perspectiva de atribuição normativa de um fim ou funcionalização ao direito de propriedade permite polarizar e orientar todo o exercício deste direito.

Ao abordar a razão natural e a revelação divina como explicação da propriedade privada, Isabel VAZ (1992, p. 22) assim se pronuncia:

A teoria de John Locke para justificar a propriedade individual baseia-se na origem divina do legado concedido a Adão e à sua posteridade. Como entende ser aquela propriedade comum aos homens, procura explicar as causas da apropriação privada dos bens (frutos, caça) e da terra pela utilização da razão, também dada por Deus. A terra e todas as criaturas inferiores são comuns a todos, diz Locke; mas cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa, à qual ninguém, senão ele, tem direito. “O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele”. Tudo que o homem, por meio do seu trabalho, retira do estado em que a natureza o deixou, torna-se sua propriedade, pelo acréscimo de algo que lhe pertence. Ao aplicar o homem ao trabalho, que é sua propriedade exclusiva, em colher um fruto, abater uma caça ou cultivar um pedaço de terra, adquire sobre estas coisas um direito privado, exclu-

dente de qualquer outro, ao menos enquanto houver bens em comum suficientes para terceiros.

Não há contradição entre a função individual e social da propriedade, pois é possível a utilização de um bem para a satisfação simultânea de necessidades pessoais e às exigências do bem comum.

A propriedade mudou a forma de ser. De direito individual com poderes absolutos, hoje elevado à categoria de direito fundamental, tutelado pela Constituição e limitado em função da destinação social que lhe é imposta. Já não se pode usar e dispor da propriedade da maneira que melhor convenha. Há que se observar se ela cumpre com sua função determinada pela ordem jurídica.

Ao contrário da função da posse, na qual a legislação não é clara a respeito, na função da propriedade, tanto a Constituição Federal como o Código Civil vigente (art. 1.228, § 1º, do CC) trazem as diretrizes normativas da funcionalização desse direito subjetivo privado. Como cláusula geral, de abrangência geral, o art. 1.228, § 1º, do Código Civil que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”. A referida norma estabelece um dever com parâmetro socioeconômico, obrigando o proprietário a exercer o seu direito de proprietário conforme seu fim econômico e social.

Não se pode esquecer, ainda, que a propriedade poderá ensejar seis modalidades de externalidades econômicas (incômodo, poluição, risco criado, comportamentos salutares e o tratamento dado à propriedade produtiva). Há, então, várias maneiras da propriedade particular influenciar a economia, negativamente ou positivamente, daí a necessidade de se definir o fim econômico e social da propriedade, à medida que será dever do proprietário agir de acordo com os ditames legais.

5. Da função econômica da responsabilidade civil

Na doutrina, embora haja divergência quanto ao elenco das funções da responsabilidade civil, há sempre duas funções primordiais: a) função reparatória ou compensatória; b) função preventiva (prevenção de danos).

Depois de mostrar que a responsabilidade civil sempre teve cinco funções (castigo do culpado; vingança da vítima; indenização da vítima; restabelecimento da ordem social; prevenção dos comportamentos antissociais), André TUNC (1989, p. 133), disseminador da teoria da diluição dos custos, afirma que o direito da responsabilidade civil conservou, na verdade, duas funções: a) indenização; b) prevenção por dissuasão. Para André Tunc, deve ser distribuído o peso das inde-

nizações às pessoas que são capazes de suportá-las, sem se considerar se aí existe verdadeiramente uma diluição.

Então, diante das consequências negativas da ação danosa, tem a responsabilidade civil a função preventiva para gerar incentivos para dissuadir os produtores de danos e a função ressarcitória ou compensatória para assegurar às vítimas a compensação ou reparação pelos prejuízos causados. Porém, a função fundamental da responsabilidade civil é a ressarcitória, destinada à remoção dos efeitos danosos da injusta lesão sofrida.

Com base na afirmação de Guido Alpa, Teresa Ancona LOPES (2010, p. 73) diz que a grande parte da doutrina acolhe quatro funções fundamentais da responsabilidade civil, assim enunciadas:

- a) *a função de reagir ao ato ilícito danoso, com o escopo de ressarcir os sujeitos prejudicados por eles;*
- b) *função de ripristinar ao statu quo ante. Ou seja, colocar a vítima na situação anterior ao dano;*
- c) *a função de reafirmação do poder sancionatório ou “punitivo” do Estado;*
- d) *a função preventiva (deterrence) para intimidar a repetição de atos prejudiciais a terceiro. A essa, Alpa acrescenta mais duas funções de caráter econômico;*
- e) *a distribuição das “perdas”, de um lado;*
- f) *a alocação dos custos, de outro.*

Explica Teresa Ancona LOPES que, por distribuição de perdas, entende-se

a transferência destas da vítima para aquele que deve responder. Na alocação de “custos”, é a individualização desses custos relativamente à assunção do risco conexo à realização do dano, ou seja, esses custos devem ser repartidos entre as atividades de prevenção e as operações de ressarcimento do dano.

Ao tratar das funções do princípio da reparação integral, Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO (2010, p. 57) identifica três funções fundamentais do referido princípio:

- a) *reparação da totalidade do dano (função compensatória);*
- b) *vedação de enriquecimento injustificado do lesado (função indenitória);*
- c) *avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora do prejuízo real).*

Nos danos extrapatrimoniais, em que não é possível mensurar precisamente a indenização pecuniária, a finalidade da responsabilidade civil é satisfatória. Particularmente na indenização do dano extrapatrimonial, Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO (2010, p. 271) vislumbra alguns traços da função sancionatória ou punitiva eventualmente reassumida pela responsabilidade civil.

Há, então, um lado econômico da responsabilidade civil diante da necessidade de alocação de riscos e de custos, como leciona Teresa Ancona LOPES (2010, p. 62). Na responsabilidade civil geral, o custo das indenizações progride mais rapidamente nas principais economias que a própria atividade econômica, consideradas em conjunto.

As ações de responsabilidade civil têm aumentado e continuarão a aumentar não só porque seu campo de aplicação se expandiu, mas também porque houve a adoção de outras teorias, tais como a teoria fundada no risco. É importante lembrar que a indenização tem alto custo econômico e social.

Numa visão econômica, Teresa Ancona LOPES conclui que o custo das medidas preventivas não pode ser maior que o da reparação, a responsabilidade civil tem por fim prevenir danos quando só a reparação não se mostra hábil para isso, além de que a lei deve procurar maximizar a eficiência econômica e incentivar atividades que geram ganhos econômicos excedentes sobre os custos.

Por fim, tanto economicamente quanto moralmente, essencial é a prevenção de riscos e de danos como medida protetora dos cidadãos.

6. Da função econômica das famílias e das sucessões

As famílias e as sucessões cumprem um papel importante na seara econômica. Tanto é assim que o fluxo real de funcionamento de uma economia de mercado tem como agentes econômicos fundamentais as famílias (unidades familiares) e as empresas (unidades produtoras). As famílias são as proprietárias dos fatores de produção e os fornecem às unidades de produção (empresas) por meio do mercado de fatores de produção. As empresas, pela combinação dos fatores de produção, produzem bens e serviços e os fornecem às famílias no mercado de bens e serviços.

Portanto, as famílias e as empresas exercem um duplo papel na economia. No mercado de bens e serviços, as famílias demandam bens e serviços, enquanto as empresas os oferecem; no mercado de fatores de produção, as famílias oferecem os serviços dos fatores de produção (de sua propriedade), enquanto as empresas os demandam.

No entanto, o fluxo real da economia só se torna possível com a presença da moeda, utilizada para remunerar os fatores de produção e para pagar os bens e serviços (fluxo monetário da economia).

Sofre variação no tempo e no espaço, a ideia de família é um tanto complexa. Família é um agrupamento de pessoas, sujeita a peculiaridades que variam de época a época, e de sociedade para sociedade. Atualmente, há vários modelos de família, falando-se, pois, em famílias, tais como a família matrimonial, família por união estável (informal ou extramatrimonial), família homoafetiva, família mosaico, família monoparental, família parental e família paralela. Criou-se até a ficção da família unipessoal, composta por apenas uma pessoa que vive sozinha. Contudo, não se pode negar a elas o seu caráter organizacional.

Já o direito das sucessões tem por objeto regulamentar a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre a seus herdeiros e legatários. Para César FIUZA (2007 p. 1001), “sucessão é a continuação de uma pessoa em relação jurídica, que cessou para o sujeito anterior e continua em outro. É a transferência de direitos de uma pessoa para outra”.

Para Elpídio DONIZETTI e Felipe QUINTELLA (2012, p. 1095),

o fundamento da sucessão, originalmente, seria justamente a perpetuidade do culto e da propriedade da família. E, independentemente, do fundamento originário da sucessão, parece quase unânime a ideia que o fundamento da sucessão, nos tempos atuais, é a propriedade, que se descaracterizaria se perdesse o atributo da transmissibilidade *post mortem*.

A doutrina até questiona quanto a se falar de função social da família e das sucessões. Lembra Rosa Maria de Andrade NERY (2008, p. 253) que “evidentemente, por detrás da estrutura do direito de família e das sucessões existe uma função específica a ser perseguida pela proposição científica do direito”. E assim se expressa:

Há quem diga que viver é arriscado e que o risco pode compor um sistema de responsabilidade civil. A meu juízo, é possível parafrasear Martin Wolff e Otto von Gierke, a partir de sua memorável sentença “a propriedade obriga” (*Eigentumverpflichtet*), e afirmar que viver é arriscado e que “a vida obriga”.

É possível semear a crença de que a ciência, aliada à ética, pode conceber soluções precisas e preciosas para os fenômenos sócio-jurídicos vivencia-

dos no âmbito da família. É dever do jurista, enquanto cientista do direito, buscar com seu intelecto cumprir o papel que a ciência se propõe a desenvolver na sociedade: dar aos homens, dentro de parâmetro ético e preciso, e de regras jurídicas dele conhecidas, segurança em suas relações sociais. Os temas jurídicos que envolvem o fenômeno da família em nosso País colhem momento de especial significação.

Dentre outras funções, a família possui função social, função biológica, função econômica, função cultural, função psicológica e função espiritual. A função econômica da família regula o direito de propriedade e herança e ao mesmo tempo fornece os elementos de sustentação econômica das sociedades. É supridora das necessidades vitais das pessoas.

No âmbito sociológico encontramos a família como instituição primária e como um instrumento da sociedade para sustentação do seu próprio equilíbrio. A família é a mais eficiente estrutura de relação humana criada pela sociedade para a realização de certas funções essenciais. A função econômica, pela qual a família procura os meios de sobrevivência e conforto, é a base material imprescindível ao desempenho das demais funções.

A família tem sido o veículo dos costumes e das artes, das tradições e da moral. A essa função da família como centro moral e integrador da sociedade veio somar-se a função econômica, pois a família tornou-se uma unidade, um núcleo de produção.

Assim, caracterizada a família como unidade produtiva e consumidora de bens e serviços da economia real, bem como a sucessão com instrumento jurídico eficaz para assegurar a transmissibilidade e circulação dos bens e da riqueza após a morte, indiscutível é a função econômica exercida pelas famílias e pela sucessão.

Conclusão

O desempenho de um papel, o alcance de um fim, a assunção de uma responsabilidade específica, ou a razão ou causa determinante são os principais sentidos a partir dos quais se pode predicar a função em direito. Cuida-se da relação que determina o alcance de uma finalidade específica.

A noção de função econômica vem desde Platão, pois, em *A República*, ensina que o homem tende a viver em sociedade para conseguir suas necessidades de sobrevivência. As primeiras legislações tinham função não só de pacificação social, mas também de regulação comercial. A Lei de Hammurabi e a Lei de

Manu contém diversas regras sobre questões de natureza comercial e econômica.

A antiga forma de ver o direito civil, resultado da influência do Código Civil francês fundado no direito romano, tomou o Código Civil como centro das relações privadas e como único fundamento. Todavia, essa visão redutora do direito civil se encontra ultrapassada. A Constituição passou a ser o eixo do sistema, influenciando o direito privado a evoluir. Conteúdo mais amplo passaram a ter as Constituições, pois não se limitaram mais apenas a cuidar da estruturação do Estado, indo além ao assumirem o papel de transformadoras das velhas estruturas e instituições de direito civil, sendo extremamente importante nesse contexto a função exercida pelos institutos jurídicos.

O direito civil evoluiu muito nos últimos tempos, refletindo a transformação econômica, ideológica e política da sociedade ocidental. As desigualdades sociais decorrentes do sistema capitalista e da economia massificada fizeram com que as regras contratuais passassem a ser não apenas um instrumento de proteção das liberdades individuais, mas também de promoção da igualdade e da busca da justiça contratual.

O direito civil vem sendo valorizado e revigorado por meio da funcionalização dos seus institutos jurídicos, sempre em busca da concretização dos ideais de justiça. Ora, os direitos são outorgados ao homem para permitir que cumpra sua função na sociedade. A função dos institutos jurídicos de direito civil depende dos interesses envolvidos, pois a cada interesse corresponde uma função.

A reconstrução do direito civil, a partir da inclusão da Constituição no centro do sistema jurídico, impõe a revisão e redimensionamento do papel exercido pelos velhos institutos de direito privado.

Então, o contrato, a posse, a propriedade, a empresa, a família e a sucessão devem ser encarados como instrumentos funcionalizadores da economia, sob pena de perversão da ordem econômica capitalista, sem a perda de uma abordagem estruturalista. As situações jurídicas existentes devem ser valoradas e sopesadas, sob a ótica civil-constitucional.

O direito civil tem sofrido grandes transformações, preservando a sua essência individualista – liberdade e a autonomia privada –, mas orientando-se, também, para realizar melhor equilíbrio social e buscar novas preocupações, sobrepondo o interesse coletivo (onde se incluiu a harmonia social), aos interesses individuais.

É tarefa do direito corrigir situações injustas a que conduziu, quando imperava na órbita política e econômica somente o liberalismo. Modernamente, o direito

tende para a socialização e a moralização, com a inserção de um conteúdo mais humanístico, justo, solidário, social e ético, sem fugir de sua função econômica.

O direito civil clássico, de inspiração individualista, no qual predominava a tutela dos que tinham poder (pai de família, proprietário, patrão, credor e testador), foi substituído por um ordenamento em que os valores são outros, exigindo a necessidade de harmonização dos interesses em conflito e em estado de tensão. Deve se buscar atender os fins socioeconômicos-funcionais.

Por ser inerente à natureza humana, a regra geral deve ser as liberdades nas relações privadas. A intervenção estatal só se justificaria de forma excepcional e dentro dos limites do razoável, sob pena de ensejar insegurança jurídica e desestabilizar a ordem social. Há de se levar em conta, ainda, que os institutos jurídicos de direito civil cumprem importante função econômica, decorrente da influência que a economia gera no direito.

A funcionalização do direito está implícita em nossa ordem jurídica civil-constitucional vigente, fundada numa escala de valores superiores e fundamentais, inseridos no contexto de funcionalização e concretização dos direitos subjetivos privados.

Por fim, deve a Carta Magna servir como filtro constitucional a impedir qualquer contrariedade aos interesses da sociedade, servindo à funcionalização econômica do direito, ao lado de outros princípios jurídicos, como instrumento balizador da interpretação do direito civil em relação aos seus institutos.

Assim, não se justifica mais o direito civil apenas direcionado, exclusivamente, à sua estrutura, devendo haver uma mudança de direcionamento, para que a abordagem jurídica seja também funcionalizante, possibilitando que a preocupação em saber “como o direito é feito” deva ceder, em muitos casos, “para que o direito serve”.

A ciência jurídica tem se preocupado com a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos. Não há só o interesse em conceituar a estrutura dos institutos, mas em buscar o melhor papel e finalidade que o direito civil possa cumprir. A funcionalização e o caráter instrumental econômico do direito civil se direciona não só ao contrato, à posse, às propriedades, às empresas e às famílias, mas à reconstrução do direito subjetivo privado como um todo.

Num sistema de economia de mercado em que se garante a liberdade de iniciativa particular, a liberdade econômica e a propriedade privada dos bens de produção, não há como o direito civil e seus institutos jurídicos não exercerem função eminentemente econômica, pois os problemas sociais são, antes de mais nada, questões econômicas.

Referências Bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos. Interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. (Coord.) *Função social no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FIUZA, César. *Direito civil. Curso completo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino (coord.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RULLI NETO, Antonio. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Editora Econômica, 1989.
- VASCONCELLOS, Marco Antonio S. ; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil. Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Resumo

O presente artigo aborda a função econômica do direito civil, que deve ser compreendida dentro de um contexto mais amplo de funcionalização do direito, sem que com isso lhe seja retirada a sua dimensão estruturalista. O contrato, a posse e a propriedade, a empresa, a responsabilidade civil, as famílias e as sucessões, na qualidade de institutos de direito civil, dentre outras funções, possuem também função econômica.

Palavras-chave: Funcionalização do direito; Direito civil; Função econômica; Contrato; Empresa; Posse e propriedade; Responsabilidade civil; Famílias e sucessões.

Abstract

The present article examines the economic function of the civil law, which must be understood within a broader context of functionalization of law. Without which, it will be removed with its structuralist dimension. The contract, ownership and property, company, liability (civil responsibility), families and succession, as the institutes of civil law, among other functions, also have economic function.

Keywords: Functionalization of law; Civil law; Economic function; Contract; company; Ownership and property; Liability (civil responsibility); Family and succession.

A certidão de nascimento da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal, dá atenção especial às chamadas “Contas do Governo”, esclarecendo três relevantes questões: Quem deve prestá-las? O que são essas contas? Qual a sua finalidade?

Também chamadas de “Contas do Presidente da República”, têm grande importância para a vida e o dia a dia de cada cidadão, pois trazem informações substanciais em termos de saúde, de educação, e de segurança pública. Nas felizes palavras de Francisco, o Papa, “os pilares fundamentais que sustentam uma nação, os seus bens imateriais”.

A competência de prestá-las

De quem é a competência de prestá-las? Será que é apenas do Poder Executivo, “Contas do Poder Executivo”, ou dos Chefes de cada Poder, “Contas de cada Poder”, ou, ainda, do “Governo da República”, “Contas do Governo da República”?

A questão é aclarada pela Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada” (parágrafo único do art. 70 da CF). Ou seja, de acordo com o texto constitucional, a competência de prestá-las é atribuída a uma pessoa.

Como no Direito Público brasileiro Poder não é pessoa, logo Poder não presta contas. Em consequência, por exemplo, não têm constitucionalmente os Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, nessa condição, o dever de prestar contas.

E, para modificar a atribuição dada pela Lei Fundamental a “qualquer pessoa”, o instrumento próprio é a Emenda Constitucional e não Lei Complementar, como a LC 101/2000 (LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal).

Mas, afinal, de quem é a competência de prestar as chamadas “Contas do Governo”?

É privativa do Presidente da República, assim determina a Constituição Federal (inciso XXIV do art. 84 da CF).

Privativa, mas não exclusiva. Há diferença entre as duas? Sim. A competência privativa pode ser delegada (transmitida para outro), e a exclusiva não. No caso das “Contas do Governo”, não há delegação Constitucional ou de Emenda Cons-

titucional. Portanto, a competência de prestá-las é apenas do Presidente da República e não de Chefes de cada Poder ou de Poder isoladamente.

As “Contas do Governo”

O que são essas contas? Será que são contas pessoais do Presidente da República ou de outra pessoa?

É sabido que no Direito Público brasileiro existem pessoas. No âmbito externo, a República Federativa do Brasil, o “Estado Federal”; e no interno, integrando o “Estado Federal”: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

Como a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel de outras pessoas de direito público interno, ela não presta contas individualmente. Portanto não são “Contas do Governo da República”.

Mas, afinal, o que são as chamadas “Contas do Governo”?

São as contas da pessoa jurídica de Direito Público Interno União, visto que tais contas “consistirão nos balanços-gerais da União e no relatório do órgão central do sistema de controle do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do art. 165 da Constituição Federal” – (parágrafo único do art. 36 da Lei 8.443/92). E um dos orçamentos de que trata o dispositivo constitucional é o “orçamento fiscal referente aos Poderes da União” (inciso I do § 5º do art. 165 da CF).

Em outras palavras, tais contas devem apresentar, dentre outros, o balanço-geral dos fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta dos Poderes da União: Executivo, Legislativo e Judiciário; bem como das Funções Essenciais à Justiça: o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União e a Defensoria Pública.

A finalidade das chamadas “Contas do Governo”

A principal finalidade das “Contas do Governo” prestadas pelo Presidente da República é apresentar as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial da União em 31 de dezembro.

Outras duas relevantes finalidades são: controle e fonte de informação para o gestor público.

Controle concentrado, pelo Poder que autoriza a realização da receita e da despesa. Que poder é esse? O poder que emana do povo e é exercido por seus representantes no Congresso Nacional, que tem a competência exclusiva, não de-

legável, de “julgar anualmente as contras prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo” (inciso IX do art. 49 da CF). Esse controle é realizado tendo por base a apreciação realizada pelo Tribunal de Contas da União, mediante parecer prévio.

Controle difuso, pelo cidadão ou por setores da sociedade, que examinam, por exemplo: Como foram executados os programas de governo? Quais atingiram suas metas? Os recursos foram efetivamente aplicados? Houve eficiência nos resultados? Há necessidade de mais recursos? O crescimento econômico foi adequado? Que medidas podem e devem ser adotadas para incrementá-lo? Houve irregularidades na execução da receita e da despesa?

Fonte de informação para que o gestor público adote as medidas necessárias ao aprimoramento da execução dos programas de governo.

Portanto, é privativa do Presidente da República a competência de prestar as contas da União, as chamadas “Contas do Governo”, que têm como principais finalidades:

- apresentar as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial da União em 31 de dezembro;
- ser fonte de informação; e
- ser instrumento de controle.

Resumo

O articulista discorre, à luz da Constituição Federal, acerca do que são as chamadas “Contas do Governo”, quem deve prestá-las e suas respectivas finalidades, para, ao final, propugnar que trata-se de iniciativa privativa do Presidente da República a competência de prestar as contas da pessoa jurídica de Direito Público Interno União, as chamadas “Contas do Governo”, cujas principais finalidades são: apresentar as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial da União em 31 de dezembro, ser fonte de informação para o gestor público e instrumento de controle.

Palavras-chave: Contas do Governo; Pessoa Jurídica de Direito Público União; Fonte de informação; Instrumento de Controle.

Abstract

The author discusses, based on Constitution, of what are called the “Government Accounts”, who should provide it and the irrespect ivepurposes, for, in the end, advocate that this is a private initiative of the President of the Republic the compe-

tence to provide accounts of the Internal Public Law legal entity known as Union. These “Government accounts” main objects are: to present the financial, budgetary, accounting and equity position of the Union at December 31, and also to be a source of information for the public manager and instrument control.

Keywords: Government Accounts; Internal Public Law Legal Entity known as Union; Information source; Control Instrument.

É consequência inevitável do caráter dirigente da Constituição Federal de 1988 a intromissão do Estado na esfera privada dos particulares. Todavia, não temos a pretensão de discutir aspectos sociológicos ou políticos da publicização de atividades anteriormente entregues ao arbítrio dos sujeitos de direito. O que se propõe é ofertar um estudo acerca do exame de legalidade dos meios pelos quais o Poder Público torna efetiva essa invasão, notadamente no que diz respeito ao impacto da exação tributária, realizada por meio do ato administrativo de lançamento, uma das formas mais contundentes de intervenção no patrimônio dos indivíduos.

Se, por um lado, a observância da estrita legalidade na atividade administrativa cumpre função essencial de garantia dos administrados, sob outra perspectiva, o rigor no cumprimento da lei é de fundamental importância para que o Estado alcance as finalidades de interesse público às quais está voltado. Há de notar-se, então, que é mediante a expedição de atos administrativos que o Poder Público exerce sua atividade, realiza desideratos, e, dessa forma, qualquer estudo em que se pretenda analisar a estrutura do ato administrativo, tendo em vista facilitar seu controle de legalidade, mostra-se necessário.

O Poder Público atua mediante a expedição de atos administrativos, ou seja, normas concretas (individuais ou gerais) que conferem positividade aos comandos abstratos e que, de forma obrigatória, desencadeiam a atividade administrativa. Tais atos possuem idêntica estrutura lógico-sintática inerente a todas as normas jurídicas: antecedente descritor (motivação) de evento ocorrido na realidade social (motivo do ato) subsumido à hipótese descrita na norma geral e abstrata que lhe serviu de fundamento de validade (motivo legal), implicando o consequente prescritor de efeitos jurídicos.

Percebe-se que o ato administrativo de lançamento tributário, norma individual e concreta produzida exclusivamente pelo Poder Público, apto a marcar o inteiro teor da exigibilidade do crédito nele consignado, aponta, na regra matriz de incidência, os critérios identificadores para determinar a intensidade do fato jurídico tributário (a base de cálculo), a alíquota aplicável, bem como também os sujeitos ativo e passivo da relação.

O ato-documento de lançamento é fonte formal da norma tributária individual e concreta de imposição tributária, enquanto o teor da enunciação enunciada é o meio de construção da fonte material (atividade de enunciação dos enunciados prescritivos) e também fonte formal da norma geral e concreta do exercício da competência para a produção do lançamento (veículo introdutor).

O crédito tributário também pode ser formalizado mediante a expedição de norma individual e concreta produzida pelo particular, quando a lei lhe confere competência para tanto (tributos sujeitos ao chamado “lançamento por homologação”). Os elementos (suporte físico, motivação, conteúdo, objeto, sujeitos ativo e passivo) e pressupostos (sujeito produtor do ato, motivo, requisitos procedimentais, causa e finalidade) do lançamento tributário são separados da mesma forma que os atos administrativos em geral.

A finalidade do lançamento, expressamente prevista na regra matriz de incidência, é o que se pretende mediante a exação tributária: o abastecimento dos cofres públicos por força da cobrança do tributo ou a intervenção no sistema econômico, quando há incidência de tributo de natureza predominantemente extrafiscal, assim é verificável a partir da indicação no *enunciado* da norma geral e abstrata que lhe serviu de fundamento de validade. O presente trabalho pretende fazer uma análise do tema “Lançamento Tributário e o Processo Administrativo Fiscal”.

No trabalho elaborado, a revisão de literatura/pesquisa bibliográfica contribuirá para: obter informações sobre a situação atual do tema pesquisado, conhecer publicações existentes sobre o assunto e os aspectos que já foram tratados e examinar os julgamentos similares e diversos a respeito do assunto ou de aspectos relacionados ao tema da pesquisa. A revisão de literatura é o resultado do processo de classificação e apreciação do que já foi divulgado sobre o assunto e o problema de pesquisa escolhidos.

O suporte físico há de ser sempre escrito, formalizado em um documento denominado lançamento tributário ou no documento de auto de infração que, muitas vezes, além de encerrar norma de aplicação de penalidade, também contém norma individual e concreta que constitui a relação jurídica tributária.

Cláudia Guerra¹ nos diz que:

A motivação é a declaração da ocorrência de um evento concreto e da sua respectiva correspondência à descrição constante do antecedente da regra-matriz de incidência tributária. Contém, portanto, o fato jurídico tributário (enunciação do motivo do ato) e a declaração em que ocorreu a subsunção

à hipótese da norma geral e abstrata (ao motivo legal). A motivação constitui o antecedente da norma individual e concreta e, tratando-se de ato vinculado submetido à forma escrita, como é o lançamento tributário, a motivação deve estar presente no *enunciado*.

O conteúdo dessa norma é o comando prescritivo oriundo da instituição da obrigação tributária, isto é, a prescrição que determina o pagamento do tributo pelo sujeito passivo ao sujeito ativo. Encontrado no *enunciado*, identifica-se como o consequente da norma individual e concreta, abrangendo, portanto, outros dois elementos: o objeto e os sujeitos da relação jurídica tributária.

O objeto é aquilo sobre o que verte o conteúdo normativo: a obrigação tributária, isto é, o comportamento de entregar certa quantia em dinheiro aos cofres públicos, cerne da relação jurídica tributária.

Essa ideia é comungada por Geraldo Ataliba² quando avalia que:

O objeto dos comandos jurídicos só pode ser o comportamento humano, assim, nenhum preceito se volta para outra coisa senão o comportamento. Não há norma jurídica dirigida às coisas. Só o comportamento livre do homem (e, por extensão, o das pessoas jurídicas) pode ser objeto dos mandamentos jurídicos.

Essa ponderação enseja evidenciar que o objeto da norma tributária não é o dinheiro, transferido aos cofres públicos, mas sim o comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos. As obrigações de dar têm um objeto que é o comportamento consistente em dar alguma coisa. Essa coisa é o objeto material do comportamento, o qual, à sua vez, é objeto do comando. O comportamento objeto do comando, na relação obrigacional, recebe a designação de prestação.

Além do mais, recorde-se com Celso Antonio Bandeira de Mello³ que, acolhendo as lições de Zanobini, denuncia:

O conteúdo dispõe sobre alguma coisa, que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa (conteúdo) a respeito de outra coisa (objeto). O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas.

O objeto, como se trata do núcleo do conteúdo, é verificado no consequente da norma individual e concreta e no enunciado. Quando se trata dos sujeitos dos

atos administrativos em geral, afirma-se ser o sujeito ativo o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária podendo, mesmo no campo do Direito Tributário, ser pessoa jurídica pública, privada ou, ainda, pessoa física. Contrariando os dispositivos constitucionais que permitem às pessoas titulares de competência tributária transferir a capacidade ativa para outros entes públicos ou privados, o art. 119 do CTN prescreve que “o sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento”.

Sabe-se que, em virtude do princípio federativo, o que é indelegável é o exercício da competência para instituir tributos, não sendo vedado, todavia, que a competência para sua cobrança seja transferida para outra pessoa diversa daquela que inovou o ordenamento jurídico. Paulo de Barros Carvalho⁴ observa a impropriedade do citado art. 119 do CTN e nota que:

Insiste o legislador do Código Tributário Nacional em dizer que só a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios terão legitimidade para ocupar a posição de sujeito pretensor nas obrigações tributárias. Se levar a sério a letra do art. 119, cairão por terra todas as construções relativas à parafiscalidade, atiradas ao desconfortável reduto das normas eivadas de invalidade.

O sujeito passivo da relação jurídica tributária é a pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, obrigada a cumprir a prestação pecuniária, nos vínculos obrigacionais, ou meros deveres instrumentais ou formais.

O art. 121, parágrafo único do CTN, determina que o sujeito passivo pode ser o contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com o fato gerador ou o responsável, quando, sem ser o contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa de lei. Ocorre que tal distinção se mostra insatisfatória, uma vez que, assim como o responsável, o contribuinte vem sempre determinado na lei.

Essa orientação normativa baseia-se na doutrina de Rubens Gomes de Souza⁵, o qual classifica a sujeição passiva em direta ou indireta, sendo que esta última pode assumir a feição de transferência ou substituição, porém adverte que esta divisão entre sujeição passiva direta ou indireta é de interesse pré-legislativo, refere-se a aspectos de ordem factuais, pois, em verdade, a lei não substitui ou transfere a sujeição passiva; ela institui o sujeito passivo. Antes dela, portanto, não havia, juridicamente, o obrigado, isto é, o sujeito direto.

O sujeito produtor do ato, pressuposto da norma individual e concreta, é o agente competente para expedi-la. Como se está tratando de ato administrativo de

lançamento tributário, há de ser feito, obrigatoriamente, por um agente público (fiscal, auditor etc.), cuja assinatura deve constar do documento normativo, compondo aspecto da enunciação enunciada da norma individual e concreta.

O lançamento tributário é ato administrativo de conteúdo estritamente vinculado, e, dessa forma, a vontade do seu agente produtor não provoca nenhuma repercussão jurídica, não integrando, portanto, um dos seus pressupostos normativos. O seu motivo, o acontecimento que deu ensejo à expedição da norma individual e concreta com determinado conteúdo é o próprio evento subsumido à hipótese abstrata da regra matriz de incidência tributária. Trata-se, portanto, do pressuposto de fato, ocorrido no mundo fenomênico e que, uma vez vertido em linguagem competente, integra a motivação como o próprio fato jurídico tributário do ato administrativo de lançamento tributário.

Quando se trata dos elementos e pressupostos dos atos administrativos em geral, dir-se-ia que o motivo está para o evento, enquanto a motivação contém o fato jurídico tributário e a declaração de que este se subsumiu ao motivo legal.

Entende-se que o primeiro pressuposto é algo exterior e que antecede a produção da norma individual e concreta, enquanto a motivação, elemento interno, corresponde à descrição em linguagem jurídica do evento pelo sujeito competente, assim como a declaração de que houve a subsunção à hipótese da regra matriz de incidência tributária.

Em virtude disso, o motivo do lançamento (evento ocorrido na realidade fenomênica) perde-se no tempo, e só teremos acesso a ele mediante a descrição inserta na motivação. Dessa forma, não se pode dizer que, a rigor, o motivo compõe o enunciado, mas, sim, apenas a motivação – antecedente normativo –, uma vez que nela é que se encontra sua descrição em linguagem competente, a partir das provas apresentadas, mesmo que exista correspondência perfeita ao acontecimento concretamente ocorrido (e irrepetível) na realidade social.

Como exemplo, consideremos a hipótese do lançamento tributário que, no seu antecedente, declarara a ocorrência de circulação de mercadoria, constituindo, assim, uma relação jurídica tributária, decorrente da incidência e aplicação da regra-matriz do ICMS. Todavia, não se tratava de circulação de mercadoria subsumida à hipótese normativa, mas, sim, de mera saída de bens para demonstração, com posterior retorno ao local de origem. Apesar de o lançamento tributário ter sido expedido por autoridade competente, veiculado em suporte físico prescrito em lei, tal ato seria passível de invalidação.

É caso de erro de fato, no qual houve um equívoco quanto à constituição do fato jurídico tributário inserto no antecedente da norma individual e concreta,

em virtude da verificação de não-coincidência entre o evento ocorrido na realidade social e a descrição constante da hipótese da norma individual e concreta. Antes da expedição da norma de invalidação, esse lançamento continuará válido no sistema jurídico positivo e o motivo declarado na motivação será considerado perfeito.

Requisitos procedimentais são atos jurídicos anteriores à expedição de algumas espécies de atos administrativos. Em certas situações, para que se dê a constituição da relação jurídica tributária pelo lançamento, é necessária a produção de atos jurídicos anteriores. Em virtude disso, alguns entendem que o lançamento não é ato e sim procedimento administrativo.

Paulo de Barros Carvalho⁶, ao sustentar a natureza de ato administrativo do lançamento tributário, adverte que “este ato pode verificar-se apenas com as providências físicas e mentais da autoridade competente, sem o concurso de qualquer outro ato administrativo”.

Percebe-se, portanto, que se terá, na enunciação enunciada, um índice para identificar os requisitos procedimentais que antecederam a feitura do ato administrativo de lançamento. A causa da norma veiculada pelo lançamento é a relação de adequação entre o motivo do ato e seu conteúdo. É reconhecida mediante a observância da descrição desse motivo inserido no antecedente da norma jurídica (motivação), isto é, do fato jurídico tributário e da relação jurídica tributária instalada, cujo liame deve corresponder ao disposto na regra matriz de incidência aplicável à espécie.

O evento (motivo do ato) se esgota no passado e conhece-se dele apenas aquilo que nos foi relatado em linguagem competente, por meio da constituição do fato jurídico tributário (na motivação). A causa do lançamento tributário, portanto, é verificável a partir do exame de dois aspectos do *enunciado*: de parte da motivação (fato jurídico tributário) e do conteúdo prescritivo da norma. Não será, portanto, declarada de plano, da maneira como o são a motivação e o conteúdo, mas pressupõe um trabalho hermenêutico de construção, e comprovação, da aludida relação de pertinência.

Por fim, sua finalidade é aquilo que se pretende mediante a exação tributária: o abastecimento dos cofres públicos por força da cobrança do tributo ou, ainda, a intervenção no sistema econômico, social etc., quando há incidência de tributo de natureza predominantemente extra fiscal.

A finalidade, como não poderia deixar de ocorrer, vem expressamente prevista na regra-matriz de incidência, em virtude da tipicidade dos atos administrativos. É por isso que, assim como a causa, a finalidade não é enunciada na norma

individual e concreta de lançamento, mas plenamente verificável a partir da indicação, no *enunciado*, da norma geral e abstrata que lhe serviu de fundamento de validade (motivo legal).

O ato administrativo de lançamento tributário é norma individual e concreta com características inerentes ao órgão competente que o expediu, o Poder Público. Por outro lado, para possuir o poder coercitivo próprio à sua natureza jurídica, deve pertencer ao sistema (existência jurídica) e guardar relação de pertinência com as normas que lhe são superiores (validade).

Está-se, portanto, com Estevão Horvath⁷ quando leciona:

Posto no mundo jurídico pelo agente público competente, mediante o cumprimento dos requisitos colocados na lei para sua emanção, dir-se-á que o lançamento é válido e, portanto, na linguagem kelseniana, existente. Estando, depois disso, em vigor o ato administrativo tributário, ou seja, apto a reger os comportamentos dos sujeitos passivos e a produzir consequências de Direito que o ordenamento jurídico lhe atribui, somente pode ser modificado pela autoridade administrativa competente e de conformidade com o procedimento que a lei determina, ou pelo Judiciário.

Percebe-se que se trata da norma jurídica de invalidação, pois, como assevera Eurico Marcos Diniz de Santi⁸, “Norma invalida norma. A norma invalidante, como a norma invalidada, nasce de um fato, é válida, e integra o repertório do sistema empírico do direito posto”.

A norma invalidante possui, no antecedente, a declaração de existência da norma individual e concreta de lançamento e da verificação de vício decorrente da desobediência de outras, gerais e abstratas, que cuidam do seu processo de produção ou de aspectos substanciais de sua estrutura. No conseqüente, por sua vez, encontra-se o enunciado prescritor, determinando a cassação da validade dessa mesma norma impositiva.

Como assevera Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁹, “o negócio jurídico é nulo, ou anulável, porque alguma regra jurídica sobre nulidade ou anulabilidade o atinge, mas entra ele no mundo jurídico”.

O fato jurídico necessário para a expedição da norma invalidatória, portanto, é a existência de vício, reconhecido seja no processo produtivo, seja em aspectos substanciais da norma. Ao falar que a norma individual e concreta de lançamento tributário é retirada do sistema por outra que lhe casse a validade, deve-se observar a estrutura desta última: o antecedente descritivo da existência da norma impositiva.

va, bem como as razões ensejadoras da cominação de retirá-la do ordenamento, implicando o conseqüente, prescritor da invalidação.

Há de notar-se que se separam as normas de invalidação – gênero abrangente das hipóteses de nulidade e anulação – das de revogação. As primeiras têm como fato jurídico necessário os casos de vícios quanto a aspectos substanciais da norma veiculada pelo lançamento ou quanto ao seu processo de produção, enquanto as segundas, de revogação, possuem como hipótese fáctica questões relativas à conveniência ou oportunidade de mantê-la no sistema jurídico.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰ faz a distinção entre invalidação e revogação lecionando que:

Os termos invalidade – antítese de validade – e invalidação reportam-se a defeito jurídico e não a problema de inconveniência, de mérito do ato. Um ato ajustado aos termos legais é válido perante o Direito, ainda que seja considerado inconveniente por quem pretenda suprimi-lo. Não se deve, pois, chamar de invalidação à retirada por motivo de mérito. A invalidação pode ser conceituada como a supressão, como efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.

O ato administrativo será retirado do sistema por norma de invalidação (nulidade ou anulação) ou de revogação. O objeto desta dissertação prende-se à primeira espécie, porque cuidamos de examinar o processo de formação normativa, os aspectos substanciais da norma veiculada pelo lançamento e os vícios porventura existentes na sua compostura que ensejem a nulidade ou anulação.

A norma de revogação tem como pressuposto a observância da conveniência e oportunidade do ato administrativo, traços esses estranhos aos apontados vícios de produção normativa ou referentes a aspectos substanciais da norma individual e concreta.

O lançamento tributário é ato administrativo de conteúdo vinculado e isto afasta, por completo, ponderações sobre sua conveniência ou oportunidade e, logo, possibilidade de revogação. A hipótese descrita no antecedente da norma jurídica de invalidação constitui a declaração de existência da norma de imposição tributária defeituosa, por força de violação de outras prescrições reguladoras de seus aspectos substanciais ou de seu processo de produção.

A hipótese fáctica necessária é o descumprimento de outras normas jurídicas por parte do agente que produziu a norma individual e concreta. Com base

nessas considerações, concordamos com Antonio Carlos Cintra do Amaral¹¹, o qual, ao tratar da norma de anulação – esta, no âmbito deste trabalho, designada norma invalidante (compreendendo os casos de nulidade e anulação) –, sustenta:

A anulação é uma sanção aplicável à hipótese de ato produzido em desconformidade com a ordem legal. Essa norma – que pode, em certos casos, ser expressa – é descrita pela seguinte proposição: ‘Se um ato administrativo é produzido em desconformidade com a ordem legal, deve ser anulado’.

Pode-se dizer que, utilizando-se mais uma vez de noções da teoria pura do direito, a produção de um ato administrativo em conformidade com a ordem legal é uma conduta que evita a atuação da sanção (anulação). Anular um ato administrativo produzido em desconformidade com a ordem legal é a conduta devida de um órgão estatal para isso qualificado pelo ordenamento jurídico.

Paulo de Barros Carvalho¹² doutrina que:

Na norma secundária o antecedente aponta, necessariamente, para um comportamento violador de dever previsto na tese de norma primária, ao passo que o conseqüente prescreve relação jurídica em que o sujeito ativo é o mesmo, mas agora o Estado, exercitando sua função jurisdicional, passa a ocupar a posição de sujeito passivo.

Não se podem conceber normas jurídicas que não prescrevam qualquer espécie de sanção no caso de seu descumprimento, pois, do contrário, se estaria penetrando no campo das prescrições de ordem moral, éticas, religiosas etc.

Quanto às normas jurídicas cujo conteúdo refere-se ao modo como deve ser constituída a norma individual e concreta de imposição tributária, estabelecendo aspectos substanciais de sua estrutura, assim como a forma como deve ser produzida, o efeito jurídico resultante da sua inobservância vem prescrito nas normas gerais e abstratas que cominam sua retirada do sistema jurídico positivo por falta de fundamento de validade.

É preciso evitar a imprópria associação dos conceitos de sanção e castigo. Para tanto, tem-se de observar o verdadeiro fim da sanção, pois esta não trata de meio de castigar o indivíduo que violou um mandamento legal, mas, em verdade, serve para direcionar a conduta humana. O direito quer, de fato, não é aplicar a sanção e sim fazer os particulares atuarem de determinada forma.

Conforme adverte Geraldo Ataliba¹³, “a sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que desencadeia (incide) no caso de serdes obedecido o mandamento principal de uma norma”. A incidência da norma de invalidação é, exatamente, efeito jurídico da verificação da inobservância da norma principal que trata da imposição tributária.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda¹⁴ observa o caráter sancionatório da decretação de nulidade, utilizando-o como critério distintivo da inexistência. Segundo suas palavras: “a decretabilidade de ofício também tem sido considerada elemento essencial, sinal da nulidade, que é *ipso iure*. A nulidade supõe sanção. Não existir não é sanção – é repulsa radical; nulidade o é”.

Chega-se à conclusão de que a norma de invalidação é da espécie secundária, cuja hipótese fática é o descumprimento da primária, disciplinadora de aspectos substanciais ou constitutivos da norma individual e concreta de imposição tributária, possuindo, portanto, caráter sancionatório, pois a retira do ordenamento jurídico positivo e inibe sua aplicação.

Aliado a esse aspecto impeditivo da aplicação da norma invalidada, tem-se de atentar ao caráter sancionatório de seu efeito, qual seja, a restituição de tributo cobrado por força da incidência de norma inválida.

Francesco Carnelutti¹⁵ trata da sanção sob três feições: meio de restabelecimento da situação anterior – a que ele chama de restituição –; pena, que se consubstancia no mal que recai sobre o transgressor; e, por fim, figura híbrida, que ele denomina ressarcimento e reparação, a qual possui, ao mesmo tempo, caráter satisfatório e aflitivo. Utilizando as noções ventiladas pelo professor italiano, poder-se-ia dizer que a índole sancionatória do efeito da incidência da norma de invalidação enquadra-se nesse primeiro aspecto, como meio de restituição da exação cobrada indevidamente.

Isso porque, de acordo com as palavras de Francesco Carnelutti¹⁶, percebe-se que:

Na primeira ordem de sanções prevalece largamente o meio repressivo, ao qual, depois de certa hesitação, acabei por dar o nome de restituição, próprio para significar o restabelecimento da situação anterior à inobservância do preceito. A restituição não pode determinar a obediência senão através da sua previsão, motivo porque ela, enquanto considerada na sua eficácia preventiva, se reduz a uma sanção econômica.

A norma invalidante declara a existência de vícios na norma individual e concreta de imposição tributária e prescreve que ninguém mais poderá aplicá-la,

pois perde o caráter de enunciado prescritivo integrante do sistema jurídico positivo.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXIV, estabelece que:

são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Posteriormente, no inciso LV, fixa:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O procedimento administrativo deve submeter-se aos mesmos princípios e obedecer a idêntico modelo previsto para o processo judicial, ressalvadas, porém, certas particularidades do órgão julgante de cada qual.

Trata-se daquilo que Alberto Xavier¹⁷ denomina jurisdicionalização do processo administrativo. Nos termos do citado dispositivo constitucional, verifica-se que ambos devem submeter-se aos mesmos princípios constitucionais, principalmente àqueles decorrentes da observância do devido processo legal. Com relação ao modo de atingir-se uma decisão final, a qual pode importar na invalidação do ato administrativo, a distinção se revela tendo em vista o órgão julgante, se pertencente ao Poder Judiciário ou à própria Administração, respectivamente.

Esse procedimento administrativo deve guardar obediência a certos princípios que lhe garantem a semelhança ao processo judicial, na forma determinada constitucionalmente. Esse aspecto foi observado por Lúcia Valle Figueiredo¹⁸ que, ao comentar sobre o rigor do texto constitucional quanto ao tratamento do procedimento administrativo e dos princípios aplicáveis, ressalta:

Quando estivermos diante de processos que têm contrariedade, ou por outro lado, diante de processos em que existam ‘acusados’, ainda que entre estas, em face de processos sancionatórios, os princípios do contraditório e da ampla defesa se hão de colocar; assim também, quando estivermos em face de processos ablativos de direitos, ainda que a Administração se coloque diante da revisão de atos administrativos emanados ilegalmente. Deve-

ras, não pode a Administração suprimir direito, desconstituir situações sem que ouça o administrado preliminarmente.

Podem-se indicar seis aspectos fundamentais a serem observados quando se trata de controvérsias dirimidas pela chamada Administração judicante, mediante a instauração do procedimento administrativo de segundo grau: Garantia do duplo grau; Princípio do devido processo legal e seus corolários; Princípio do contraditório; Isonomia entre as partes e quanto à sua natureza de processo administrativo; Princípio do informalismo; Efeito vinculante para a Administração.

Em virtude da garantia ao duplo grau, assim como ocorre em processo judicial de qualquer decisão proferida em sede de julgamento de impugnação, caberá recurso para o órgão colegial. No âmbito federal, esse recurso será apreciado pelo Conselho de Contribuintes e, no Estado de São Paulo, por exemplo, pelo Tribunal de Impostos e Taxas.

Lúcia Valle Figueiredo¹⁹ observa que o direito à revisibilidade garante a aplicação de outros princípios de direito público, uma vez que a negativa ao duplo grau acabaria por obrigar o particular a recorrer ao Poder Judiciário. E diz que:

Remeter-se o administrado a via mais onerosa, quando a questão puder ser resolvida pela via administrativa, enfrenta uma série de princípios, tais como, do informalismo a favor do administrado, da verdade material, da economia processual e da gratuidade.

O devido processo legal constitui princípio norteador para o alcance da correta apuração e interpretação dos fatos, garantindo-se aplicação do direito ao caso concreto. Pressupõe a instauração de um processo rigoroso, permitindo-se a apresentação das provas dos fundamentos alegados pelas partes por meios do estabelecimento do contraditório, além da isonomia entre os litigantes.

O princípio do contraditório decorre da própria semelhança ao modelo do processo judicial. Trata-se do cerne da garantia ao devido processo legal, em cuja essência encontra-se o direito à ampla defesa, determinada pela Constituição Federal de 1988.

Aliado a tudo isso, não há que se falar em supremacia do Poder Público, pois tanto a Administração como os particulares encontram-se em posição de igualdade frente ao órgão judicante, imparcial, não sendo permitido qualquer benefício para um deles.

O princípio do interesse público determina a busca pela verdade dos fatos – resultantes da garantia ao contraditório e ampla defesa – e correta aplicação da lei ao caso concreto. O interesse público não permite errônea manipulação dos comandos normativos para se atingir o patrimônio dos particulares mediante a exação tributária.

Nesse mesmo sentido e analisando mais detidamente o princípio da ampla defesa, José Artur Lima Gonçalves²⁰ salienta a importância de observar-se o contraditório a fim de alcançar-se a verdade material relevante para a apuração e cobrança do tributo. Em virtude disso, esclarece:

Impõe-se, assim, a averiguação exaustiva e imparcial dos eventos ocorridos no mundo dos fatos para a aferição de sua eventual subsunção à descrição normativa correspondente. É que a tarefa de verificação e análise dos elementos do mundo dos fatos, para concluir acerca dessa subsunção é plenamente vinculada, submetida irrestrita e severamente à lei, sendo inadmissível qualquer interferência valorativa por parte do agente administrativo.

Mediante a garantia ao devido processo legal e ao rigor do procedimento administrativo, buscam-se a estabilidade e a segurança jurídica. Isto somente será possível se o ato administrativo contiver todos os requisitos – manifestados na motivação e no conteúdo.

O Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo tem decidido da seguinte forma:

A douta maioria, no mandato anterior, recusou a alegação de cerceamento de defesa, sob o argumento feito pela então Relatora, Dra. Edda Gonçalves Maffei, de que o recorrente houvera comparecido ao Posto Fiscal, onde ‘examinou documentos e manifestou-se’. A fala referida e reiteração do prejuízo à defesa em razão de seu cerceamento, de sorte que, por ela, o vício há de ser tido como subsistente e não sanado. O AIIM inicial foi instruído com inúmeros documentos entre os quais fotocópia de NNFF, DMGs, ficha de conclusão fiscal etc. Tais documentos, como decorre dos autos, não foram entregues ao autuado junto à terceira via do AIIM. O fisco não nega esta omissão, dizendo apenas ‘AIIM e demais elementos instrutórios ficaram à disposição do autuado, pelo prazo de lei, ou seja, trinta dias, na repartição fiscal de sua jurisdição’. A meu ver, o cerceamento está caracterizado, uma

vez que tais elementos instrutórios, que serviram de base ao lançamento, necessariamente deveriam ser entregues por cópia ao recorrente, tal como reconheceu o voto vencido do Juiz Paulo Celso Bergstron Bonilha. (Processo DRT. 8 – 4228/87, Relator: Luiz Fernando de Carvalho Accácio, Publicado no Boletim TIT n. 273, em 27.2.1993).

Paulo de Barros Carvalho²¹, ao tratar dos princípios norteadores do procedimento administrativo, fala do informalismo em favor do interessado, visto que a finalidade é atingir a verdade material, afastando-se os obstáculos quanto à verificação dos fatos. Observa, então:

O critério do informalismo, que permeia o procedimento administrativo, inscreve-se no plano das prerrogativas do administrado, vindo a favorecê-lo, beneficiá-lo e criar pressupostos para que participe em igualdade de condições com o Poder Público no contexto procedimental. Não aproveita, porém, à Fazenda, que deverá ater-se ao espectro de requisitos formais que inspiram suas manifestações. Acaso admitíssemos o informalismo em favor da Administração e entraríamos nos perigosos domínios do arbítrio e no mar revolto das soluções extralegais.

Geraldo Ataliba²² aponta o princípio do informalismo em benefício do administrado na busca pela verdade material como nota distintiva entre o procedimento administrativo e o processo judicial.

Percebe-se que, quanto ao princípio do efeito vinculante para a Administração, deve notar-se que as decisões proferidas em sede de procedimento administrativo não formam coisa julgada perante o Poder Judiciário. Essa decisão é cogente para a Administração, isto é, esgotados os recursos administrativos, fica ela obrigada a executá-la.

Como elucida Alberto Xavier²³:

Não faria, na verdade, qualquer sentido que a Administração pública – que já é dotada do privilégio de praticar atos imediatamente executórios – e que é, além disso, obrigada constitucionalmente a exercer imparcialmente funções de autocontrole da legalidade dos seus atos mediante processo administrativo, baseado nos princípios de ampla defesa e do contraditório, pudesse rebelar-se contra decisões definitivas dos seus próprios órgãos judicantes, ou seja, *venire contra factum proprium*.

Esse efeito assemelha-se à coisa julgada formal, oponível a penas contra a Administração, todavia, é, na verdade, uma espécie de preclusão processual, a qual não atinge o particular, pois este, mesmo diante da decisão irreformável administrativamente, se dentro do prazo prescricional, poderá ingressar com ação perante o Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro submete-se ao princípio da universalidade da jurisdição, isto é, a função de dizer, em definitivo, o direito em um caso concreto é monopólio do Poder Judiciário, o que impede a delegação de poderes judicantes a órgãos do Poder Executivo.

Percebe-se que, dessa forma, a decisão prolatada em procedimento administrativo possui natureza jurídica de ato administrativo: não possui força de coisa julgada e muito menos impede que o particular recorra às vias judiciais para discutir a mesma questão já decidida em esfera administrativa. O particular que se sentir ofendido mediante a cobrança de uma exação tributária pode optar entre a impugnação administrativa ou judicial do lançamento tributário.

Alberto Xavier²⁴ diz que:

Vige o princípio da não-cumulação, pois, se primeiramente for interposta impugnação administrativa, e, durante seu processamento, ingressar com ação na esfera judicial, aquela será extinta. Por outro lado, a impugnação administrativa, na pendência de processo judicial, importa sua inadmissibilidade, a não ser que haja expressa desistência do processo judicial.

Não se pode confundir a natureza da decisão que reconhece a invalidade do lançamento tributário na esfera administrativa, embutida no ato administrativo, com a veiculada por sentença judicial, apesar de, muitas vezes, certos órgãos da Administração serem denominados “tribunais”. O reconhecimento da invalidade dos atos administrativos pela Administração se dá mediante a expedição de verdadeiro ato administrativo, com todas as características inerentes à sua tipologia e praticado no exercício da função administrativa. Essa decisão emanada por ato administrativo não obsta o ingresso na via jurisdicional, a teor o prescrito no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Sustenta-se que o verdadeiro interesse público é atingido quando se verifica a correta aplicação da lei, notadamente tendo em vista a manutenção do ordenamento jurídico positivo. Ao falarem Administração tributária judicante – atividade exercida por membros do Poder Executivo, no exercício da função administrativa, voltada à composição de discussões em matéria tributária, instaurada por força de

impugnações do particular, por iniciativa do Fisco ou em virtude de recurso de ofício –, tem-se de atentar que o seu fim é, mediante a expedição de ato administrativo, dizer o direito em um caso concreto, proporcionando estabilidade às relações administrativas destinadas à cobrança de tributos.

No exercício da atividade judicante praticada por órgão estatal, o Poder Público se despe de qualquer caráter de parcialidade, ou seja, não lhe cabe prestigiar qualquer das partes envolvidas, ainda que uma delas seja integrante da Administração. Repita-se que as partes gozam das mesmas prerrogativas e que, principalmente, o interesse público é alcançado quando há a devida aplicação da lei ao caso concreto.

Seguindo a advertência de José Souto Maior Borges²⁵, o interesse público na alteração ou anulação pressupõe sua atribuição em normas jurídicas:

Tanto a afirmação de que os atos administrativos têm, sob certas condições, sua modificabilidade condicionada a um interesse público quanto seu oposto, a sustentação da imutabilidade desses atos sob outras condições, mas igualmente por motivos de interesse público, com a aparência de uma fundamentação estritamente jurídica, envolvem um mal dissimulado critério jurídico-político. O interesse público, assim manipulado pela doutrina jurídica, sobrepõe-se, quando não prescinde dela, à mediação de normas jurídicas para a solução do problema da modificabilidade dos atos administrativos.

Em última análise, o objetivo da organização estatal, seu interesse público primário, é a garantia aos particulares quanto à fiel aplicação da lei, mesmo com sacrifício do interesse secundário – o abastecimento dos cofres públicos –, se este não possuir base legal. Somente pautado em imparcialidade do órgão administrativo judicante, atinge-se o interesse público nos termos acima evidenciados.

O instituto do lançamento tributário é centro de profundas divergências doutrinárias, que, por residirem em vários dos seus aspectos, fazem também com que suas conceituações sejam as mais diferentes. A obrigação tributária é uma relação jurídica efectual, que não necessita ser formalizada, mas que o crédito – direito subjetivo do Fisco de exigir a prestação do tributo –, por ser uma relação jurídica intranormativa, necessita de formalização.

Considerando-se a existência de um procedimento administrativo, consubstanciado basicamente na sequência de atos fiscalizatórios e em seguida da emissão de um ato intermediário, com ele poderá ou não concordar o contribuinte. Contra-

pondo-se o contribuinte a tal ato, de maneira expressa, questionando a sua validade, haverá o início do que se chama Processo Administrativo Fiscal desde que, obviamente, o questionamento se dê na esfera administrativa.

Pode-se identificar, entre o término do procedimento de fiscalização e o início do processo administrativo supramencionado, a emissão de um ato, qual seja o ato de lançamento. O lançamento é um ato, espécie do gênero ato administrativo; segue as normas e critérios do Direito Administrativo e também os rigores próprios da atividade tributária. Note-se que a atividade tributária deve obedecer aos limites constitucionalmente postos, bem como aos estritos ditames legais, de modo que não sejam cometidos abusos.

A atividade tributária é expropriatória por natureza, adentra o patrimônio do indivíduo, não deixando opção a este. É compulsória a contribuição, o pagar tributos, porém a atividade de tributação é vinculada ao exposto e predisposto em lei. Retira-se parcela do patrimônio do indivíduo ou da pessoa jurídica para que a este se possam devolver benefícios, tutelas estatais específicas, anseios, em última análise, do cidadão, o que legitima a própria existência do Estado.

Seguindo-se essa linha de pensamento, tem-se que o ato de lançamento, como ato administrativo que é, conta com a presunção de legitimidade; deve seguir o disposto no art. 142 e seguintes do CTN. Excedendo, ou agindo em desacordo, enfim, com o disposto em lei, estará o administrador público a cometer ilegalidade ou inconstitucionalidade, maculando-se o ato praticado, o que comprometerá a sua validade.

O lançamento é ato, muitas vezes, antecedido de procedimento preparatório, que denomina de procedimento de lançamento. É durante esse procedimento que irá a autoridade administrativa fiscalizadora coletar as informações necessárias ao suporte do ato de lançamento.

Pelo exposto no art. 142 do CTN, tem-se que o lançamento decorre de lei como função vinculada e obrigatória. Lançamento é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, modificativos ou assecuratórios e vinculados, mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, identifica-se o sujeito passivo da obrigação correspondente, determina-se a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos de sua exigibilidade.

Percebe-se que se resolve a dicotomia instaurada pela doutrina em torno das teses que consideram o lançamento como ato ou procedimento, colocando essa dualidade em planos distintos: o procedimento, no plano fático; o ato-norma, no plano normativo. O art. 142 do CTN incorre em sério equívoco ao caracterizar o lançamento como procedimento administrativo, quando na realidade esse instituto

assume o caráter de um ato jurídico, mais precisamente o ato administrativo que aquele procedimento visa a preparar.

Notas

- ¹ GUERRA, Cláudia. *Lançamento Tributário: invalidação e controle*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 92.
- ² ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22.
- ³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 40.
- ⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 150.
- ⁵ SOUZA, Rubens Gomes de. A revisão do lançamento de impostos. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, 40: p. 15-16.
- ⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 222.
- ⁷ HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e “Autolançamento”*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 63.
- ⁸ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 72-73.
- ⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 22.
- ¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 252.
- ¹¹ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 63.
- ¹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 32.
- ¹³ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40.
- ¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 23.
- ¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 99.
- ¹⁶ Idem, p. 101.
- ¹⁷ XAVIER, Alberto. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2001, p. 313.

- ¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Reg.* São Paulo: Lejus, 32: p. 24.
- ¹⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 293.
- ²⁰ GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda, pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 112.
- ²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Processo Administrativo Tributário. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, (1979), 9-10: p. 276-294.
- ²² ATALIBA, Geraldo. Princípios Constitucionais do Processo e Procedimento em Matéria Tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, (1988) 46: p. 118-132.
- ²³ XAVIER, Alberto. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 285.
- ²⁴ Idem, ibidem.
- ²⁵ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 296.

Referências Bibliográficas

- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Princípios Constitucionais do Processo e Procedimento em Matéria Tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: RT, (1988) 46: p. 118-132.
- BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1942.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do Indébito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, RT, 1981, 17/18: 50-56.
- GHIZZI, Antonio; GONÇALVES, José Etuley Barbosa. Processo Administrativo Fiscal – A Notificação como Condicionante da Validade do Lançamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 53, p. 16.

- GUERRA, Cláudia. *Lançamento Tributário: invalidação e controle*. Curitiba: Juruá, 2003.
- HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e 'Autolancamento'*. São Paulo: Dialética, 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. Lançamento Tributário, Execução Fiscal e Mandado de Segurança. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 47, p. 56.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SOUZA, Rubens Gomes de. A revisão do lançamento de impostos. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, 40: p. 15-16.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- XAVIER, Alberto. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2001.

Resumo

O lançamento tributário pode ser caracterizado como a concretização da norma tributária. O problema do conceito de lançamento tributário deve-se, primeiramente, às diversas acepções que a expressão lançamento possui, inclusive dentro da ciência do Direito. Divergências, entretanto, manifestam-se – e irredutíveis entre si – no tocante à caracterização do lançamento. A doutrina não consegue conceituar o lançamento de modo uniforme, e, como resultado dessa multiplicidade de posições divergentes, até hoje não foi possível atingir uma conceituação de lançamento de tal forma clara e precisa que viabilize a sua operatividade funcional no campo tributário. Todos reconhecem a autonomia funcional de que essa categoria jurídico-dogmática se reveste. Importante dimensionar a situação para que se possa justificar o não aprofundamento de tais questões neste momento, até porque podem e devem ser tratadas em um trabalho específico sobre lançamento tributário, porém, se faz mister apresentar as discrepâncias doutrinárias.

Palavras-chave: Lançamento Tributário; Processo Administrativo Fiscal; Ato; Procedimento Administrativo; Doutrina.

Abstract

The tax assessment can be characterized as the realization of the tax law. The problem of the concept of tax assessment is due, primarily, to the different meanings of the term has launched, including within the science of law. Differences, however, manifest themselves – and irreconcilable – regarding the characterization of the release. The doctrine can not conceptualize the launch uniformly, and as a result of this multiplicity of divergent positions, until now it was not possible to achieve a conceptualization of launching such a clear and precise manner which facilitates its functional operability in the tax. Everyone recognizes the functional autonomy that this category is legal-dogmatic lines. Important to size up the situation so that we can not justify further such issues at this time, because they can and should be addressed in specific work on tax assessment, however, whether it mister present doctrinal discrepancies.

Keywords: Release Tax; Fiscal Administrative Procedure; Act; Administrative Procedure; Doctrine.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Compensação Ambiental – 2.1 Compensação ambiental: Licenciamento, EIA/RIMA e princípios envolvidos no problema – 2.2 Duplo comando do art. 36 da Lei do SNUC: Dever de prestar a compensação ambiental (pagar) e finalidade de aplicação dos recursos (dever de fazer) – 2.3 Valor máximo e mínimo. Natureza jurídica da compensação – 2.4 Reparação antes e depois do prejuízo ambiental – 3. A questão da logística reversa – 3.1 Origem do instituto – 3.2 A logística reversa no ordenamento brasileiro – 3.3 Comitê Orientador Logística Reversa – 4. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho objetiva esclarecer os pontos considerados mais relevantes a respeito da compensação ambiental e da logística reversa, a fim de esclarecer os objetivos para os quais foram criados os referidos institutos.

Dessa forma, optou-se relacionar essas informações de forma que ficasse nítida a intenção de disponibilizar diferentes proteções ao meio ambiente durante a criação de um possível agressor ou após a efetiva agressão ao meio ambiente.

Apesar de nenhuma das duas formas conseguir preservar totalmente o dano causado, a busca por soluções durante o processo de fabricação de determinado agente, associada às formas de reparação que podem ocorrer após a modificação na natureza, podem trazer melhores soluções para a importantíssima questão da responsabilidade ambiental, relacionada ao respeito e à manutenção do meio ambiente equilibrado.

2. Compensação ambiental

Em regra, o termo compensação está associado a uma perda ou sacrifício. No âmbito do direito, especialmente do Direito Ambiental, associa-se a um dano.

A compensação no campo do direito ambiental refere-se a todas as medidas de substituição de um bem danificado por outro de valor equivalente com o objeti-

vo de minorar as consequências de um prejuízo causado ao meio ambiente, por meio da realização de um benefício ambiental que possa aproximar-se ao máximo do bem prejudicado, chegando o mais próximo possível do *status quo ante*.

Compensação ambiental é um instituto criado com a finalidade de indenizar um dano irreparável causado ao meio ambiente. É responsável por contrabalançar os impactos sofridos pelo meio ambiente, identificados no processo de licenciamento ambiental, que ocorre no momento de implantação de determinado empreendimento.

O instituto da compensação ambiental no direito brasileiro foi estabelecido no art. 1º da Resolução CONAMA nº 10/87, o qual estabelecia que, para contrabalançar, recompensar, equilibrar ou reparar perdas ambientais com a destruição de florestas e outros ecossistemas nos casos de licenciamento de atividades e obras de grande porte, o empreendedor deveria implantar uma estação ecológica, preferencialmente na área de impacto. O art. 2º da referida resolução determinava que o valor da área a ser utilizada e das benfeitorias a serem feitas não poderia ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação dos empreendimentos.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a Lei Federal nº 9.985 de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 4.340/2002, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Essa, por sua vez, regulamentou o inciso III do §1º do artigo 225 da CF/88. Por meio de seu artigo 36, a aludida lei impôs que, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental (desde que seja assim considerado pelo órgão ambiental competente), com fundamento em Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral. Salienta-se que, no nosso caso, esse órgão competente é o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Restou evidente, portanto, a finalidade reparatória dos impactos não mitigáveis gerados pelos empreendimentos de grande porte. O dispositivo informa o seguinte:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de

acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

Por meio desse artigo e seus incisos, o legislador evidenciou alguns aspectos básicos que devem ser observados para a compensação ambiental, a saber: a) deve estar presente em todo o licenciamento ambiental que envolva a realização de EIA-RIMA (ou seja, com significativo impacto ambiental); b) o apoio à implantação e manutenção de uma unidade de conservação de proteção integral representa um dever legal do empreendedor; c) o montante mínimo de 0,5% (meio por cento) do custo total do empreendimento a ser destinado pelo empreendedor; d) o valor máximo será definido pelo órgão ambiental, de acordo com o grau de impactação ambiental do empreendimento; e) em relação à unidade de conservação a ser beneficiada, caberá ao órgão ambiental defini-la, considerando as propostas do EIA-RIMA e o contraditório do empreendedor, podendo, inclusive, proceder à criação de unidades de conservação novas.

Importante chamar atenção para o fato de que, se o empreendimento afetar uma unidade de conservação ou sua zona de amortecimento, o licenciamento irá depender de autorização do órgão de gestão da unidade de conservação, sendo que esta deverá ser uma das beneficiárias da compensação ambiental.

Assim, consiste em uma obrigação vinculada a empreendedores, os quais ficam obrigados a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação por meio da aplicação de recursos correspondentes a, no mínimo, 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento que

possa causar um impacto ambiental. Dessa forma, se uma empresa causa um impacto negativo, deverá arcar com o ônus do controle e redução dos riscos de dano ambiental.

Após a fixação do valor da compensação ambiental para um determinado empreendimento e definição de sua destinação pelo órgão licenciador, o empreendedor é notificado a firmar um termo de compromisso com o Instituto Chico Mendes, visando ao cumprimento da condição. Tal procedimento foi regularizado por meio da Instrução Normativa nº 20, de 2011, desse mesmo Instituto, órgão responsável pela gestão das Unidades de Conservação federais.

O Decreto nº 4.340, de 2002, determina a observação das ações prioritárias para aplicação dos recursos de compensação ambiental, como a regularização fundiária e demarcação das terras; elaboração; revisão ou implantação de plano de manejo; aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade; desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Posteriormente, o IBAMA editou a Portaria nº 07/2004, criando as Câmaras de Compensação Ambiental.

Em sequência, em 16 de março de 2005, o Ministério do Meio Ambiente e a Caixa Econômica Federal firmaram um acordo criando o Fundo Nacional de Compensação Ambiental, formado por recursos advindos das compensações ambientais do art. 36 da lei nº 9.985/2000, em âmbito federal, e gerido pela Caixa Econômica, que pretende garantir maior transparência à utilização desses recursos.

Por sua vez, o CONAMA editou a Resolução nº 371/2006, estabelecendo diretrizes para órgãos ambientais quanto ao cálculo, à cobrança, à aplicação, à aprovação e ao controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental. Essa resolução esclareceu várias questões relativas à forma de realização da compensação ambiental e à definição do conceito de custo total do empreendimento.

2.1 Compensação ambiental: licenciamento, EIA/RIMA e princípios envolvidos no problema

A Constituição Federal estabeleceu a necessidade de compatibilização entre o desenvolvimento econômico-social e a preservação e qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. Dessa forma, o artigo 225 da Constituição Federal traz consigo o princípio conservacionista, que orienta o conteúdo da

norma ambiental e sua implementação, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade do meio ambiente e garantir a existência digna dos seres humanos. Essa ótica, entre outros pontos, determina que, para haver efetividade do direito ao meio ambiente, deve-se garantir a integridade do bem protegido. É necessário, pois, zelar pela sua manutenção ou recuperação, conservando o equilíbrio ecológico. Nesse sentido, Canotilho salienta que “(...) o direito ao ambiente visa garantir o que ainda existe e recuperar o que, por ação do Estado e de terceiros, deixou de existir (...)”.

O princípio conservacionista também carrega consigo uma visão voltada para a responsabilidade de transmissão de possibilidades de escolhas para as gerações futuras, voltada especialmente para o futuro da humanidade. Pode ser compreendido como fruto da necessidade de manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo o respeito à existência de limites para as intervenções humanas no meio ambiente. Esse equilíbrio é sustentado pela premissa do desenvolvimento sustentável, que atualmente rege, ou deveria reger, todos os setores da vida que de alguma forma estejam relacionados ao meio ambiente.

Um dos mais envolvidos no assunto, o princípio do poluidor-pagador prescreve que todas as influências ambientais negativas e o uso incomum dos bens e recursos ambientais que comprometam a qualidade ambiental devem ser analisados cuidadosamente pelo empreendedor. Em respeito ao princípio da prevenção, que, como o próprio nome sugere, alerta para que um dano não ocorra, esse custo deve ser assumido e incorporado pelo empreendedor antes da atividade ser autorizada pelo poder público. Para que isso ocorra, os estudos e avaliações ambientais prévias são importantes instrumentos de realização desses princípios do direito ambiental.

Nos casos de empreendimentos que causem significativo impacto ao meio ambiente, é necessário que o processo de licenciamento da atividade englobe a prévia realização de um Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, para que sejam apurados os impactos que serão ocasionados pela atividade, caso ela seja implantada. Dessa forma, antes da concessão da licença, e após o EIA-RIMA, o órgão ambiental deve fixar de antemão os impactos ocasionados pelo advento da atividade.

Dentre os possíveis impactos negativos ao meio ambiente apontados pelo órgão ambiental, existem os que são mitigáveis (atenuados), caso se cumpram algumas imposições, e os impactos não mitigáveis, ou seja, não contornáveis, pois nenhuma atitude será eficaz para neutralizar o efeito negativo sobre o meio ambiente, como por exemplo, a perda de um ecossistema ou a destruição de um monumento.

Portanto, deverão ser reparados mediante a compensação, com o objetivo de oferecer à coletividade um reestabelecimento ou recompensa pelos prejuízos que serão suportados por ela.

Conforme estabelecido na lei, a compensação ambiental ocorre após a elaboração do EIA/RIMA e antes da expedição da licença prévia. Dessa forma, a compensação prestada pelo empreendedor é feita antes de se obter a licença, funcionando como uma condição necessária para sua obtenção.

O EIA/RIMA realiza a análise e a previsão dos impactos possivelmente causados tanto ao ecossistema natural, quanto ao artificial. A medida compensatória prevista no artigo 36 da lei do SNUC considera os impactos causados aos recursos ambientais, cuja interação química, física e biológica interfere no equilíbrio ecológico. Assim, só serão objeto de compensação os impactos que não sejam possíveis de mitigação, em que não seja possível a neutralização do impacto para evitar maiores danos ao meio ambiente, excluindo, dessa forma, os perigos gerados pelos riscos da operação não contemplados no EIA-RIMA. Como se vê, é extremamente necessário que o cumprimento das condicionantes seja acompanhado de perto pelo órgão ambiental, para evitar discussões futuras sobre o seu efetivo cumprimento. Então, o teto da compensação ambiental será estabelecido tomando-se por base o grau de impacto.

Por oportuno, cumpre destacar que não é qualquer empreendimento licenciado pelo IBAMA que pode ser obrigado a pagar a compensação do SNUC, mas tão somente aqueles que recaiam na competência exclusiva do IBAMA (federal), cujo impacto ultrapasse o território de determinado Estado, devem sujeitar-se ao pagamento da compensação ambiental previsto na lei em comento. Para que seja estabelecida a obrigação de pagamento de uma compensação ambiental no âmbito estadual, será necessária a previsão em lei estadual, sob pena de violação do princípio da autonomia financeira local.

2.2 Duplo comando do art. 36 da lei do SNUC: dever de prestar a compensação ambiental (pagar) e finalidade de aplicação dos recursos (dever de fazer)

Ao analisar com cautela o comando normativo do art. 36 da lei nº 9.985/2000 e seus parágrafos, é possível perceber claramente que ali convivem dois deveres jurídicos com dois destinatários diferentes.

O primeiro dever destina-se ao empreendedor e consiste no apoio à implantação e à manutenção de uma unidade de conservação de proteção integral. Esse apoio será por meio do dever de pagar quantia, cujo montante será calculado pelo

órgão ambiental competente, conforme o impacto ecológico constante no EIA-RIMA.

Já o segundo comando é destinado ao Poder Público, determinando que o dinheiro recebido pela compensação ambiental financeira seja destinado para uma finalidade específica de implantar ou manter unidade de conservação de proteção integral. Com isso, o legislador deixou claro que, embora tenha estabelecido para o empreendedor um dever legal de pagar quantia, esta já teria um destino pré-determinado, estabelecendo de antemão a finalidade do dinheiro arrecadado pela compensação ambiental. A lei, em seu parágrafo 2º, deixa nítida a intenção de que o dinheiro resultante da compensação ambiental tenha o fim específico de implantar ou manter unidade de conservação de proteção integral, havendo responsabilidade do Estado de empregar o dinheiro para atendimento de tal finalidade.

Muito se discute se a medida pode ser injusta e desproporcional, visto que o empreendedor é responsabilizado pela compensação de algo que ainda não aconteceu e que nem se tem certeza de que irá ocorrer. Entretanto, tal discussão é superada pelo argumento daqueles que a comparam à teoria dos *lucros cessantes*, em que o dever de ressarcir ocorre diante de um dano que evidentemente advirá, permitindo que os prejuízos que ainda não se sucederam, mas que possuem ocorrência prevista com razoável grau de probabilidade, também sejam objeto de reparação. No caso da compensação, a certeza do dano advém de estudo rigoroso, baseado em dados técnicos fornecidos por equipe multidisciplinar e submetidos à comparação com análises do órgão ambiental no procedimento de EIA-RIMA. Nota-se, portanto, que existe base técnica sólida que permite afirmar que os danos ambientais certamente irão ocorrer com a instalação de determinada obra ou atividade.

Em respeito ao princípio da prevenção e da precaução, que representa um postulado máximo do direito ambiental, não é possível negociar os riscos com o meio ambiente, sendo totalmente proporcional e razoável que o risco de prejuízo pela atividade seja suportado pelo empreendedor, o que ainda pode ser considerado uma proteção para o não enriquecimento ilícito do poluidor.

2.3 Valor máximo e mínimo. Natureza jurídica da compensação

Um dos pontos mais polêmicos da lei em questão refere-se ao valor a ser pago como compensação. Além da discussão acerca da natureza jurídica do pagamento, matéria ainda não pacificada se na verdade trata-se de indenização ou de tributo, muito se questiona a respeito dos valores mínimo e máximo a serem pagos.

O parágrafo 1º da lei nº 9.985/2000 fixou a regra de que *o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para implantação do empreendimento*. Ficou estabelecido o percentual mínimo de meio por cento, calculado sobre o “custo total” previsto para a implantação do empreendimento, mas não ficou claramente definido o que vem a ser esse “custo total”.

No geral, é possível entender como custo total para a implantação todas as medidas monetárias que o empreendedor gasta na produção de bens e serviços durante o processo produtivo e com essa finalidade. Todos os custos devem ser somados para alcançar o valor sobre o qual se calculará o piso de meio por cento que levará ao valor mínimo para fins de compensação ambiental.

Muitos questionam a respeito do percentual de 0,5% que indicará o valor mínimo a ser compensado, considerando-o injusto para o empreendedor e até mesmo prejudicial ao meio ambiente. Isso porque, muitas vezes, o custo total do empreendimento pode-se dar em razão do investimento em tecnologia limpa, que normalmente eleva o custo total do empreendimento. Ademais, é possível que muitos empreendimentos de custo menor sejam muito mais impactantes e prejudiciais à natureza do que empreendimentos de custo maior, em razão dos materiais e técnicas empregados.

Acerca do valor máximo, ficou estabelecido que o critério de definição, fixado pelo órgão ambiental licenciador, será feito de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. Esse impacto será demonstrado em dados e estudos técnicos que embasam o EIA-RIMA realizado no processo de licenciamento. Assim, definição do “grau de impactação” deverá ser feita pelo órgão ambiental responsável pela avaliação dos prejuízos.

2.4 Reparação antes (“*ex ante*”) e depois (“*ex post*”) do prejuízo ambiental

Doutrinadores defendem que a responsabilidade civil e ambiental deve ser analisada sob os aspectos individual e coletivo, presente e futuro, sempre levando em consideração os princípios de prevenção e precaução.

Tradicionalmente, é possível identificar, na responsabilidade civil, dois tipos de efeitos preventivos: o preventivo específico, que decorre da ameaça da sanção de reparação, e o preventivo geral, referente à eliminação de certas atividades perigosas como consequência da imposição de responsabilidade.

Nessa toada, surge com efeito preventivo a compensação ambiental, como forma de evitar o dano, controlar e estabelecer limites aos riscos, reestabelecendo

o equilíbrio nas relações jurídicas. Não obstante, sua principal função é a reparação de danos que eventualmente possam ser provocados ao meio ambiente.

Diante da possibilidade e limite do direito em regular as relações dos seres humanos na apropriação e utilização dos recursos naturais, o sistema de responsabilidade civil assegura tanto a reparação dos danos ambientais (como medidas compensatórias por danos futuros), quanto a compensação ambiental, denominada “*ex ante*”, estabelecida em razão da apropriação da qualidade ambiental.

As medidas compensatórias são uma modalidade de reparação de danos que eventualmente possam ser provocados ao meio ambiente, com a finalidade de contribuir para a manutenção da integridade da qualidade ambiental. Como formas de responsabilidade civil, tais medidas podem manifestar-se de duas formas: responsabilidade *ex post* e responsabilidade *ex ante*. Juntas, elas se complementam, de forma que a imputação do dever de reparar pode atuar antes ou depois da ocorrência do dano.

A responsabilidade civil *ex post* decorre da tradicional responsabilidade objetiva, manifestando-se como uma consequência direta e objetiva de um dano ambiental. Já a responsabilidade civil *ex ante* representa uma medida eminentemente preventiva, impondo a obrigação de compensação ambiental previamente ao início de uma atividade potencialmente danosa ao meio ambiente. Esta última refere-se à obrigação de compensação ambiental resultante de previsões reunidas em estudos de avaliação do impacto ambiental. Esse dever de reparar e compensar o dano pode decorrer da obrigação do particular em se abster de prejudicar o meio ambiente. Do mesmo modo, o dever de zelar pela conservação e integridade do meio ambiente deve ser feito em conjunto com o Poder Público, que também possui essa obrigação, devendo condicionar seus atos administrativos à segurança e à contraprestação de uma medida que assegure o equilíbrio ecológico.

Com efeito, visualiza-se que, na responsabilidade civil *ex post*, a obrigação de reparar ocorre após a realização do dano. Possui um efeito repressivo, direcionando-se à abstenção da conduta e imposição do dever de reparar após a ocorrência de um ato lesivo. Assim, inflige ao agente causador do risco de dano ou evento lesivo a obrigação de recompensar, restaurar a situação ao seu estado anterior ou indenizar o respectivo valor do prejuízo.

3. A questão da logística reversa

Diante do exposto, torna-se de extrema importância analisar a figura da Logística Reversa, que ocorre após a retirada do material da natureza, podendo,

inclusive, ser considerada uma medida compensatória na modalidade de reparação *ex post*.

Inicialmente, a logística pode ser conceituada como a forma de organização e gestão de meios e materiais para uma determinada atividade. É um processo que pode ser dividido em várias etapas e, no caso da logística reversa, esses fatores se unem à preocupação com o destino de um produto ao final de sua vida útil.

Enquanto o papel da logística direta é levar determinado material do produtor para alguns centros de distribuição, desses para o mercado e finalmente para o consumidor, a logística reversa faz o papel inverso: separa e ordena os produtos e depois os devolve para suas origens para tratamento, disposição final ou reciclagem. Apesar disso, é possível aumentar o conceito de logística reversa, compreendendo-a como um apelo à sustentabilidade, à medida que não dá apenas o destino adequado aos produtos após o consumo mas também controla a quantidade de resíduos gerados nas organizações, evitando, portanto, desperdícios.

3.1 Origem do instituto

Citando Ronald Ballou, Pedro Mallmann Saldanha¹, especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional, afirma que a logística empresarial estuda a forma como as atividades de movimentação e armazenagem podem facilitar o fluxo de produtos, desde a aquisição da matéria-prima até o consumo final, bem como os fluxos de informação que colocam os produtos em movimento com o propósito de providenciar níveis de serviço adequados aos clientes a um custo razoável. Ele destaca que os autores Donald Bowersox e David Closs entendem que o nível de excelência da logística é atingido quando há uma coordenação entre suas principais funções, como por exemplo, um projeto de rede, fluxo de informações, transporte, estoque, armazenagem e manuseio de materiais e embalagem. Nesse sentido, para que haja obtenção de vantagens estratégicas de logística, o trabalho funcional deve ser realizado de forma integrada.

Ainda nesse sentido, Pedro Mallmann² cita o entendimento de Antônio Galvão Novaes, o qual considera que o processo de evolução da logística teve quatro fases, a saber: Atuação Segmentada, Integração Rígida, Integração Flexível e Integração Estratégica. Essa última trata da logística como um fator competitivo e grande oportunidade para novos negócios, utilizando-a como um elemento diferenciador na busca por maiores partes do mercado. Antônio Galvão Novaes aponta ainda para a evolução do Gerenciamento da Cadeia de Suprimentos e seus impactos para o meio ambiente, pois, por meio do aumento de transporte e de insumos e

produtos, aumentou também a poluição ambiental, fato que, em razão da crescente preocupação com a questão ecológica, gerou grande interesse pela logística reversa.

O autor em referência ainda menciona Paulo Roberto Leite, que entende que o conceito de logística reversa está em fase de evolução, definindo-a como um

seguimento da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as operações logísticas, no que se refere ao retorno dos bens de pós-venda e pós-consumo, ao ciclo produtivo ou ciclo de negócios, através dos canais de distribuição reversos.

Sendo assim, com base nesse retorno, serão agregados os valores econômico, ecológico, legal, logístico e imagem corporativa aos produtos.

Conforme o art. 15 do Decreto nº 7.404/2010, os sistemas de logística reversa serão implementados e operacionalizados por meio de acordos setoriais, regulamentos expedidos pelo Poder Público, ou termos de compromissos.

Ronald Ballou³ ainda traz importantes considerações sobre o processo de logística reversa, dizendo que

a vida de um produto, do ponto de vista logístico, não termina com a entrega ao cliente. Os produtos tornam-se obsoletos, danificam-se ou estragam e são levados aos seus pontos de origem para o conserto ou descarte. O canal logístico reverso pode utilizar todo ou apenas uma parte do canal logístico, ou pode precisar de um processo separado. A cadeia de suprimentos termina com o descarte final de um produto e o canal reverso deve estar dentro do escopo do planejamento e do controle logístico.

Sabe-se que o artigo 49 da Lei nº 12.305/2010 proíbe a importação de resíduos perigosos. No entanto, no julgado da ADPF 101/DF, ficou confirmada a importância da adoção do sistema de logística reversa na problemática da importação de pneus usados. No caso em tela, ficou registrado pela Min. Cármen Lúcia o histórico da utilização do pneu e estudos sobre os procedimentos de sua reciclagem, a fim de demonstrar as inúmeras consequências geradas pela importação de pneus na saúde das populações e nas condições ambientais, conforme exposto abaixo, *in verbis*:

A relatora, tendo em conta o que foi exposto e, dentre outros, a dificuldade na decomposição dos elementos que compõem o pneu e de seu armazena-

mento, os problemas que advêm com sua incineração, o alto índice de propagação de doenças, como a dengue, decorrente do acúmulo de pneus descartados ou armazenados a céu aberto, o aumento do passivo ambiental — principalmente em face do fato de que os pneus usados importados têm taxa de aproveitamento para fins de recauchutagem de apenas 40%, constituindo o resto matéria inservível, ou seja, lixo ambiental —, considerou demonstrado o risco à segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública, e inviável, por conseguinte, a importação de pneus usados. Rejeitou, ainda, o argumento dos interessados de que haveria ofensa ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, ao fundamento de que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, preponderaria a proteção destes, cuja cobertura abrange a atual e as futuras gerações. Concluiu que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos artigos 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Eros Grau.⁴

De acordo com o artigo 33 da Lei nº 12.305/2010, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de agrotóxicos estão obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno do produto após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, seus resíduos e embalagens; pilhas e baterias; pneus; óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio de luz mista; e produtos eletroeletrônicos e seus componentes. Todavia, os sistemas de logística reversa poderão sofrer uma extensão, por meio dos instrumentos de implantação, previstos no art. 15 do decreto nº 7.404/2010, a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, conforme o art. 33, §1º, da Lei nº 12.305/2010, e o art. 17 do decreto nº 7.404/2010. Porém, de todos os obrigados a fazerem a logística reversa, quatro já realizam esse procedimento: agrotóxicos; pilhas e baterias; pneus e óleos lubrificantes.

No entender de Leonardo Lacerda⁵, o conceito de logística reversa nos leva a um entendimento mais amplo do “ciclo de vida” do produto. Torna-se extremamente necessário entender como o produto reage em todas as etapas do seu ciclo.

O ciclo de vida do produto é definido no inciso IV do artigo 3º da Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos, como a série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumo, o processo produtivo, o consumo e a disposição final.

Percebe-se, então, que o impacto que os produtos acima descritos causam no meio ambiente é a principal razão das preocupações com a melhora na estruturação e organização dos canais reversos, medida que é vista como uma possível solução para o desequilíbrio.

3.2 A logística reversa no ordenamento brasileiro

O conceito de logística reversa foi introduzido em nossa legislação ambiental por meio da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305, de agosto de 2010, e regulamentada pelo Decreto Nº 7.404, de dezembro de 2010. Dispõe a referida lei, no inciso XII do artigo 3º, que a logística reversa é

instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação.

A Lei nº 12.305/2010 dedicou especial atenção a esse tema, além de definir os diferentes instrumentos que poderão ser usados para a sua implantação: regulamento, acordo setorial e termo de compromisso. Por permitir grande participação social, esse último tem sido considerado o instrumento preferencial para a implantação de logística reversa.

Na logística reversa, o que se pretende é fazer com que um determinado material, após o uso pelo consumidor, retorne ao seu ciclo produtivo ou ao de outra indústria, evitando uma nova busca por recursos na natureza e permitindo um descarte ambientalmente correto. Esse retorno deverá ser feito de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista, produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Pela lei, a logística reversa é obrigatória para os produtos descritos anteriormente e deve ser integralmente planejada, financiada e operacionalizada pelos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos elencados. Isso não significa que demais produtos e embalagens não poderão ser acrescentados. Pelo contrário, pois é perfeitamente possível que isso ocorra por meio de nova regulamentação ou celebração de acordos setoriais.

O Decreto 7.404/2010 confirmou, em seu artigo 17, que o rol do art. 33 da Lei 12.305/10 não é exaustivo, estabelecendo o seguinte:

Art. 17. Os sistemas de logística reversa serão estendidos, por meio da utilização dos instrumentos previstos no art. 15, a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando prioritariamente o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

Ao longo dos próximos anos, a logística reversa poderá ser exigida para outros produtos e embalagens considerados causadores de impacto ao meio ambiente e à saúde pública. Para que isso ocorra, deverá existir disposição expressa em regulamentos, acordos setoriais ou termos de compromisso que serão firmados entre o poder público e o setor empresarial.

O Comitê Orientador estabelecido pelo decreto supracitado terá a função de considerar a viabilidade técnica e econômica da logística reversa para novas categorias.

De início, vários empreendedores veem a implementação da logística reversa como um custo a mais a ser suportado por eles. No entanto, muitos estudiosos acreditam que as empresas que conseguirem planejar a logística reversa, de forma adequada, notarão que a coleta, o reúso e a reciclagem desses produtos poderão ser importantes ferramentas para a diminuição de gastos com matéria-prima, transporte e disposição adequada nos aterros sanitários licenciados.

A utilização da logística reversa deve ser incentivada em todos os setores de produção, fazendo com que os fabricantes pensem em formas de diminuir o volume e a periculosidade de seus resíduos para aumentar a competitividade. Espera-se que tal instituto estimule o desenvolvimento de mercados que possam reusar, reciclar e dispor adequadamente os insumos, incentivando o aumento da produção e do consumo de produtos reciclados e recicláveis.

Não obstante, serão necessárias grandes alterações nas linhas de produção, como por exemplo, desenho do produto para que seja facilmente desmontado

e os diferentes materiais separados com mais presteza; escolha de materiais mais fáceis e baratos de serem usados, reciclados, tratados; uso de embalagens menos volumosas, mais leves e mais adequadas e rotulagem adequada para informar os consumidores de como participar desse ciclo tão importante para a natureza.

É de suma importância que a embalagem dos produtos contenha informações precisas sobre a forma de descarte, uso e reciclagem, educando os consumidores sobre a gestão de resíduos. Com a implantação dessas medidas, é fundamental que os consumidores também possam escolher produtos que possuam mais postos e serviços de coleta, o que facilitará que o consumidor cumpra com a sua obrigação de devolver ao fabricante os produtos por ele adquiridos.

Nota-se também a importância das cooperativas e outras associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis para a implementação da logística reversa.

Infelizmente, essa não é uma prática muito adotada entre as empresas que, como muito se sabe, preocupam-se apenas com os lucros. No entanto, elas mal sabem que essa prática faz com que a empresa economize bastante, além de melhorar sua imagem para os clientes, unindo pensamento ambiental responsável, publicidade e economia. Tal constatação foi feita por Gailen Vick, presidente da Reverse Logistics Association (RLA), um especialista de mercado que conhece bem os gastos do país com logística reversa, somando mais de US\$ 750 bilhões por ano, mas afirma que as empresas não prestam muita atenção nisso. Segundo ele, *ser ambientalmente correto afeta a satisfação do cliente. Se você não faz porque é ambientalista, faça pelo lucro e pela imagem corporativa. O que é lixo, hoje, pode valer dinheiro se for bem empregado no futuro.*

Todavia, além do desconhecimento do assunto, especialmente por falta de interesse das empresas, a própria implementação da logística reversa exige uma estrutura complexa para recolher, armazenar e tratar resíduos e um investimento inicial alto.

Na visão de André Saraiva, diretor de Responsabilidade Socioambiental da Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (Abinee), logística reversa é a estratégia que permite um aumento de participação da empresa no mercado. Além disso, diz, *a conscientização e a destinação ambientalmente adequada de um produto podem trazer a esse consumidor o entendimento sobre uma marca muito mais responsável e direta do que qualquer comercial. É uma aposta no consumo consciente.*

Além da responsabilidade dos fabricantes, ao se desfazerem daquilo que criaram com o menor impacto para o meio ambiente, é necessário que tam-

bém exista o compromisso por parte dos clientes em fazer a compra mais responsável e não se guiar apenas pelo menor preço. A logística reversa inicia-se no momento de fabricação do produto e se estende ao ato da compra. Assim, o ciclo se reinicia quando é devolvido como matéria-prima para ser reinserido no sistema.

3.3 Comitê orientador para implementação de logística reversa

No dia 17 de fevereiro de 2011, o Governo Federal instalou o Comitê Orientador para Implementação de Sistemas de Logística Reversa, formado pelos ministérios do Meio Ambiente, da Saúde, da Fazenda, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Esse Comitê tem por finalidade definir as regras para que os resíduos que tenham valor econômico e que possam ser reutilizados ou reciclados sejam devolvidos à indústria, para reaproveitamento em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos.

O Grupo Técnico de Assessoramento (GTA), que funciona como instância de assessoramento para instrução das matérias a serem submetidas à deliberação do Comitê Orientador, criou cinco Grupos Técnicos Temáticos que discutem a logística reversa para cinco cadeias, quais sejam: o descarte de medicamentos; embalagens em geral; embalagens de óleos lubrificantes e seus resíduos; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e eletroeletrônicos.

Esses Grupos têm a finalidade de elaborar propostas de modelagem da logística reversa e subsídios para o edital de chamamento para o Acordo Setorial.

Os sistemas de devolução dos resíduos aos geradores serão implementados principalmente por meio de acordos setoriais com a indústria. A lei prevê a logística reversa para as cadeias produtivas de agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, lâmpadas e produtos eletroeletrônicos.

4. Conclusão

Não obstante os diversos mecanismos existentes para tentar abrandar o impacto causado no meio ambiente, infelizmente, mesmo com a compensação ambiental ou com a prática da logística reversa, alguns aspectos ambientais serão perdidos para sempre. Apesar disso, nunca será considerada em vão ou excessiva qualquer atitude voltada para a preservação, manutenção, respeito e responsabilidade com a natureza.

Notas

¹ SALDANHA, Pedro Mallmann. Especialista em Direito Ambiental e Internacional pela UFRGS. Logística Reversa: Instrumento de solução para a problemática dos resíduos sólidos em face da gestão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 65, p. 131-147, jan. - mar. 2012.

² Idem, *ibidem*.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julg. em 11.3.2009.

⁵ LACERDA, Leonardo. Logística Reversa – uma visão sobre os acontecimentos básicos e as práticas operacionais. Disponível em: <<http://www.ecodesenvolvimento.org/biblioteca/artigos/logistica-rever-uma-visao-sobre-os-conceitos>>. Acesso em: 11/6/2013.

Referências Bibliográficas

BELÉM, Evandro de Oliveira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A criação do corredor ecológico sob a égide do instituto da compensação ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* – FDAU, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 11, n. 66, p. 71 e 72, nov. - dez. 2012.

DOS ANJOS, João Miguel Coelho. Compensação Ambiental: Natureza Jurídica e a Constitucionalidade do artigo 36, §1º da lei nº 9.985/2000. *Revista IOB de Direito Administrativo*, ano I, n. 4, p. 94 - 101, abr. 2006.

FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrill; SILVA, Solange Teles da. Análise dos fundamentos da compensação ambiental: A responsabilidade civil *ex ante* no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 44, n. 175, p. 125 a 135. jul. - set. 2007

MILARÉ, Édis. Compensação Ambiental: questões controvertidas, *Revista de Direito Ambiental*, n. 43, ano 11, editora RT, p. 101 - 113.

PEREIRA, André Luiz; BRUZZI BOECHAT, Cláudio; TADEU, Hugo Ferreira Braga. Logística Reversa e Sustentabilidade. Editora Cengage Learning. 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos Jurídicos da compensação ambiental do art. 36, §1º, da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000). *Revista de Direito Ambiental*, n. 46, ano 12, editora RT, p. 130 - 145, abr. - jun. 2007.

SALDANHA, Pedro Mallmann. Logística Reversa: Instrumento de solução para a problemática dos resíduos sólidos em face da gestão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, ano 17, Vol. 65, p. 127 - 140, jan. - mar. 2012.

- A dinâmica da Logística Reversa. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/lixo/conteudo_471850.shtml>. Acesso em: 10/6/2013
- Comitê Orientador Logística Reversa. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/comite-orientador-logistica-reversa>>. Acesso em: 10/6/2013.
- Compensação Ambiental. Disponível em: <<http://www.icmbio.gov.br/portal/o-que-fazemos/compensacao-ambiental.html>>. Acesso em: 10/6/2013.
- MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/logistica-reversa>>. Acesso em: 12/6/2013.
- Logística reversa e sustentabilidade. Disponível em: <<http://www.logistica-descomplicada.com/logistica-reversa-e-sustentabilidade/>>. Acesso em: 11/6/2013.
- LACERDA, Leonardo. Logística Reversa – uma visão sobre os acontecimentos básicos e as práticas operacionais. Disponível em: <<http://www.ecodesenvolvimento.org/biblioteca/artigos/logistica-rever-uma-visão-sobre-os-conceitos>>. Acesso em: 11/6/2013.
- Logística reversa e sustentabilidade: Gargalos e importância diante do cenário competitivo. Disponível em: <<http://sustentabilidade.com/logistica-reversa-e-sustentabilidade-gargalos-e-a-importancia-diante-do-cenario-competitivo/>>. Acesso em: 10/6/2013.
- O que é compensação ambiental? Disponível em: <<http://www.consciencia.com.br/2010/04/29/o-que-e-compensacao-ambiental/>>. Acesso em: 10/6/2013.

Resumo

Diante da crescente necessidade de conseguirmos satisfazer nossas necessidades diárias com o máximo de responsabilidade ambiental possível, foram criados alguns institutos para minorar os efeitos da destruição da natureza, que, até certo ponto, são inevitáveis para a realização das tarefas do cotidiano.

Apesar dessas alternativas não serem suficientes, todos os dias, a cada nova atividade que realizamos, torna-se necessário o incessante pensamento sobre os meios de desenvolvimento de forma aliada à sustentabilidade, como forma de melhoria da nossa qualidade de vida e garantia das gerações futuras.

Para tanto, foram criadas, entre tantas outras, as figuras da Compensação Ambiental e da Logística Reversa, como meios de contrabalançar os prejuízos que necessariamente irão ocorrer na natureza em razão das transformações que ocorrem na sociedade. No entanto, é de suma importância destacar que tais institutos nunca devem ser pensados isoladamente, sendo indispensável que a eles sejam aliadas

outras formas de evitar, prevenir e, principalmente, reparar os danos causados ao meio ambiente.

Palavras-chave: Compensação Ambiental; Logística Reversa; Resíduos Sólidos; Princípio do Poluidor pagador; Dano ambiental; EIA/RIMA.

Abstract

Considering the growing need to satisfy our daily needs with the most environmental responsibility, some institutes were created to alleviate the effects of the destruction of nature, which to some extent is inevitable to perform the daily tasks. Although these alternatives are not adequate, every day, with each new activity we perform, it is necessary to think on ways of promoting sustainability combined with development, in order to improve our life's quality and ensure future generations.

For that were created, among many others, the institutes of Environmental Compensation and Reverse Logistics, as means to offset the losses that will necessarily occur in nature due to the transformations which take place in society. However, it is extremely important to emphasize that such institutes should never be considered in isolation, and it is essential that they are allied to other ways of avoiding, preventing and most importantly repairing the damage caused to the environment.

Keywords: Environmental Compensation; Reverse Logistics; Solid Waste; Polluter pays; Environmental Damage; EIA/RIMA.

Onízia de Miranda Aguiar Pignataro
Advogada. Conselheira da Comissão
de Direito Tributário da OAB-DF. Pro-
fessora da UPIS. Mestra em Direito
Internacional Econômico e Tributário
pela UCB.

A aplicação da regra constitucional da irretroatividade aos direitos antidumping no Brasil

SUMÁRIO: Introdução. 1. Análise da Aplicação dos Direitos *Anti-dumping* no Brasil 2. Considerações gerais sobre a regra constitucional da irretroatividade tributária. 3. Aspectos gerais do Imposto de Importação. Conclusão. Referências.

Introdução

O princípio da irretroatividade está previsto no artigo 150, III, a, da CF/88, que, por sua vez, veda a cobrança de tributos em relação aos fatos ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou majorou suas alíquotas.

A própria Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVI, reitera a relevância da segurança jurídica ao determinar que uma nova lei não poderá prejudicar o direito adquirido, bem como o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Quanto à aplicação das normas que instituírem os direitos *antidumping*, no Brasil, temos as seguintes teses jurídicas:

O artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro prevê uma regra de direito intertemporal, no sentido de que a lei nova somente atingirá os fatos que se realizarem durante sua vigência, não abrangendo os fatos pretéritos, protegidos pelo artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal?

Em caso afirmativo, viola o princípio da irretroatividade das normas a exigência de direitos *antidumping* aos contratos internacionais ocorridos antes da nova norma que prevê tal obrigação?

O artigo 5º, XXXVI, da CF, em prol da segurança jurídica das relações, resguarda o direito adquirido e o ato jurídico perfeito da extensão dos efeitos provenientes da norma?

Em caso afirmativo, viola o artigo 5º, XXXVI, da CF, a extensão dos efeitos de uma nova norma, que estabelece direitos *antidumping*, até então não existentes, a operações comerciais já realizadas e consolidadas?

Com efeito, o artigo 5º, XXXVI, CF, consagra a garantia constitucional da segurança jurídica:

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

(...) XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Relevante assinalar o artigo 6º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que, além de assegurar a irretroatividade da lei nova, define ato jurídico perfeito e o direito adquirido:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957).

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).

Ressalte-se que, ao contrário do imposto de importação, as medidas *anti-dumping*

são instrumentos de defesa comercial, que compreendem o conjunto de atos e medidas adotadas pelo Estado brasileiro para resguardar os interesses de seus exportadores, proteger o mercado interno do avanço predatório de agentes econômicos estrangeiros, bem como para evitar prejuízos ou recompor danos experimentados por agentes econômicos nacionais, participantes do comércio exterior, mormente no que tange à produção e à indústria doméstica¹.

Assim é que, os direitos *antidumping* possuem natureza jurídica completamente distinta do imposto de importação. Como mencionamos anteriormente, os

direitos *antidumping* estão situados na seara de defesa comercial, visando coibir condutas anticoncorrenciais, sendo inadequada qualquer aplicação analógica dos direitos *antidumping* ao imposto de importação.

Salienta-se que o ordenamento jurídico brasileiro conta com regras que, tanto visam coibir condutas anticoncorrenciais internacionais, quanto ao mesmo tempo proteger a produção e a indústria domésticas, a exemplo da Lei n. 9.019/95 (que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios) e dos próprios Códigos *Anti-dumping* e de Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT, internalizados por via dos Decretos n. 93.941/87 e 93.962/87.

Quanto ao aspecto temporal para exigência dos direitos *antidumping*, verificam-se três momentos distintos possíveis para o nascimento da obrigação do pagamento da referida exação: (a) a data da realização do negócio jurídico de importação; (b) a data da entrada das mercadorias importadas no território nacional; (c) a data do registro da declaração de importação na repartição aduaneira.

No entanto, temos que o entendimento por parte do fisco de que seria possível a exigência dos direitos *antidumping* instituídos por uma norma publicada no diário oficial, após a data da realização do negócio jurídico de importação, violaria frontalmente o artigo 5º, inciso XXXVI, bem como o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que tratam da garantia constitucional da irretroatividade das normas.

Consoante já expusemos, se a norma que instituiu os direitos *antidumping* for publicada em data posterior à realização do negócio jurídico de importação, o fisco não poderá exigir do contribuinte o pagamento dos direitos *antidumping*, devendo este respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, não podendo o contribuinte importador, após realizar toda a operação, ser surpreendido com a imposição de uma medida *antidumping* publicada no diário oficial, após a data da realização do negócio jurídico.

1. Análise da Aplicação dos Direitos *Antidumping* no Brasil

Os direitos *antidumping* no Brasil têm como aspecto essencial a inibição da prática de concorrência desleal no mercado interno ocasionada pela aquisição de produtos ou mercadorias importadas a preços inferiores àqueles praticados no âmbito nacional.

Podemos definir os direitos *antidumping* “como um montante em dinheiro, igual ou inferior à margem *dumping* apurada, exigido com o fim de afastar os efeitos

danosos à indústria doméstica, decorrentes de importações realizadas a preço de *dumping*”.²

Segundo o artigo VI do GATT, o *dumping* ocorre quando o preço da exportação de determinado produto for inferior ao seu valor normal. O valor normal é aferido mediante comparação do preço de comercialização do produto no mercado doméstico e exportador.

Os direitos *antidumping* visam impedir o *dumping* condenável, ou seja, aquele que causa dano à indústria interna do país importador. A nosso ver, os direitos *antidumping* têm como objetivo evitar que os produtores nacionais sejam prejudicados por importações realizadas a preços de *dumping*, prática essa considerada como desleal em termos de comércio em acordos internacionais.

No Brasil, a aplicação de medidas de defesa comercial requer que, no âmbito de um processo administrativo, seja realizada uma investigação, com a participação de todas as partes interessadas, em que dados e informações são conferidos e opiniões são confrontadas, para que o Departamento de Defesa Comercial (DECOM), vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, possa propor a aplicação de uma medida *antidumping* ou o encerramento de uma investigação sem imposição de qualquer medida.

Nos casos de *dumping* no Brasil, a investigação deve comprovar a existência de dano à produção doméstica, bem como donexo causal entre ambos. A investigação deverá ser conduzida de acordo com as regras estabelecidas nos acordos da OMC³ e na legislação brasileira. Tais regras buscam garantir ampla oportunidade de defesa a todas as partes interessadas e a transparência na condução do processo.

O não cumprimento dos procedimentos estabelecidos pelo Acordo *Anti-dumping*, em especial os relativos à garantia de oportunidade de defesa das partes, pode implicar a contestação da medida que vier a ser adotada ao final da investigação e a consequente revogação dessa medida por determinação da OMC.

Consoante análise das informações contidas no site do Ministério do Desenvolvimento⁴, atualizadas em 9/4/2013, confirma-se que o Brasil já aplicou medidas definitivas de *antidumping* em 87 (oitenta e sete) casos. No entanto, cerca de 50% dessas medidas *antidumping* correspondem aos produtos importados da China, como por exemplo, leite em pó, talheres integralmente fabricados em aço inoxidável, ácido cítrico e determinados sais do ácido cítrico, garrafa térmica, malhas de viscose, objetos de vidro para mesa, magnésio em pó, ímãs permanentes de ferrite em forma de anel, canetas esferográficas, calçados, seringas descartáveis,

pneus, eletrodos de grafite, alto-falantes, escovas para cabelo, alhos, cadeados, armações de óculos, ventiladores de mesas etc.

No Brasil, os números analisados apontam que o volume de medidas definitivas de *antidumping* (87 casos) vêm aumentando progressivamente e significativamente com o correr dos anos, inclusive nas relações comerciais entre o Brasil e a China.

Em suma, as medidas *antidumping* têm como objetivo proteger a indústria nacional, ou seja, evitar que os produtores nacionais sejam prejudicados por importações realizadas a preços desleais.

O GATT e o Acordo *Antidumping*, juntamente com o acordo constitutivo da OMC e seus demais anexos, foram internacionalizados por meio do decreto legislativo n. 30, de 1994, e promulgados pelo decreto n. 1.355, de 1994.

No entanto, a lei n. 9.019, de 1995, dispõe sobre a aplicação das medidas no Acordo *Antidumping* e no Acordo de Subsídios e direitos compensatórios, e o decreto n. 1.602, de 1995, regulamenta o Acordo *Antidumping*.

A nosso ver, o *dumping*, por si só, não é considerado uma prática comercial desleal, mas será condenado sempre que a discriminação de preços estiver causando, ou ameaçando causar, dano material à indústria nacional do produto similar ao produto importado. Nesse caso, o Estado, cuja indústria está sendo prejudicada ou ameaçada, poderá valer-se de uma sobretaxa, denominada medida *antidumping*, para proteger sua indústria doméstica.

A natureza jurídica do *dumping* é assunto que suscita muita controvérsia entre os estudiosos da matéria. Algumas correntes defendem que sua natureza é: i) tributo; ii) natureza jurídica própria (*sui generis*); iii) modalidade não tributária de intervenção no domínio econômico; iv) penalidade.

Segundo Welber Barral, a principal dificuldade em caracterizar os direitos *antidumping* como tributos é que a sua cobrança não seria uma atividade administrativa plenamente vinculada, pois as autoridades da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) podem decidir, diante do “*dumping* condenado”, aplicar os direitos ou homologar compromissos sobre preços. Os direitos *antidumping*, ademais, não são submetidos aos limites constitucionais aplicados aos tributos, especialmente no que concerne à observância da capacidade contributiva e regulamentação por lei complementar⁵.

Nesse passo, Marcelo Jatobá Lobo afirma que os direitos *antidumping* não têm natureza jurídica de imposto sobre a importação, porque, além de “importar mercadorias estrangeiras” (hipótese de incidência do imposto), os direitos *antidumping* têm por antecedente o “*dumping* condenável”⁶.

No entanto, para Liziane Angelotti Meira, os direitos *antidumping* não possuem natureza jurídica de tributo porque “as normas que os abrigam, não são normas primárias prescritivas”⁷. Além disso, consigna a autora que os direitos *antidumping* também “não podem ser caracterizados nem como natureza jurídica *sui generis* nem como modalidade não tributária de intervenção no domínio econômico; pois a Constituição garante o respeito ao direito de propriedade e prevê expressamente os casos em que, com restrição a esse direito, o Estado pode se apropriar de bens de particulares. Destarte, qualquer norma que autorize o Estado a invadir a seara dos bens dos particulares, sem autorização constitucional expressa, estará eivada de inconstitucionalidade por ferir a garantia pétrea do direito à propriedade e também o princípio constitucional da segurança jurídica.

Quanto à natureza jurídica dos direitos *antidumping* como penalidade, entre as críticas que essa vertente recebe, vale mencionar a de que a prática de *dumping* não é caracterizada como um ato ilícito e também a de que a obrigação relativa ao *dumping* não é imposta ao exportador, mas ao importador. Ademais, ato ilícito é “ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta ou imediatamente, um preceito jurídico de direito privado, causando-se dano a outrem”.⁸ Nesse contexto, se o *dumping* fosse um ato ilícito, o Estado teria o dever e não a faculdade de aplicar uma sanção.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁹ explica que as medidas *antidumping* são, na realidade, um ato da administração pública estatal resultante de uma avaliação prévia na qual se constata a existência ou não do *dumping* e, caso positivo, se tal *dumping* trouxe dano ou ameaça de dano à indústria doméstica. Após esse trabalho e caso ambas as respostas sejam positivas, a administração pública faz um juízo de valor para apurar a conveniência da aplicação final da medida *antidumping*. Há, então, três fases distintas: i) verificação (existência ou não de *dumping*); ii) avaliação econômica (existência de dano ou ameaça de dano à indústria doméstica); iii) juízo de conveniência e oportunidade (decisão se haverá ou não aplicação final de um direito *antidumping*).

Com efeito, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995, pacifica a questão da natureza jurídica não tributária dos direitos *antidumping*. Como se vê, os direitos *antidumping* possuem natureza jurídica completamente distinta dos tributos, bem como do imposto de importação, razão pela qual é inaplicável a disciplina conferida ao aludido tributo.

Todavia, em que pese a distinção entre os direitos *antidumping* e o imposto de importação, há quem sustente que, assim como na hipótese de majoração da alíquota do Imposto de Importação, a sobretaxa, ou seja, a exigência dos Direitos

Antidumping poderia ser realizada caso se encontrasse em vigor no momento do registro da Declaração de Importação.

Portanto, a natureza jurídica dos direitos *antidumping*, para Welber Barral, “é de Direito Econômico e legítima a intervenção econômica do Estado, submetendo-se aos princípios gerais do Direito Econômico”¹⁰. Nesse sentido, também concordamos com o entendimento de Welber Barral.

No entanto, sem pretender discorrer sobre as diversas teses adotadas em sede doutrinária quanto à natureza jurídica, os direitos *antidumping* “podem ser definidos como um montante em dinheiro, igual ou inferior à margem de *dumping* apurada, exigido com o fim de afastar os efeitos danosos à indústria doméstica, decorrente de importações realizadas a preço de *dumping*”¹¹.

Ocorre que, diferentemente do imposto de importação, os direitos *antidumping* estão situados na seara de defesa comercial, visando a coibir condutas anticoncorrenciais, sendo inadequada qualquer aplicação analógica da disciplina conferida ao primeiro.

A propósito, assim já se manifestou o Ministro Mauro Campbell Marques, Relator do REsp n. 946945/SP:

Em primeiro lugar, as medidas antidumping, ao lado das medidas compensatórias e de salvaguardas, são instrumentos de defesa comercial, que compreendem o conjunto de atos e medidas, adotadas pelo Estado brasileiro para resguardar os interesses de seus exportadores, proteger o mercado interno do avanço predatório de agentes econômicos estrangeiros, bem como para evitar prejuízos ou recompor danos experimentados por agentes econômicos nacionais, participantes do comércio exterior brasileiro, mormente no que tange à produção e à indústria doméstica. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 419).

Visando a isso, o ordenamento jurídico brasileiro conta com regras que tanto visam a coibir condutas anticoncorrenciais internacionais quanto, ao mesmo tempo, a proteger a produção e a indústria domésticas, a exemplo da Lei n. 9.019/95 (que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios) e dos próprios Códigos Antidumping e de Subsídios e Medidas Compensatórias do GATT, internalizados por via dos Decretos n. 93.941/87 e 93.962/87.

A própria Lei n. 9.019/95, que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo *Antidumping* e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios,

deixa claro em seu artigo 1º que não há qualquer ligação entre os direitos *antidumping* e os direitos compensatórios com as obrigações tributárias relativas à importação de produtos:

Art. 1º Os direitos antidumping e os direitos compensatórios, provisórios ou definitivos, de que tratam o Acordo Antidumping e o Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, aprovados, respectivamente, pelos Decretos Legislativos nºs 20 e 22, de 5 de dezembro de 1986, e promulgados pelos Decretos nºs 93.941, de 16 de janeiro de 1987, e 93.962, de 22 de janeiro de 1987, decorrentes do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt), adotado pela Lei nº 313, de 30 de julho de 1948, e ainda o Acordo sobre Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 e o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, anexados ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC), parte integrante da Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt, assinada em Marraqueche, em 12 de abril de 1994, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, promulgada pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que serão aplicados mediante a cobrança de importância, em moeda corrente do País, que corresponderá a percentual da margem de dumping ou do montante de subsídios, apurados em processo administrativo, nos termos dos mencionados Acordos, das decisões PC/13, PC/14, PC/15 e PC/16 do Comitê Preparatório e das partes contratantes do Gatt, datadas de 13 de dezembro de 1994, e dessa lei, suficientes para sanar dano ou ameaça de dano à indústria doméstica.

Parágrafo único. Os direitos antidumping e os direitos compensatórios serão cobrados independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação dos produtos afetados.

Ademais, o artigo 10, da Lei n. 9.019/95, deixa claro que os direitos *antidumping* são receitas originárias, vejamos:

Art. 10. Para efeito de execução orçamentária, as receitas oriundas da cobrança dos direitos *antidumping* e dos direitos compensatórios, classificadas como receitas originárias, serão enquadradas na categoria de entradas compensatórias previstas no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Parágrafo único. As receitas oriundas da cobrança dos direitos *antidumping* e dos Direitos Compensatórios de que trata este artigo serão destinadas ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, para aplicação na área de comércio exterior, conforme diretrizes estabelecidas pela CAMEX. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001).

Em outro julgado, igualmente de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques (REsp n. 1170249/RJ, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/5/2011, DJ e 30/5/2011), restou expressamente consignado que os direitos *antidumping* possuem natureza diversa da tributária:

Da interpretação dos artigos, depreende-se que os direitos antidumping e compensatórios têm natureza diversa da tributária, não se lhes aplicando, portanto, as disposições dos arts. 97 e 98 do Código Tributário Nacional. No mesmo sentido:

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito [art. 1º da Lei n. 9.019/95], depreende-se que, após os trâmites procedimentais, caso a Autoridade Comercial decida pela aplicação de instrumentos de defesa comercial, estes se materializarão por meio de direitos antidumping ou compensatórios (também denominados medidas), que se tratam de tarifação pecuniária a ser cobrada, via de regra, mediante alíquota *ad valorem* sobre os produtos ou bens importados, calculados com base na margem de dumping ou do montante de subsídios acionáveis, apurados em prévio processo administrativo investigativo.

Ressalte-se que os direitos antidumping e os direitos compensatórios serão cobrados independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação dos produtos afetados, tendo natureza jurídica de receitas originárias, enquadradas na categoria de entradas compensatórias previstas no art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, a teor da exegese do art. 10 e parágrafo único da Lei n. 9.019/95. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 420).

Tratando-se de institutos com natureza jurídica completamente distinta, conforme reconhecido pelo próprio STJ, afigura-se inaplicável a mesma disciplina do imposto de importação, no sentido de ser aplicável a alíquota em vigor no momento do registro da Declaração de Importação.

Entre os requisitos para se recorrer à analogia, destaca-se a necessidade de que a semelhança entre os casos se dê por um elemento fundamental e não apenas em pontos secundários, bem como que exista identidade de razão jurídica entre ambas as situações.

Como acima destacado, estamos diante de situações que não guardam qualquer relação, pois os direitos *antidumping* estão localizados no âmbito do Direito Econômico, sendo medidas que visam evitar práticas anticoncorrenciais.

Importante ressaltar que a exação dos direitos *antidumping* não possui natureza jurídica tributária, sendo, na verdade, uma medida de proteção ao mercado doméstico. Portanto, admitir que o importador seja surpreendido com a imposição de uma medida *antidumping*, após a realização de um negócio jurídico perfeito, violaria o princípio da irretroatividade, bem como o livre exercício da atividade econômica e da concorrência.

Dessa forma, as medidas protecionistas devem assegurar os interesses comerciais domésticos públicos sem que com isso causem danos ao exercício da atividade econômica pelos agentes particulares.

Com isso, as medidas *antidumping* no Brasil devem respeitar os atos jurídicos perfeitos, bem como os direitos adquiridos, não podendo os importadores brasileiros, após realizarem todas as operações de importações, serem surpreendidos com a imposição de uma norma *antidumping* não vigente na data do contrato de importação.

É que a norma de imposição dos direitos *antidumping*, por importar em restrição de direitos ou criação de obrigações, deve estar acobertada pelas cláusulas de previsibilidade e publicidade como elementos integrantes do postulado da segurança jurídica.

Vale dizer que deve ser levado em consideração se o importador, ciente dos direitos *antidumping*, realizaria ou não aquela importação, haja vista os custos inerentes à operação e a margem de lucro pretendida.

Tecnicamente, a proteção ao mercado doméstico não deve servir como instrumento para surpreender aqueles que atuam no comércio exterior com a imposição de medidas restritivas previstas posteriormente à concretização do processo de importação.

Frise-se que a Lei n.º 9.019/95, em seu artigo 7º, não prevê que a incidência dos direitos *antidumping* ocorre no registro da declaração de importação. Da leitura do citado artigo, verifica-se que ele não indica o marco temporal da legislação que deve ser levada em conta para exigência da exação, mas sim o momento em que os direitos deverão ser recolhidos, qual seja, na data do registro:

Art. 7º O cumprimento das obrigações resultantes da aplicação dos direitos antidumping e dos direitos compensatórios, sejam definitivos ou provisórios, será condição para a introdução no comércio do País de produtos objeto de dumping ou subsídio.

(...) § 2º Os direitos antidumping e os direitos compensatórios são devidos na data do registro da declaração de importação. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003).

Logo, não há que se confundir momento da exigência da medida *antidumping* com o marco temporal dos efeitos de uma resolução que a estabelece. Afinal, não seria razoável que seus efeitos retroagissem ao tempo com fito de prejudicar uma transação comercial concluída antes da sua publicação.

2. Considerações gerais sobre a regra constitucional da irretroatividade tributária

O princípio constitucional da irretroatividade, previsto no art. 150, III, da CF, estabelece como regra que a lei tributária não pode atingir fatos geradores ocorridos antes da sua vigência. No entanto, o referido princípio comporta exceções, que representam a aplicação retroativa da lei tributária. Assim, percebe-se que tanto uma lei tributária meramente interpretativa quanto uma lei tributária que deixa de prever uma penalidade ou procede à sua redução poderão retroagir, conforme preceitua o art. 106 do CTN.

Sabemos, portanto, que as normas jurídicas em geral aplicam-se a atos e fatos futuros, ou seja, atos e fatos que acontecem depois da vigência da norma. Portanto, vale dizer que uma nova norma poderá ser aplicada a ato e fato pretérito naquelas hipóteses taxativamente estabelecidas no art. 106 do CTN.

Quanto à retroatividade da lei meramente interpretativa, Roque Antônio Carraza, assevera que

há quem queira – seguindo na traça do art. 106, I, do CTN – que a lei tributária interpretativa retroaja até a data em vigor da lei tributária interpretada. Discordamos, até porque, no rigor dos princípios, não há leis interpretativas. A uma lei não é dado interpretar outra lei. A lei é o direito objetivo e inova inauguralmente a ordem jurídica. A função de interpretar leis é concedida aos seus aplicadores, basicamente ao Poder Judiciário, que as aplica aos casos concretos submetidos a sua apreciação, definitivamente e com força institucional¹².

Ocorre que a expressão lei interpretativa sofre críticas relevantes em relação à sua retroatividade. Para Pontes de Miranda,

nas democracias, com o princípio da irretroatividade da lei, a interpretação autêntica ou nova lei, ou não tem outro prestígio que o de seu valor intrínseco, se o tem; é interpretação como qualquer outra, sem qualquer peso a mais que lhe possa vir da procedência: o corpo legislativo somente pode, hoje, fazer lei para o futuro; não para trás, ainda que a pretexto de interpretar lei feita¹³.

Além disso, Ruy Barbosa Nogueira admite a lei interpretativa em matéria tributária, mas sustenta que ela não pode gravosamente retro-operar no campo dos elementos constitutivos do fato gerador que é direito material, embora possa limitar o poder estatal nessa área, dispondo sobre aspectos de equidade, remissão, anistia, enfim de suavizações, jamais de agravações retroativas em relação às obrigações tributárias principais¹⁴.

A nosso ver, a lei tributária meramente interpretativa é aquela que não inova situações jurídicas, ou seja, aquela que não cria o tributo, limitando-se a explicitar, ou seja, esclarecer dúvidas relacionadas a atos ou fatos já existentes no ordenamento jurídico. Nesse caso, entendemos que a referida lei poderá retroagir desde que seja para beneficiar e nunca para prejudicar o direito adquirido, bem como o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O ato jurídico perfeito é aquele já realizado, acabado, segundo a lei vigente ao tempo em que efetuou, pois já satisfaz todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto, completo ou aperfeiçoado.

Já o direito adquirido é espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado (pois, adquirido) ao patrimônio jurídico do titular (sujeito de direito), consumado ou não, porém exigível na via jurisdicional, se não cumprido voluntariamente pelo obrigado (sujeito de dever).

Nesse passo, o art. 5º, XXXVI, da vigente Constituição Federal, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Quanto à retroatividade da lei em matéria de penalidades, Sergio Feltrin Corrêa admite

o afastamento da penalidade, todavia, não deve ser considerado como pronta decorrência do surgimento de uma lei interpretativa. É fundamental seja levado em conta que a penalidade destina-se à formação de uma melhor

consciência social e, em tais condições, não será justificada se o lapso cometido pelo contribuinte, ao revés de posicionado sob o abrigo de uma compreensão razoável do sentido que se buscou emprestar à lei velha, decorreu de clara inobservância aos seus termos¹⁵.

Portanto, uma norma relacionada às infrações e às penalidades tributárias poderá retroagir, em obséquio ao princípio da retroatividade benigna. Nesta hipótese, o fisco deverá aplicar a multa fiscal menos gravosa ao contribuinte, conforme estabelece a alínea “c” do inciso II do art. 106 CTN. No entanto, se a multa já tiver sido recolhida ou se o processo administrativo ou judicial já foi definitivamente julgado, não há que falar na retroatividade da norma relativa às penalidades, ainda que a mesma seja benéfica ao contribuinte.

Trata-se da retroatividade da lei mais benéfica em matéria de penalidades. O Código Tributário Nacional optou por conferir ao contribuinte um tratamento semelhante àquele que se confere ao réu no direito penal, ou seja, da lei mais benigna como produtora de efeito jurídico sobre atos pretéritos.

Sobre a irretroatividade tributária, Luciano Amaro afirma que

o que a Constituição pretende, obviamente, é vedar a aplicação da lei nova, que criou ou aumentou o tributo, a fato pretérito, que, portanto, continua sendo não gerador de tributo, ou permanece como gerador de menor tributo, segundo a lei da época de sua ocorrência¹⁶.

A esse propósito, impende trazer as palavras de Pontes de Miranda¹⁷, “o princípio vedativo da irretroatividade apanha qualquer espécie de regra jurídica, emane de qualquer autoridade estatal, ou ligada ao Estado”.

Com efeito, compete ao intérprete da norma aplicar o princípio da irretroatividade tributária, ou seja, impedir que essa nova norma tenha efeito retroativo, ou seja, impedir que esta nova norma volte no tempo para incidir sobre atos ou fatos juridicamente perfeitos.

Portanto, entendemos que uma nova norma, como, por exemplo, uma Resolução CAMEX, que estabelece a exigência de direitos *antidumping* sobre as importações brasileiras, publicada em data posterior a uma transação comercial já concluída, não poderá retroagir para prejudicar o direito já adquirido pelo contribuinte importador.

Entendemos que a norma que institui a cobrança dos direitos *antidumping* no Brasil deverá considerar a data do contrato de importação, ou seja, a data da

transação comercial internacional já concluída, haja vista que o tempo rege o ato (*tempus regit actum*).

Nesse sentido, tanto o TRF da 1ª quanto o da 4ª Região entendem que a norma não é clara na retroatividade para prejudicar o importador, devendo ser compreendida como naqueles casos em que ela é mais benéfica.

TRF 1ª REGIÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0051724-29.4.01.0000. Órgão Julgador: OITAVA TURMA Decisão: “(...) Primeiro cabe esclarecer que ao caso se aplica a Lei 9.015/95 que estabelece: Art. 8º Os direitos antidumping ou compensatórios, provisórios ou definitivos, somente serão aplicados sobre bens despachados para consumo a partir da data da publicação do ato que os estabelecer, excetuando-se os casos de retroatividade previstos nos Acordos Antidumping e nos Acordos de Subsídios e Direitos Compensatórios mencionados no art. 1º. § 1º Nos casos de retroatividade, a Secretaria da Receita Federal intimará o contribuinte ou responsável para pagar os direitos antidumping ou compensatórios, provisórios ou definitivos, no prazo de 30 (trinta) dias, sem a incidência de quaisquer acréscimos moratórios. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003). Segundo a norma, não é clara na retroatividade para prejudicar o importador, devendo ser compreendida como naqueles casos em que ela é mais benéfica, que não é a hipótese dos autos. A agravante adquiriu os produtos importados antes de 31/03/2010 e nessa data foram embarcados (documentos de fls. 25 e 31/32 dos autos principais) e a norma prejudicial (Resolução CAMEX 24) foi editada em 28/04/2010, posterior, portanto. Logo, não se pode fazer incidir-la em prejuízo da retroatividade maligna. Nesse sentido já decidiu o Juiz Francisco Renato Codevila, então convocado no Gabinete do Desembargador Federal como membro da 7ª Turma deste TRF1 no Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.042601-6/DF. Com essas razões, defiro a antecipação de tutela recursal (art. 527 do CPC).

TRF 4ª REGIÃO. AG – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.018514-3. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Em caso assemelhado (ação ordinária n. 2008.72.08.003203-0/SC) decidi que, por força do princípio da segurança jurídica, as determinações estatais que importem na restrição de direitos ou na criação de obrigações para os cidadãos devem conter cláusula de previsibilidade e publicidade a tempo e modo de não surpreender a sociedade, evitando-se a alteração das regras jurídicas sem prévio avi-

so. A Resolução CAMEX n. 79, de 18/12/08 (DOU 19/12/08), entrou em vigor na data de sua publicação (art. 3º), não se prevendo uma *vacatio legis* que possibilitasse ao mercado por ela regulado adaptar-se em tempo hábil as suas disposições. Washington de Barros Monteiro leciona: ***‘O espaço de tempo compreendido entre a publicação da lei e sua entrada em vigor denomina-se vacatio legis. Geralmente é estabelecido para a melhor divulgação dos textos. Enquanto não transcorrido este período, a lei nova não tem força obrigatória, conquanto já publicada. Considera-se, pois, ainda em vigor a lei precedente sobre a mesma matéria’.*** (Curso de Direito Civil, 1º volume, 31ª ed., p. 25/26.) Evidentemente, o lapso temporal é indispensável para que os cidadãos tomem pleno conhecimento das novas regras, bem como possam adaptar-se a elas, especialmente no campo das relações comerciais. O tempo de *vacatio legis* possibilita ao Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal) uma necessária e indispensável segurança jurídica, possibilitando uma convivência harmoniosa entre o Estado e a sociedade. Observe-se que uma convivência harmoniosa pressupõe não só o conhecimento das novas regras legais, bem como o tempo necessário para adequação da conduta social a elas. No caso em apreço, a Resolução CAMEX n. 79, de 18/12/08 (DOU 19/12/08), criou a obrigação de pagamento de direitos antidumping sobre importações de pneus de construção radial de aros 20", 22" e 22,5", para uso em ônibus e caminhões e, evidentemente, por força da entrada imediata em vigor, não houve tempo hábil para a impetrante (empresa de importação) adaptar-se às novas regras, em especial em relação aos contratos de compra de pneus já firmados e com o registro da Licença de Importação já formalizado antes mesmo da entrada em vigor da Resolução. Retirou-se da impetrante a possibilidade de optar entre a aquisição dos produtos no exterior ou a não aquisição, frente às novas exigências legais que, na espécie, obrigam ao pagamento de direitos antidumping na importação. Destarte, a Resolução CAMEX ofende o direito adquirido das empresas e de seus clientes (art. 5º, inc. XXXVI, da CF), devendo ser respeitados os contratos firmados antes da entrada em vigor da referida norma infralegal, inclusive em seus efeitos futuros (venda ao consumidor final).

Em resumo, as leis tributárias não poderão retroagir para atingir fatos anteriores à data de sua publicação, posto que o contribuinte, à época da realização do negócio jurídico ou do fato gerador, desconhecia tais regras.

Vinícius Casalino destaca uma lição importante relativa ao princípio da irretroatividade:

Tenho certeza de que, hoje, se eu ingerir bebida alcoólica, não devo dirigir um veículo automotor. Sofrirei as consequências por isso, visto que há lei proibindo tal conduta. Por outro lado, tenho certeza também de que, hoje, não há quaisquer impedimentos jurídicos ao consumo de tabaco. Se uma lei, eventualmente, proibir o consumo de tabaco amanhã, não é justo que eu seja punido por algo que faço hoje. Não posso, obviamente, prever o futuro¹⁸.

Esse é, em linhas gerais, o fundamento axiológico (valorativo) do princípio da irretroatividade das leis.

Para finalizar, digamos que uma determinada empresa tenha importado sapatos da China. O contrato internacional (*invoice*), ou seja, o negócio jurídico entre o importador brasileiro e o exportador chinês foi devidamente realizado em 9 de maio de 2013. Ocorre que, no dia 29 de maio do mesmo ano, foi publicada uma nova Resolução CAMEX exigindo direitos *antidumping* dos sapatos importados da China. Pergunta-se: esta nova exação aplica-se à operação de importação efetuada pela empresa? Entendemos que não, pois a norma jurídica, em regra, projeta sua eficácia para o futuro. Como vimos, o princípio da irretroatividade, previsto no art. 5º, XXVI, da CF/1988, assegura que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Portanto, a data de celebração do contrato de compra e venda da mercadoria é bastante relevante para aplicação dos direitos antidumping, posto que estes incidem sobre o negócio jurídico entre o importador e o exportador. Nesse passo, se a contratação da mercadoria deu-se antes da publicação da norma que instituiu os direitos *antidumping*, são inaplicáveis, pois, as disposições desta nova norma aos contratos anteriores à sua vigência.

3. Aspectos gerais do Imposto de Importação

O sujeito ativo do Imposto sobre a Importação é a própria União, pessoa jurídica de direito público interno. Já o sujeito passivo é o contribuinte importador ou o responsável tributário.

A base de cálculo do Imposto sobre a Importação é o próprio valor aduaneiro da mercadoria importada, ou seja, o valor do produto no mercado internacional.

Já a alíquota é definida pela Tarifa Externa Comum (TEC) ou na sua lista de exceções.¹⁹

O recolhimento do imposto sobre a importação, por meio do SICOMEX, constitui ato contínuo ao registro da declaração de importação, ocorrendo eletronicamente, *on-line*, mediante débito na conta do importador. Aliás, “o pagamento do Imposto sobre a Importação (II), assim como o do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), é condição para o desembaraço aduaneiro do produto”²⁰.

No Brasil, existem dois grandes modelos de importação a título definitivo no Brasil: a importação por conta e ordem de terceiros e a importação por conta própria, que se subdivide em importação sem encomendante pré-determinado e a importação por encomenda.

A importação por conta própria ou direta é aquela em que o importador contata (ou é contatado pelo) o fornecedor (exportador), negocia e pactua diretamente as condições e termos da compra, providencia os trâmites aduaneiros, cambiais, de licenciamento e outros para a nacionalização das mercadorias e as distribui no mercado nacional, sem que tenha um ou alguns pedidos colocados para aquele produto.

Nessa sistemática, o importador declarado, obrigatoriamente, deve assumir todos os custos e riscos da operação, comprando a mercadoria no exterior, pagando todos os seus custos de nacionalização e, conseqüentemente, contratando e arcando com o pagamento do câmbio referente às mercadorias por ele adquiridas, ou seja, a operação é realizada com seus próprios recursos e por seu próprio risco.

Já a importação por conta e ordem de terceiro é um serviço prestado por uma empresa – a importadora –, a qual promove, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas por outra empresa – a adquirente –, em razão de contrato previamente firmado, que pode compreender ainda a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial (art. 1º da IN SRF nº 225/02 e art. 12, § 1º, I, da IN SRF nº 247/02).

Importante destacar que, na importação por conta e ordem, é necessário que se cumpram os seguintes requisitos: i) o BL consignado ou endossado ao importador (art. 3º, § 1º da IN SRF nº 225/02); ii) a fatura deve identificar o adquirente da mercadoria (art. 3º, § 2º da IN SRF nº 225/02); iii) Contrato Prévio; iv) os registros contábeis do importador devem evidenciar que se trata de uma mercadoria de terceiro com observância do disposto no Art. 87, incisos II e III da IN SRF 247/02 (no caso da imunidade, o bem deverá ser registrado como bem reversível, restando

claro, por exemplo, que se trata de um bem do Estado ou de uma entidade de assistência social imune).

No entanto, a importação por encomenda é aquela em que uma empresa adquire mercadorias no exterior com recursos próprios e promove o seu despacho aduaneiro de importação, a fim de revendê-las, posteriormente, a uma empresa encomendante previamente determinada, em razão de contrato entre a importadora e a encomendante, cujo objeto deve compreender, pelo menos, o prazo ou as operações pactuadas (art. 2º, § 1º, I, da IN SRF nº 634/06).

Em última análise, em que pese a obrigação do importador de revender as mercadorias importadas ao encomendante predeterminado, é aquele e não este que pactua a compra internacional e deve dispor de capacidade econômica para o pagamento da importação, pela via cambial. Da mesma forma, o encomendante também deve ter capacidade econômica para adquirir, no mercado interno, as mercadorias revendidas pelo importador contratado.

Assim, Rudson Domingos Bueno define o imposto de importação

como um dos mais importantes que incidem sobre as operações de comércio exterior, tendo como característica principal ser um tributo extrafiscal prioritariamente regulador da atividade de comércio exterior e, como objetivo secundário, a função arrecadatória²¹.

Nesse passo, é importante destacar que o imposto de importação é um tributo de competência da União, regulado pelo art. 153, I, da Constituição Federal e pelos arts. 19 a 22 do CTN, devendo observar os princípios gerais do direito tributário, como por exemplo, a irretroatividade, a isonomia, a capacidade contributiva, bem como os tratados internacionais.

No entanto, o imposto de importação sofre algumas mitigações (atenuações) quanto aos princípios da legalidade (art. 153, §1º, da CF), da anterioridade anual (art. 150, III, b, da CF) e da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c, da CF), ou seja, em razão do seu caráter nitidamente extrafiscal, suas alíquotas poderão ser alteradas por ato do poder executivo, vigorando a partir da data de sua publicação.

O art. 19, do CTN, declara que “o imposto de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros, tem como fato gerador a entrada destes no território nacional”.

Relevante assinalar que o elemento material do imposto de importação consiste em importar produtos estrangeiros. A doutrina e a jurisprudência entendem que importar significa trazer do exterior e introduzir nas fronteiras do Brasil.

Aquiles Vieira define a importação como

um ato de inferir no país produtos ou serviços oriundos do exterior, sendo que o processo de tal aquisição oportuniza o intercâmbio entre os países, denominado na atualidade como mercado globalizado. Este procedimento propicia às empresas brasileiras a aquisição de novas tecnologias, objetivando a modernização do parque industrial, bem como a compra de insumos, via de regra, a preços competitivos, destinados à fabricação de mercadorias com maior produtividade e qualidade²².

Miguel Hilú Neto assevera que o verbo importar “indica uma ação de trazer para dentro, de fazer vir, de buscar algo alhures e colocá-lo no território do importador”²³.

No entanto, o Regulamento Aduaneiro, em seu art. 71, dispõe sobre as hipóteses de não incidência, como por exemplo, mercadoria enviada por equívoco e redestinada ao exterior; reposição de mercadoria estrangeira defeituosa ou imprestável; mercadoria objeto de pena de perdimento; devolvida antes do registro da Declaração de Importação; embarcação retornando como propriedade da empresa brasileira que a construiu.

Nos termos do art. 73 do Regulamento Aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto de importação, na data do registro da declaração de importação de mercadoria submetida a despacho para o consumo, no dia do lançamento do crédito tributário ou na data do vencimento do prazo de permanência da mercadoria em recinto alfandegado.

Importante consignar que o Decreto-lei n. 37, de 1966, no seu art. 1º, faz referência a “mercadorias”; no art. 13, a “bagagem”, e, em outras passagens, a “bem”. Para Liziane Angelotti Meira

a palavra ‘bens’ deve ser tomada no sentido de coisas, corpóreas e incorpóreas, e indica qualquer utilidade econômica ou riqueza incorporada ao patrimônio de alguém e passível de apreciação pecuniária. Ao passo que ‘produto’ identifica-se com toda e qualquer coisa ou utilidade que se extraiu de outra; há produtos naturais, agrícolas, pecuários, minerais, fabris, industriais, intelectuais etc. ‘Mercadoria’, por seu turno, no sentido utilizado para a tributação interna, especialmente na incidência de ICMS, tem recebido uma aceção mais limitada que as duas expressões anteriores, consistiria nas coisas que servem como objeto de operações comerciais²⁴.

Para Carlos Ashikaga, produto é “qualquer bem móvel, abrangendo mercadoria, ativo imobilizado, material de uso ou consumo, produto industrializado ou primário, produzido pela natureza ou resultado de qualquer atividade humana”²⁵.

Importa considerar que, quanto às bagagens, para efeitos tributários, consoante a Instrução Normativa n. 1.059, de 2010, da Receita Federal do Brasil, equipara-se a importador o viajante que traz mercadoria importada em sua bagagem. No entanto, o limite de isenção do imposto de importação para bens diversos trazidos ao País em bagagem acompanhada é de US\$ (quinhentos dólares dos Estados Unidos) ou o equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no Brasil, por via aérea ou marítima; e de US\$ 300 (trezentos dólares dos Estados Unidos) ou equivalente em outra moeda, quando o viajante ingressar no Brasil por via terrestre, fluvial ou lacustre.

Necessário observar que o Código Aduaneiro do MERCOSUL, aprovado em agosto de 2010, quando for incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, terá importante função pacificadora ao determinar, em seu art. 3º, que mercadoria é “todo bem suscetível de um destino aduaneiro”, ou seja, todo bem objeto de importação e exportação. Desse modo, ficará esclarecido o entendimento de que, no comércio exterior, no Brasil e no mundo, e logicamente, nos acordos internacionais celebrados pelo Brasil, mercadoria tem uma aceção própria, adequada às operações internacionais e às regras que a disciplinam²⁶.

No entanto, o art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei nº 37/66, considera como estrangeira a mercadoria nacional ou nacionalizada exportada que retornar ao país, salvo casos específicos, como por exemplo, o retorno de bens não vendidos sob consignação mercantil, devolução para reparo ou substituição, modificação na sistemática de importação no país de destino, guerra, calamidade pública ou outros fatos alheios à vontade do exportador.

Cabe mencionar, ainda, que mercadoria nacionalizada significa qualidade de mercadoria estrangeira que já foi submetida a despacho para consumo com recolhimento ou sem recolhimento do imposto de importação (nos casos de imunidade ou de isenção tributária).

Entende-se, como território nacional, todos os recintos aduaneiros brasileiros, ou seja, recintos que compreendem tanto as zonas primárias (aeroportos e portos), quanto as zonas secundárias (portos secos). Portanto, cabe observar que tanto os recintos alfandegados das zonas primárias quanto os das zonas secundárias são fiscalizados pela própria Receita Federal do Brasil.

Segundo o art. 103 do Regulamento Aduaneiro, podem ser sujeitos passivos o importador (assim considerada qualquer pessoa física ou jurídica que promo-

va a entrada de mercadoria estrangeira destinada a permanecer de forma definitiva no território nacional) ou quem a lei a ele equiparar; o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente; e o adquirente de mercadoria em entrepostos aduaneiros.

Entendemos, assim, que o sujeito passivo do imposto de importação é o importador (assim considerada qualquer pessoa física ou jurídica que promova a entrada de mercadoria estrangeira destinada a permanecer de forma definitiva no território nacional) ou quem a ele equiparar-se.

Para Alfa Oumar Diallo,

não se pode confundir a ocorrência do fato gerador do imposto de importação pela qual tal ocorrência se exterioriza, ou é documentada. Não se pode confundir, assim, a entrada do produto estrangeiro no território nacional com o respectivo desembaraço aduaneiro. Apenas por questão de ordem prática, para fins de determinação da taxa de câmbio a ser utilizada na conversão do valor das mercadorias para moeda nacional, considera-se a data da declaração de importação para o desembaraço aduaneiro²⁷.

O fato gerador do imposto de importação, segundo Eduardo Sabbag,

é a entrada real ou ficta do produto estrangeiro no território nacional, cabendo ao intérprete assimilar o elemento temporal do fato gerador, à luz de uma ficção jurídica, como momento do início do despacho aduaneiro, assim entendido o momento da apresentação ou registro da Declaração de Importação (DI) ou documento que lhe faça substituir (e demais documentos pertinentes ao desembaraço), perante a autoridade aduaneira (Receita Federal do Brasil) para liberação da mercadoria estrangeira entrepostada ou depositada²⁸.

Ressalte-se que a incidência do imposto ocorrerá em casos de permanência definitiva do bem no território, não englobando as mercadorias estrangeiras que ingressam no território nacional, temporariamente, a fim de que cumpram finalidades esporádicas (por exemplo, feiras, exposições etc.).

Ressalta Hugo de Brito Machado que

outro aspecto concernente ao fato gerador do imposto de importação que merece destaque diz respeito aos casos em que é aplicada ao importador a

pena de perdimento dos bens importados. Com o perdimento desfaz-se o fato gerador do imposto, de modo que não se pode admitir mais sua cobrança²⁹.

No entanto, quando se trata de direito intertemporal, a entrada da mercadoria no território nacional não pode ser vista como fato isolado. Ela decorre de um conjunto de outros fatos que não podem ser ignorados, para que se faça efetiva a irretroatividade das leis como manifestação do princípio da segurança jurídica.

Não é certo que a segurança jurídica tenha sido desconsiderada pelo legislador constituinte quando afastou do imposto de importação o princípio da anterioridade da lei tributária. Restou, indubitavelmente, como expressão da segurança jurídica, o princípio da irretroatividade, expressamente previsto no campo tributário, no art. 150, III, alínea “a”, da vigente Constituição Federal.

Portanto, no que tange ao imposto de importação, mediante interpretação do disposto no art. 44 do Decreto-Lei n. 37, de 1996, o marco temporal, ou seja, o momento em que se considera nascida a obrigação tributária, já foi pacificado pela jurisprudência do STJ, no REsp nº 250.379-PE. Portanto, havendo a majoração das alíquotas do imposto sobre a importação, a lei aplicada será aquela vigente da data do registro da declaração de importação na repartição aduaneira, independentemente da data da realização do negócio jurídico de importação, bem como da data da entrada da mercadoria no território nacional.

Em verdade, o imposto de importação não deve ser confundido com os direitos *antidumping*, posto que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995, pacifica a questão da natureza não tributária dos direitos *antidumping*. Como se vê, direitos *antidumping* possuem natureza jurídica completamente distinta do imposto de importação, razão pela qual é inaplicável a disciplina conferida ao aludido tributo.

No entanto, em que pese a distinção entre os direitos *antidumping* e o imposto de importação, há quem sustente ainda que, assim como na hipótese de majoração da alíquota do Imposto de Importação, a sobretaxa, ou seja, a exigência dos Direitos *Antidumping*, também poderia ser realizada caso se encontrasse em vigor no momento do registro da Declaração de Importação.

Por derradeiro, cabe registrar que o princípio da irretroatividade tributária possui grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em relação à aplicação dos direitos *antidumping* (que, saliente-se, mais uma vez, não deve ser confundido com o imposto de importação), conferindo estabilidade jurídica àqueles contribuintes que realizaram importações antes mesmo da vigência da norma que instituiu os referidos direitos *antidumping* no Brasil.

Conclusão

Quando pensamos no comércio exterior, a primeira ideia que vem à nossa mente é o imposto de importação e o de exportação. Todavia, a incidência de tributos sobre o comércio exterior não para por aí, pois existem outras incidências, como impostos estaduais e municipais, bem como as contribuições especiais e de intervenção no domínio econômico, e ainda, dependendo da origem ou do preço do produto, poderá incidir até mesmo a cobrança dos direitos *antidumping*.

Nesse contexto, tanto o imposto de importação quanto o de exportação são classificados como impostos regulatórios, ou impostos reguladores, pois eles têm por objetivo regular o comércio exterior, com nítido caráter extrafiscal, visando estimular ou desestimular certa atividade econômica no Brasil. Portanto, em que pese o grande número de receitas geradas ao erário por esses impostos, esse não é o principal objetivo, tendo em vista que seu maior destaque é a sua função regulatória e não apenas arrecadatória.

Em razão da extrafiscalidade, tanto o imposto de importação quanto o de exportação apresentam clara atenuação ao princípio da legalidade, bem como ao princípio da anterioridade anual e nonagesimal. Primeiro, porque tais impostos poderão ter suas alíquotas alteradas por ato do poder executivo, como por exemplo, um decreto. Segundo, porque, independentemente de haver aumento da carga tributária desses impostos, não é preciso observar o exercício seguinte, nem mesmo os 90 (noventa) dias. Assim, tanto no imposto de importação quanto no de exportação, ainda que a alíquota tenha sido alterada para maior, tal cobrança será imediata.

Na operação de importação, ou seja, quando o contribuinte importa um produto do exterior, nesse caso, além do Imposto sobre a Importação, o mesmo também estará sujeito ao pagamento do ICMS, e, se este produto importado for industrializado, ainda terá de pagar o IPI, além das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico.

Portanto, são vários os tributos que poderão recair numa operação de importação, como por exemplo, a incidência do II, IPI, ICMS, Contribuições Sociais, CIDE e, em alguns casos, ainda poderão recair os direitos *antidumping*, o que torna a carga tributária bastante elevada. No entanto, tais incidências existem para que o governo proteja a indústria nacional, isto é, o governo brasileiro autoriza a importação de determinados produtos, desde que o contribuinte arque com uma elevada carga tributária.

Quanto à aplicação do princípio da irretroatividade, entendemos que uma nova norma, como por exemplo, uma resolução que estabelece a exigência dos direitos *antidumping* sobre as importações brasileiras, publicada em data posterior a uma transação comercial já concluída, não poderá retroagir para prejudicar o direito do contribuinte importador.

Ademais, temos que, se todas as etapas do processo de importação antecedentes ao desembaraço aduaneiro das mercadorias foram realizadas e produziram seus regulares efeitos, antes do surgimento, ou seja, da publicação dessa nova norma que instituiu os direitos *antidumping* no Brasil, o entendimento de que seria possível a exigência dos direitos *antidumping* a fatos pretéritos, ou seja, fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, violaria o artigo 5º, inciso XXXVI, e o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que tratam da garantia constitucional da irretroatividade das normas.

Nesse passo, Roque Antônio Carraza assevera que “a ação do Fisco deve ser previsível. Em nome dessa previsibilidade, a lei que cria ou aumenta um tributo não pode alcançar fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor. Sem esse penhor de confiança, toda a vida jurídica do contribuinte perigaria”³⁰.

Dessa forma, os direitos *antidumping* não poderão alcançar as importações anteriores à data de publicação destas normas que os instituíram, em homenagem ao princípio da segurança jurídica das relações comerciais e, principalmente, se a nova exação foi instituída em data posterior à celebração de todas as etapas dos processos de importação, ou seja, a data da celebração do contrato internacional³¹.

A nosso ver, a transação comercial entre o importador e o exportador se reveste de natureza de ato jurídico perfeito, quando forem cumpridas todas as obrigações entre estes, encontrando-se consumado e apto a produzir todos os seus efeitos.

Ademais, também estamos diante do direito adquirido, pois o direito já se encontra incorporado ao patrimônio de seu titular (as mercadorias já pertencem ao importador e foram adquiridas em conformidade com as normas até então vigentes).

Ora, a edição de norma posterior à ocorrência do fato não pode retroagir para atingir negócio jurídico perfeito. A norma jurídica projeta sua eficácia para o futuro. Assim, o fato regula-se juridicamente pela lei em vigor na época de sua ocorrência.

Ao analisar casos idênticos, o Egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região tem entendido que as Autoridades Aduaneiras não podem exigir o pagamento dos direitos *antidumping* ou de outra norma cogente quando este foi edita-

do em data posterior ao contrato internacional (*invoice*) e/ou ao embarque das mercadorias, conforme abaixo reproduzido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2007.01.00.042601-6/DF

Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA

Decisão: “(...) 2 – Alega a Agravante que o direito antidumping somente pode ser exigido sobre bens despachados/embarcados para consumo a partir da publicação da norma que o institui, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.019/95.

3 – Afirma que a Resolução CAMEX nº 24, de 28/6/2007, que estabeleceu direitos antidumping sobre as importações de ferros elétricos originários da República Popular da China, não se aplica à importação em questão, uma vez que foi editada depois do embarque das mercadorias no Porto de Ningbo, em 16/06/2007.

4 – Razão assiste à Agravante. (...)

7 – Dessa forma, legítima a reinvidicação da Agravante para liberação de suas mercadorias, uma vez que, despachada a mercadoria na China em 16/6/2007 e 25/6/2007 (fls. 23/26), a resolução em questão somente foi publicada em 28/6/2007.

Pelo exposto, presentes os pressupostos que o autorizam, defiro a tutela, para determinar a liberação das mercadorias independentemente do pagamento dos direitos antidumping, mas sem prejuízo do atendimento aos demais requisitos para o desembaraço aduaneiro”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0051724-29.4.01.0000

Órgão Julgador: OITAVA TURMA

Decisão: “(...) Primeiro cabe esclarecer que ao caso se aplica a Lei 9.015/95 que estabelece:

Art. 8º Os direitos antidumping ou compensatórios, provisórios ou definitivos, somente serão aplicados sobre bens despachados para consumo a partir da data da publicação do ato que os estabelecer, excetuando-se os casos de retroatividade previstos nos Acordos Antidumping e nos Acordos de Subsídios e Direitos Compensatórios, mencionados no art. 1º.

§ 1º Nos casos de retroatividade, a Secretaria da Receita Federal intimará o contribuinte ou responsável para pagar os direitos antidumping ou compensatórios, provisórios ou definitivos, no prazo de 30 (trinta) dias, sem a incidência de quaisquer acréscimos moratórios. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

Segundo a norma, não é clara na retroatividade para prejudicar o importador, devendo ser compreendida como naqueles casos em que ela é mais benéfica, que não é a hipótese dos autos.

A agravante adquiriu os produtos importados antes de 31/03/2010 e nessa data foram embarcados (documentos de fls. 25 e 31/32 dos autos principais) e a norma prejudicial (Resolução CAMEX 24) foi editada em 28/04/2010, posterior, portanto.

Logo, não se pode fazer incidir-la em prejuízo da retroatividade maligna.

Nesse sentido já decidiu o Juiz Francisco Renato Codevila, então convocado no Gabinete do Desembargador Federal como membro da 7ª Turma deste TRF1 no Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.042601-6/DF.

Com essas razões, defiro a antecipação de tutela recursal (art. 527 do CPC)”.
Com essas razões, defiro a antecipação de tutela recursal (art. 527 do CPC)”.

Frise-se que o próprio Código Tributário Nacional prevê a irretroatividade da lei em seu artigo 106. Confira-se:

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

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

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado falta de pagamento de tributo;
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Nesse passo, entendemos que o aspecto temporal para o nascimento da obrigação dos direitos *antidumping* seria o da data da realização do negócio jurídico de importação. Isso porque a edição de norma posterior à ocorrência do fato não pode retroagir para atingir negócio jurídico perfeito, ou seja, o negócio jurídico de importação. Portanto, podemos afirmar que a norma jurídica projeta sua eficácia para o futuro. Assim, o fato regula-se juridicamente pela lei em vigor na época de sua ocorrência.

Portanto, para Hans Kelsen,

as leis retroativas são consideradas censuráveis e indesejáveis porque ferem nosso sentimento de justiça infligir uma sanção, especialmente uma

punição, a um indivíduo por causa de uma ação ou omissão às quais o indivíduo não poderia saber que se vincularia tal sanção³².

Desse modo, embora o referido tema ainda não esteja pacificado pelo STF, acreditamos que o princípio da irretroatividade sem dúvida é uma garantia constitucional dada ao contribuinte em razão da segurança jurídica estabelecida pela própria Constituição Federal, que tem por finalidade garantir estabilidade aos efeitos jurídicos da aplicação da legislação tributária. Em outras palavras, o princípio da irretroatividade deverá servir como norte, tanto para a atuação do legislador quanto para o aplicador da lei, inclusive em relação aos direitos *antidumping* no Brasil.

Notas

¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 419.

² ASSIS, Karoline Marchiori de. Direitos Antidumping: definição de sua natureza jurídica à luz de seus fundamentos econômicos. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Sistema Tributário, Legalidade e Direito Comparado*. São Paulo: Fórum, 2010, p. 374.

³ Organização Mundial do Comércio.

⁴ <http://www.desenvolvimento.gov.br>, informações relativas às Medidas Aplicadas de Defesa Comercial em Vigor correspondem à publicação diária deste Ministério. Atualizado em 9/4/2013, às 9h42min37.

⁵ BARRAL, Welber. *Dumping e Medidas Antidumping: sua polêmica natureza jurídica*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 218-221.

⁶ A Natureza Jurídica dos Direitos *Antidumping*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 477-478.

⁷ MEIRA, Liziane Angelotti. *Tributos sobre Comércio Exterior*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 501.

⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio; DA ROSA, José Del Chiaro Ferreira; GRINBERG, Mauro. Direitos Anti-‘Dumping’ e Compensatórios: sua natureza jurídica e consequências de tal caracterização. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)* n° 91, julho/setembro 1993, p. 94.

¹⁰ BARRAL, Welber Oliveira. *Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 46-50.

¹¹ ASSIS, Karoline Marchiori de. Direitos Antidumping: definição de sua natureza jurídica à luz de seus fundamentos econômicos. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Sistema Tributário, Legalidade e Direito Comparado*. São Paulo: Fórum, 2010, p. 374.

- ¹² CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 307.
- ¹³ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 1, p. XIII.
- ¹⁴ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 85.
- ¹⁵ CORRÊA, Sergio Feltrin. Código Tributário Nacional Comentado. In: *Revista dos Tribunais*, coordenação de Vladimir Passos de Freitas. São Paulo, 1999, p. 456.
- ¹⁶ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*, 14. ed., p. 118.
- ¹⁷ Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. V. 5, p. 105.
- ¹⁸ CASALINO, Vinícius. Teoria geral e direito constitucional tributário; curso de direito tributário e processo tributário, volume I, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 143.
- ¹⁹ Por força do Tratado de Assunção, que criou o MERCOSUL, passou-se a rumar para a política comercial comum dos países do bloco relativamente a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados, o que envolveu a adoção de uma Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NCM). Entre os países integrantes do MERCOSUL, as importações estão desoneradas, provando-se a procedência dos bens mediante Certificado de Origem do MERCOSUL.
- ²⁰ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 5. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013, p. 230.
- ²¹ BUENO, Rudson Domingos. *Tributação sobre serviços*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33.
- ²² VIEIRA, Aquiles. *Importação: práticas, rotinas e procedimentos*. 5. ed., São Paulo: Aduaneiras, 2013, p. 33.
- ²³ HILÚ NETO, Miguel. *Imposto sobre importações e imposto sobre exportações*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 66.
- ²⁴ MEIRA, Liziane. *Angelotti Regimes Aduaneiros Especiais*. São Paulo: 2002, p. 114.
- ²⁵ *Análise da Tributação na Importação*, 6. ed. São Paulo, Aduaneiras, 2011, p. 23.
- ²⁶ MEIRA, Liziane Angelotti. *Tributos sobre Comércio Exterior*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324.
- ²⁷ DIALLO, Alfa Oumar. *Tributação do Comércio Internacional*. São Paulo: Método, 2001, p. 50.
- ²⁸ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.
- ²⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed., p. 305.
- ³⁰ CARRAZA, Roque Antônio. Vigência e aplicação das leis tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104.

³¹ O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, atualmente denominado de Conselho de Contribuintes, já firmou o entendimento de que a fatura comercial é o documento que comprova uma compra e venda internacional. Exemplifica-se: “PROCESSO Nº 10480.020937/99-11. SESSÃO DE: 20 de março de 2001. ACÓRDÃO Nº 301-29.617. RECURSO: 123.187. VALOR ADUANEI-RO. A compra e venda internacional é comprovada pela emissão de fatura comercial.”

³² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 61.

Referências Bibliográficas

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ASSIS, Karoline Marchiori de. Direitos Antidumping: definição de sua natureza jurídica à luz de seus fundamentos econômicos. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Sistema Tributário, Legalidade e Direito Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARRAL, Welber. *Dumping e Medidas Antidumping: sua polêmica natureza jurídica*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- BUENO, Rudson Domingos. *Tributação sobre serviços*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CARRAZA, Roque Antônio. Vigência e aplicação das leis tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CASALINO, Vinícius. *Teoria geral e direito constitucional tributário: curso de direito tributário e processo tributário*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CORRÊA, Sergio Feltrin. *Código Tributário Nacional Comentado*. Coordenação de Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- COSTA, Regina Helena, *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DA ROSA, José Del Chiaro Ferreira; GRINBERG, Mauro. Direitos Anti-‘Dumping’ e Compensatórios: Sua natureza jurídica e consequências de tal caracterização. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)*, nº 91, Julho/Setembro 1993.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MEIRA, Liziane Angelotti. *Tributos sobre Comércio Exterior*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PALMETER, David. A Commentary on the WTO Anti-Dumping Code. p. 43, *In: Journal of World Trade*, v. 30, nº 4, August 1996.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 8. ed. ver. atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2006.
- _____. *Curso de direito tributário completo*. 5. ed. rev. Atual. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Resumo

O presente artigo tem por objeto a análise da aplicação do princípio da irretroatividade das normas relacionadas aos direitos *antidumping* no Brasil. Muito já se discutiu sobre o instituto do *dumping* nos últimos anos. Conforme o art. VI do GATT, *dumping* é a introdução de produtos estrangeiros por valor abaixo do preço normal que cause ou ameace causar prejuízo material a uma “indústria doméstica” ou ainda que retarde sensivelmente o estabelecimento de uma “indústria” no país importador. Nesse contexto, serão abordados os precedentes dos tribunais superiores em face da controvérsia gerada na doutrina e na jurisprudência em relação à eficácia do princípio da irretroatividade tributária aplicada aos direitos *antidumping*. Temos, portanto, que o princípio da irretroatividade é uma garantia constitucional dada ao contribuinte em razão da segurança jurídica estabelecida pela própria Constituição Federal, que tem por finalidade garantir estabilidade aos efeitos jurídicos da aplicação da legislação tributária. Em outras palavras, o princípio da irretroatividade deverá servir como norte, tanto para a atuação do legislador quanto para o aplicador da lei, inclusive em relação aos direitos *antidumping* no Brasil.

Palavras-chave: Princípio da irretroatividade; Direitos *antidumping*; Imposto de importação.

Abstract

The author aim sat analyzing the non-retroactivity's principle application of rules about anti-dumping duties in Brazil. Much has been discussed about the institute of dumping in recent years. According to article VI of the GATT, dumping is the introduction of foreign products with value below the normal price which causes or threatens to cause material damage to a "domestic industry" or even appreciably slow the establishment of an "industry" in the importing country. In this context, we will focus on precedent soft high courts in the face of the controversy generated in doctrine and case law regarding the effectiveness of the principle of non-retroactivity tax applied to anti-dumping duties. Therefore, the principle of non-retroactivity is a constitutional guarantee given to the tax payer by reason of legal certainty established by the Federal Constitution, which aims to ensure stability of the legal effect of the application of tax laws. In other words, the principle of non-retroactivity should function as a parameter to the action of the legislature as to the law enforcer, including in relation to anti-dumping duties in Brazil.

Keywords: Principle of non-retroactivity; Antidumping duties; Import tax.

Edson José Travassos Vidigal
Licenciado em Filosofia. Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Eleitoral. Mestrando em Direito e Políticas Públicas (UniCeub) e em Estudos Clássicos (Universidade de Coimbra – Portugal).

Tópicos relevantes às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade, segundo a jurisprudência do TSE

Este pequeno artigo se propõe a expor, de forma panorâmica, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca de alguns tópicos pertinentes sobre a matéria relativa às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade em nosso sistema representativo, com vistas a evidenciar a relevância que tem tido a jurisprudência no processo de aplicação do Direito Eleitoral Brasileiro. Sua importância reside no fato de que, haja vista a ausência de uma legislação eleitoral sistematizada com o necessário rigor técnico científico, muitas lacunas e incoerências acabam forçando a Justiça Eleitoral a um trabalho não só de regulamentação, mas quase de reconstrução da norma eleitoral em seu processo de integração. Daí a importância do conhecimento da jurisprudência do TSE sobre o assunto.

A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo IV intitulado “Dos direitos políticos” – prevê, dentre outros preceitos concernentes ao tema, aqueles relativos às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade – matéria imprescindível ao processo de representação política necessário ao exercício da soberania popular. Tais preceitos se encontram especificamente em seu Art. 14:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

§ 1º – O alistamento eleitoral e o voto são:

I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II – facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º – Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º – São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o pleno exercício dos direitos políticos;

III – o alistamento eleitoral;

IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;

V – a filiação partidária;

VI – a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

§ 4º – São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)

§ 6º – Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§ 7º – São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§ 8º – O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II – se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do

poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

§ 10 – O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Neste artigo, dentre outras disposições, nossa Carta Magna coleciona condições de elegibilidade (§ 3º e 8º) e causas de inelegibilidade (§ 4º e 7º). O mesmo artigo, em seu parágrafo 9º, prevê lei complementar a fim de que sejam estabelecidos outros casos de inelegibilidade, bem como os prazos de sua cessação, levando em conta a necessidade de proteção da probidade administrativa; da moralidade para o exercício do mandato; da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Pública direta ou indireta.

Antes de tudo, cabe lembrar que a matéria eleitoral é competência exclusiva da União, como se depreende do Art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
[...]

Além disso, existem sérias limitações constitucionais à regulamentação de matéria relativa a condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Apenas por emenda constitucional, pode-se modificar as condições de elegibilidade necessárias ao preenchimento dos cargos políticos, haja vista que se trata de exercício de direito político fundamental, e não há previsão constitucional para sua regulamentação infraconstitucional.

Já a matéria relativa a causas de inelegibilidade pode ser modificada por emenda constitucional (como já ocorreu, pela Emenda de Revisão nº 4/94 e pela Emenda Constitucional nº 16/97); e, por imperativo constitucional (Art. 14 § 9º), deve ser regulamentada por lei complementar. Tendo em vista a previsão de forma qualificada para a regulamentação de tal matéria, não há que se falar em regulamentação da matéria por outro tipo de texto normativo, restando apenas a necessária interpretação das normas pelo aplicador do Direito, sem que, no entanto, em nenhuma hipótese extrapole sua competência.

Sobre as causas de inelegibilidade, faz-se pertinente a observação de que existem dois tipos: as inelegibilidades constitucionais – previstas na Constituição, e as inelegibilidades infraconstitucionais – previstas em lei complementar. Tal observação ganha relevância devido ao tratamento diverso que recebem, a exemplo dos seguintes julgados do TSE:

[...] 1. Acaso existisse decisão do Tribunal de Contas da União rejeitando as contas de agente público, o que não se verifica na hipótese – a matéria, por configurar causa de inelegibilidade infraconstitucional, deveria ter sido arguida em sede de impugnação de registro de candidatura, sob pena de preclusão, e não em via de ação de impugnação de mandato eletivo.

2. O mesmo sucede em relação à vida pregressa do candidato, cuja hipótese de inelegibilidade não foi ainda definida por lei complementar, de que depende a aplicação do Art. 14, § 9º, da Constituição. [...] (Ac. De 2/6/2010 no RO nº 503304, rel. Min. Marcelo Ribeiro)

[...] I – A inelegibilidade infraconstitucional e preexistente ao registro não pode ser arguida no recurso contra expedição de diploma. Precedentes.

II – Não há que se falar em inelegibilidade de candidato eleito com base na sua vida pregressa sem que haja trânsito em julgado de decisão judicial condenatória, sob pena de afronta aos princípios constitucionais. [...] (Ac. De 18/6/2009 no RCED nº 702, rel. Min. Enrique Lewandowski)

[...] 1. Acaso existisse decisão do Tribunal de Contas da União rejeitando as contas de agente público, o que não se verifica na hipótese, a matéria, por configurar causa de inelegibilidade infraconstitucional, deve ser arguida em sede de impugnação de registro de candidatura, sob pena de preclusão.

2. O art. 14, § 9º, da Constituição não é auto-aplicável (Súmula nº 13 do Tribunal Superior Eleitoral). Dessa forma, ausente lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. Precedentes.

3. O abuso do poder econômico exige, para a procedência da ação, demonstração inequívoca da existência de potencialidade lesiva da conduta, apta a influir no resultado do pleito. [...] (Ac. De 26/5/2009 no RCED nº 684, rel. Marcelo Ribeiro)

[...] – A inelegibilidade apta a embasar o recurso contra expedição de diploma há que ser de índole constitucional, sob pena de preclusão, tendo em vista o disposto no art. 259 do Código Eleitoral. [...] (Ac. De 14/2/2008 no ARCED nº 667, rel. Min. José Grossi)

– Se a rejeição de contas não tiver sido objeto de impugnação de registro de candidatura, não pode ser suscitada pela primeira vez em sede de RCEd, uma vez que se trata de matéria infraconstitucional.

– A suspensão dos direitos políticos por condenação criminal (CF, art. 15, III) pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e a decorrente de improbidade administrativa (CF, art. 15, V) requer decisão expressa e motivada do juízo competente.

– Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida progressiva do candidato implicarão inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. [...] (Ac. de 14/2/2008 no ARCED nº 667, rel. Min. José Grossi)

[...] – A desincompatibilização, por se tratar de inelegibilidade infraconstitucional e preexistente, é de ser arguida na fase da impugnação do registro, sob pena de preclusão. Daí não ensejar recurso contra expedição de diploma. Precedentes.

– Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

– Agravo regimental a que se nega provimento. [...] (Ac. de 10/11/2006 no AAG nº 6856, rel. Min. Carlos Ayres Brito)

Como podemos ver, as inelegibilidades infraconstitucionais preexistentes devem ser arguidas no momento do registro da candidatura – por meio de ação de impugnação de registro de candidatura – sob pena de preclusão, não cabendo posterior recurso contra expedição de diploma. Esse só encontra cabimento fundado em inelegibilidade constitucional. Cabe ressaltar ainda que, no entendimento do TSE, a matéria relativa à inelegibilidade infraconstitucional não pode ser conhecida de ofício, como se percebe do julgado abaixo:

[...] Não se conhece de ofício de matéria relativa à causa de inelegibilidade infraconstitucional. [...] (Ac. de 17/9/2002 no RESP nº 20.178, rel. Min. Barros Monteiro)

Outro ponto que chama a atenção na jurisprudência citada é o entendimento

de que o § 9 do Art. 14 da CF/88 não é autoaplicável, dependendo de regulamentação em lei complementar. A previsão disposta no § 9º do Art. 14 da Constituição Federal de 1988 se concretizou na forma da Lei Complementar nº 64/90, que estabelece, de acordo com o Art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. Ocorre que a citada lei não regulamentou a matéria sobre vida pregressa do candidato, o que levou o TSE ao entendimento de que não poderia se pronunciar sobre o tema, sob o risco de substituir o legislador – atitude que não seria, em hipótese alguma, esperada daquela Corte Superior.

A Lei Complementar nº 64, publicada em 1990, às vésperas da eleição daquele ano, trouxe ao direito eleitoral brasileiro o otimismo e a esperança de tempos melhores, tendo em vista as conquistas, apresentadas em seu corpo, no sentido da moralização do processo eleitoral e de sua proteção contra os abusos de poder político e econômico que sempre assolaram nossas eleições.

Tais abusos, infelizmente, ainda existem, não obstante ser indiscutível a gradativa e constante evolução da legislação eleitoral, bem como da atuação de sua justiça especializada, que tem adotado postura mais atuante e rigorosa em relação à aplicação dos preceitos legais que regem nossa democracia representativa.

Na mesma direção, tem caminhado a sociedade brasileira, que, em demonstração de inusitado rompante de cidadania, tem participado de diversas ações moralizadoras de nosso processo eleitoral, a exemplo da iniciativa popular que deu origem à Lei Complementar nº 135/2010 – apelidada convenientemente de “lei da ficha limpa”. Tal lei, que acrescenta diversos dispositivos à LC 64/90, veio promover maior rigor às exigências constitucionais relativas ao preenchimento dos cargos políticos necessários à representação popular, sobretudo cuidando da necessária regulamentação da matéria relativa à vida regressa dos candidatos, preenchendo, como visto, um vazio profundo do qual se ressentia a legislação eleitoral, que impossibilitava uma atuação mais efetiva da Justiça Eleitoral em relação ao tema.

Como sua irmã mais velha, a LC 135/2010 também foi aprovada no calor da iminência do processo eleitoral. Porém, ao contrário daquela, não logrou sua aplicabilidade para as eleições que a ela sucederam.

Cabe frisar que o TSE, defrontando-se com o tema, resolveu por considerar a aplicabilidade imediata da LC 135/2010 às eleições daquele ano, a teor dos seguintes julgados:

Consulta. Inelegibilidades. Lei Complementar nº 135/2010. [...] 2. A LC nº 135/2010, que alterou as causas de inelegibilidade, se aplica aos processos em tramitação iniciado, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em

vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere a nova lei. 3. A incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor, não havendo que se perquirir de nenhum agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. 4. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato. [...]

(Ac. de 17.6.2010 na Cta nº 114709, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

[...] Agravo regimental. Registro. Inelegibilidade. Condenação criminal. 1. A Lei Complementar nº 135/2010 aplica-se às eleições de 2010, porque não altera o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido). 2. As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei. 3. Tendo sido o candidato condenado, por órgão judicial colegiado, pela prática de crime contra o patrimônio privado, incide, na espécie, a causa de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, inciso I, alínea e, 2, da Lei Complementar nº 64/90, acrescentada pela Lei Complementar nº 135/2010. [...] (Ac. de 30.9.2010 no AgR-RO nº 60998, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

Inelegibilidade. Renúncia. [...] As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei. [...] (Ac. de 1º.9.2010 no RO nº 64580, rel. Min. Arnaldo Versiani).

[...] Consulta. Alteração. Norma eleitoral. Lei complementar nº 135/2010. Aplicabilidade. Eleições 2010. Ausência de alteração no processo eleitoral.

Observância de princípios constitucionais. Precedentes. – Consulta conhecida e respondida afirmativamente. [...] (Ac. de 10.6.2010 na Cta nº 112026, rel. Min. Hamilton Carvalhido.)

Não obstante o entendimento do TSE, o STF, em julgamento polêmico, custoso e inédito – vez que, frente à falta de um ministro em sua composição, adiou a decisão até muito depois das eleições, gerando um clima de completa insegurança jurídica e política à nação – restou por considerar a inaplicabilidade da dita lei a essa eleição, adotando entendimento divergente do anterior sobre o alcance da expressão “processo eleitoral”, contido no Art. 16 da Constituição. Dessa vez, entendeu que a LC 135/2010 tratava de assunto na esfera do processo eleitoral, motivo pelo qual deveria incindir o citado artigo constitucional, adiando a sua aplicabilidade.

Nesse cenário, adornado pela constante mudança da legislação eleitoral, bem como pela frequente mudança de posicionamentos dos tribunais superiores acerca das questões, percebe-se como tem sido relevante para o operador do direito eleitoral estar sempre atualizado em relação à jurisprudência sobre cada tema, e em especial à do Tribunal Superior Eleitoral. Baseada em seus julgados é que, de fato, a lei eleitoral tem sido aplicada. Consequentemente, pode-se dizer que desses é que têm sido emanadas as normas que balizam o processo eleitoral como um todo. Nota-se a importância do conhecimento do entendimento jurisprudencial do TSE sobre a matéria, e tal relevância justifica o presente esforço.

Outra questão importante relativa à matéria que aqui tratamos é aquela acerca do alcance do termo inelegibilidade, eixo de toda a discussão. Encontramos nos julgados do TSE raros casos de afirmações claras sobre os conceitos de *inelegibilidade (lato sensu)* e *inelegibilidade superveniente*:

“[...] A inelegibilidade importa no impedimento temporário da capacidade eleitoral passiva do cidadão, que consiste na restrição de ser votado, não atingindo, portanto, os demais direitos políticos, como, por exemplo, votar e participar de partidos políticos. [...]”
(Ac. de 3.6.2004 no AgRgAg nº 4.598, rel. Min. Fernando Neves.)

“[...] A inelegibilidade superveniente deve ser entendida como sendo aquela que surge após o registro e que, portanto, não poderia ter sido naquele momento alegada, mas que deve ocorrer até a eleição. [...]”
(Ac. de 16.3.2004 no RCEd nº 643, rel. Min. Fernando Neves; no mes-

mo sentido o Ac. de 16.3.2004 no RCEd nº 646, rel. Min. Fernando Neves.)

Verificamos que a *inelegibilidade superveniente* é espécie do gênero *inelegibilidade*. Trata-se da inelegibilidade que incide no candidato após a fase do registro de candidatura, não podendo, assim, ter sido alegada à época. Então, não faria sentido fulminá-la pela preclusão.

Observamos que, apesar de ter tratado do conceito de inelegibilidade, no tocante aos seus efeitos, a questão mais relevante a respeito dele não foi enfrentada, permanecendo em aberto: trata-se da questão relativa à sua natureza. Se é pena ou se é mero estado de falta das condições de elegibilidade necessárias. A definição clara e coesa de sua natureza resolveria inúmeros problemas relativos à inelegibilidade, como, por exemplo, a questão acerca da retroatividade da lei que cria causas de inelegibilidade. Existem entendimentos doutrinários no sentido da impossibilidade da retroatividade das causas de inelegibilidade a partir da visão dela como sanção. Por outro lado, outra corrente de pensamento vê a inelegibilidade como apenas a outra face da moeda elegibilidade, aceitando, assim, a retroatividade. Tal embate, inclusive, já foi travado diversas vezes em votos no TSE e no STF, não obstante não ter havido, ainda, pronunciamento claro e direto no sentido de se definir um posicionamento oficial do Judiciário acerca da natureza específica da inelegibilidade.

Pode-se considerar, também, como foi a escolha do TSE, o entendimento de que as inelegibilidades “incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei” (Ac. de 30.9.2010 no AgR-RO nº 60998, rel. Min. Arnaldo Versiani), assim desconsiderando a citada questão polêmica acerca de sua natureza.

Outro ponto importante sobre o tema é a questão sobre o alcance da interpretação do aplicador do direito sobre a matéria. Vejamos:

[...] Renovação. Eleição municipal. CE, Art. 224. Resolução. TRE. Ilegalidade. Prazo. Lei complementar nº 64/90. Redução. Impossibilidade. [...] 1. Não é possível a redução dos prazos previstos na LC nº 64/90 por meio de resolução expedida por tribunal regional eleitoral. [...] (Ac. de 1.7.2009 no MS nº 4.228, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

[...] As restrições que geram as inelegibilidades são de legalidade estrita, vedada interpretação extensiva. [...] (Ac. de 8.9.2004 no REspe nº 22.546, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

Inelegibilidade. Normas. Natureza. As normas que versam sobre a inelegibilidade são de natureza estrita, não cabendo interpretá-las a ponto de apanhar situações jurídicas nelas não contidas. [...] (Res. nº 22.228, de 6.6.2006, rel. Min. Carlos Ayres Britto, red. designado Min. Marco Aurélio.)

“Inelegibilidade. Disciplina. Natureza das normas. Abuso do poder econômico ou político. As normas regedoras das inelegibilidades são de direito estrito, descabendo a adoção de forma interpretativa que importe em elasticar-lhes o teor. [...]” (Ac. de 23.8.94 no REspe nº 12.236, rel. Min. Marco Aurélio.)

[...] Renovação. Eleição municipal. CE, Art. 224. Resolução. TRE. Ilegalidade. Prazo. Lei complementar nº 64/90. Redução. Impossibilidade. [...] 1. Não é possível a redução dos prazos previstos na LC nº 64/90 por meio de resolução expedida por tribunal regional eleitoral. [...] (Ac. de 1.7.2009 no MS nº 4.228, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

[...] Inelegibilidade. Normas. Natureza. As normas que versam sobre a inelegibilidade são de natureza estrita, não cabendo interpretá-las a ponto de apanhar situações jurídicas nelas não contidas. [...] (Res. nº 22.228, de 6.6.2006, rel. Min. Carlos Ayres Britto, red. designado Min. Marco Aurélio.)

[...] Instituição financeira. Conselho de administração. Função de conselheiro. Não-incidência da alínea h do inciso II do art. 1º da LC nº 64/90. As restrições que geram as inelegibilidades são de legalidade estrita, vedada interpretação extensiva. [...] (Ac. de 8.9.2004 no REspe nº 22.546, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

Observamos ser extensa e hegemônica a jurisprudência do TSE no sentido da natureza estrita das normas que geram inelegibilidade, não cabendo qualquer interpretação que dê elasticidade a elas, ou qualquer regulamentação por parte da justiça eleitoral que venha a modificá-las.

Faz-se importante, também, frizar a questão sobre o momento de aferição das condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Como já visto anteriormente, o TSE considera que o momento da aferição de inelegibilidade se dá no pedido do registro de candidatura. Como se verifica nos julgados a seguir:

[...] Inelegibilidade. LC nº 64/90, Art. 1º, I, g. Prescrição. Posterioridade. Pedido. Registro de candidato. 1. É irrelevante que o término do prazo prescricional tenha ocorrido antes das eleições, pois, na linha dos precedentes deste Tribunal, as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas ao tempo do pedido de registro. [...] (Ac. de 27.11.2008 no AgR-REspe nº 34.312, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

[...] Registro de candidatura. Deputada estadual. Rejeição de contas (art. 1º, I, g, da LC nº 64/90). Indeferimento. [...] 5. As causas de inelegibilidade devem ser verificadas no momento do requerimento do registro, conforme remansosa jurisprudência do TSE. [...]”
(Ac. de 22.11.2007 na AR nº 258, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

“Registro. Inelegibilidade. Rejeição de contas. – A jurisprudência deste Tribunal é firme, no sentido de que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas no momento do pedido de registro, não podendo, portanto, ser considerados decretos de rejeição de contas editados após essa ocasião, a fim de sustentar a inelegibilidade do art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. [...]”
(Ac. de 12.11.2008 no AgR-REspe nº 33.038, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

Ainda, o Tribunal se posiciona no sentido de que causas supervenientes que acarretem a inelegibilidade não se traduzem em óbice para o deferimento da candidatura:

Registro. Candidato. Prefeito. Direitos políticos. Suspensão. 1. As causas de inelegibilidade e as condições de elegibilidade são aferidas no momento da formalização da candidatura. 2. A imposição da pena de suspensão de direitos políticos em sede de ação civil pública, cuja sentença foi proferida após o pedido de registro, não causa óbice ao deferimento da candidatura. [...]”

(Ac. de 26.11.2008 no AgR-REspe nº 33.683, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

[...] O julgamento do pedido de registro de candidatura deve ser realizado de acordo com a situação fática e jurídica do candidato no momento da formalização de tal requerimento, a despeito da ocorrência de causas posteriores que configurem inelegibilidade. [...]”

(Ac. de 5.10.2010 no AgR-RO nº 68417, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.)

Na mesma linha de raciocínio, considerava que as causas supervenientes que acarretem a perda ou cessação da inelegibilidade também não causarão efeitos em relação ao deferimento da candidatura.

[...] Registro de candidatura. [...] Condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Aferição. Momento. Pedido de registro. Direitos políticos. Suspensão. Condenação criminal. Revisão criminal. Liminar. Posterior ao registro. Inelegibilidade. Não-provimento. 1. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas no momento do registro de candidatura. [...] 2. A liminar obtida em revisão criminal após o registro de candidatura não socorre candidato que, à época do registro, estava com os direitos políticos suspensos por condenação criminal transitada em julgado. [...]

(Ac. de 19.11.2008 no AgR-REspe nº 31.330, rel. Min. Felix Fischer.)

[...] Recurso especial. Registro de candidatura. Prefeito. Indeferimento. Condenação criminal. Crime contra a administração pública. Prescrição da pretensão executória. Incidência de inelegibilidade. Art. 1º, I, e, da LC nº 64/90. Concessão de liminar pela justiça comum em Habeas Corpus após o registro. Suspensão da execução do acórdão condenatório. Irrelevância. As causas de inelegibilidade e as condições de elegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro. Precedentes. Recurso improvido. 1. A inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC nº 64/90 incide após a prescrição da pretensão executória. Precedentes do TSE. 2. Os efeitos de decisões judiciais alheias à Justiça Eleitoral e supervenientes ao prazo de registro de candidatura, ressalvadas as emanadas do STF em casos específicos, são irrelevantes para fins de registro e não modificam o que foi decidido na instância eleitoral ordinária, não sendo aplicável o art. 462 do Código de Processo Civil. 3. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, as

condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidades devem ser aferidas ao tempo do pedido de registro de candidatura. (Ac. de 6.11.2008 no REspe nº 32.209, rel. Min. Fernando Gonçalves, red. designado Min. Joaquim Barbosa.)

Porém, não obstante o entendimento anterior do TSE sobre o assunto, posteriormente houve a inclusão, pela Lei n. 12.034/09, do § 10 no art. 11 da Lei n. 9.504/97, que assim dispõe:

§ 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

Assim, caso o candidato se encontre inelegível na ocasião do pedido de registro de sua candidatura e, posteriormente, consiga afastar de si sua inelegibilidade, terá lograda sua candidatura. Caso o candidato atraia a inelegibilidade para si, baseado em algum fato que ocorra após o pedido de registro da candidatura, estando elegível por ocasião desse pedido, a inelegibilidade superveniente não acarretará o indeferimento de seu pedido de candidatura.

Porém, isso não significa que, posteriormente, tal inelegibilidade não possa ser arguida, por ocasião do recurso contra expedição de diploma (nos casos previstos no Art. 262 do Código Eleitoral, desde que não sejam relativas à inelegibilidade infraconstitucional pré-existente ou questão relativa a condições de elegibilidade), como se depreende do seguinte julgado:

[...] Registro de candidato. Contas rejeitadas após o pedido de registro. Fato superveniente. Recurso especial. Provimento. 1. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas no momento do pedido de registro. 2. Fatos supervenientes ao pedido de registro podem ser suscitados no recurso contra expedição de diploma, nas hipóteses previstas no art. 262 do Código Eleitoral. [...]”

(Ac. de 25.11.2008 no AgR-REspe nº 34.149, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

Vimos que as condições de elegibilidade e a ausência de causa de inelegibilidade devem existir no momento do pedido de registro. No entanto, por imperativo da Lei nº 9.504/97, existe a possibilidade do suprimento de falhas no pedido do

registro, comprovando que, na respectiva data, preenchia os requisitos legais. A esse respeito, o TSE acrescenta que tal prazo, destinado ao suprimento de falhas, não se confunde com abertura de prazo para que o candidato resolva as pendências que acarretaram sua inelegibilidade. Nesse sentido:

[...] Registro de candidatura. Vereador. Quitação eleitoral. O pedido de registro de candidatura supõe a quitação eleitoral do requerente; se este não votou em eleições pretéritas, não justificou a ausência, nem pagou a multa até o requerimento de registro da candidatura está em falta com suas obrigações eleitorais. A norma do art. 11, § 3º da Lei nº 9.504, de 1997, que visa o suprimento de falhas no pedido do registro, dá oportunidade ao requerente para comprovar que, na respectiva data, preenchia os requisitos previstos em lei; não serve para abrir prazo para que o inadimplente com as obrigações eleitorais faça por cumpri-las extemporaneamente. (Ac. de 12.8.2008 no REspe nº 28.941, rel. Min. Ari Pargendler.)

Acrescentamos ainda um último julgado que consideramos pertinente (ou no mínimo interessante), que trata novamente acerca do momento da aferição da inelegibilidade. Apesar de parecer óbvio, o TSE, respondendo a agravo regimental, esclareceu que a aferição das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade devem ser aferidas a cada pleito:

“[...] Inelegibilidade. Rejeição de contas. LC nº 64/90, I, g. Omissão. Ausência. Rejeição. [...] 2. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas a cada pleito, não havendo direito adquirido à candidatura decorrente de eventual deferimento de registro em eleição pretérita. [...]” (Ac. de 19.2.2009 no ED-AgR-REspe nº 30.306, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

Apresentou-se aqui alguns importantes entendimentos jurisprudenciais do Tribunal Superior Eleitoral sobre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Acreditamos serem suficientes para o fim de que se perceba a parcela significativa de responsabilidade que a jurisprudência do TSE tem exercido na condução da matéria eleitoral no país.

Nota-se, baseado no exposto, como o direito eleitoral tem estado dependente não somente de regulamentação, mas também de exaustiva construção jurisprudencial.

dencial, por parte da Justiça Eleitoral, de forma a tentar suprir as lacunas e incoerências apresentadas por nossa legislação.

Tal fato recorrente é, sobretudo, fruto da ausência, no país, de um Direito Eleitoral sistematizado com rigor técnico científico, estruturado com base nos fundamentos e pressupostos de nosso Estado Democrático de Direito, pensado e discutido por doutrinadores sérios e comprometidos com o desenvolvimento de nossas instituições democráticas.

Em matéria de Direito Eleitoral, ainda vivemos no Brasil a herança da Ditadura Militar, consubstanciada em leis eleitorais oportunistas, desconexas, incoerentes e, principalmente, desvinculadas dos pressupostos e fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. Leis de ocasião, talhadas por interesses pessoais, arbitrárias e destituídas de qualquer fundamentação lógica, filosófica ou legal. Destituídas de legitimação. Leis que nascem livres e desvencilhadas de qualquer doutrina sistemática sobre a matéria, até porque essa praticamente inexistente, também por herança de tempos de outrora.

Por fim, cabe afirmar apenas que, enquanto no Brasil não se retomar o estudo e a construção doutrinária séria, comprometida e sistemática acerca de nossas instituições democráticas e de nossos processos representativos, estabelecendo o Direito Eleitoral como sólido paradigma científico, legitimado por toda a comunidade jurídica e respeitado por nossos legisladores, resta-nos apenas confiar na Jurisprudência. E como disse alguém há algum tempo: “O que não é sólido, desmancha-se no ar!”

Resumo

O presente trabalho expõe o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral acerca de alguns tópicos relevantes sobre as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade em nosso sistema representativo pátrio, com o fim de evidenciar a importância do conhecimento acerca da jurisprudência do TSE sobre o assunto, em face da falta de uma legislação eleitoral sistematizada com o devido rigor técnico-científico.

Palavras-chave: Condições de elegibilidade; Causas de inelegibilidade; Jurisprudência; Tribunal Superior Eleitoral.

Abstract

This paper aims to clarify the understanding of Superior Electoral Court about some relevant topics on the eligibility conditions and causes of ineligibility in our

representative home system, in order to highlight the importance of knowing TSE's jurisprudence on these subject, given the absence of a systematic electoral legislation with due technical and scientific rigor.

Keywords: Eligibility; Causes of ineligibility; Jurisprudence; Superior Electoral Court.

Normas para colaboradores

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues em CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço direito@upis.br, com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT, preferencialmente utilizando o sistema alfabético autor/data.
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras-chave. A remessa de versões do Resumo e das palavras-chave em inglês e/ou espanhol é facultativa.

Carlos Aureliano Motta de Souza

Editor

diagramação, arte-final, impressão e acabamento

 *gráfica e editora*
inconfidência

fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilía distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br