

Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

88

julho/dezembro 2018

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

88

JULHO/DEZEMBRO 2018



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

JUAN FRANCISCO CARPENTER

Procurador Geral do Estado

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10ª andar
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7005
Home Page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Anna Candida Alves Pinto Serrano

Assessoria

Marily Diniz do Amaral Chavez, Emanuel Fonseca Lima e Sueine Patrícia Cunha de Souza

Comissão Editorial

Alessandra Obara Soares da Silva, Américo Andrade Pinho, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Mariana Rosado Pântano, Rafael Carvalho de Fassio e Sérgio de Castro Abreu

Revista

Coordenação editorial desta edição: Anna Candida Alves Pinto Serrano.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 600 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2018 (1-87)
1998 (nº especial)
2003 (nº especial)

CDD-340.05
CDU-34(05)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
A CURADORIA PRÉVIA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO PROCESSO LEGISLATIVO	1
Felipe Sordi Macedo	
A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO ADMINISTRADOR NA DISSOLUÇÃO SOCIETÁRIA IRREGULAR E OS REQUISITOS PARA O REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO FISCAL: JURISPRUDÊNCIA ANTIGA, DIVERGÊNCIA ATUAL	29
Alcione Benedita de Lima	
A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	53
Beatriz Meneghel Chagas Camargo	
DIREITO DE LAJE E CONDOMÍNIO EDILÍCIO	87
George Ibrahim Farath	
MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM ÉPOCAS DE CRISE ECONÔMICA E FISCAL NO BRASIL	143
Danilo Gaiotto	

OS TÍTULOS DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL SOB A ANÁLISE
DE DIREITO E ECONOMIA 163

Thamy Kawai Marcos

APRESENTAÇÃO

É com entusiasmo que apresento esta edição da Revista da PGE. A instituição, ao longo dos anos, tem prestado importante contribuição social, enquanto carreira de Estado, mediante as garantias necessárias para o exercício de suas competências constitucionais.

Vivemos um momento de grandes desafios. A inovação tecnológica tem causado significativo impacto na sociedade. Paradoxalmente, as conquistas científicas e tecnológicas, que nos oferecem melhores condições de vida, provocam verdadeira revolução social, impactando as relações de toda ordem e alterando o panorama dos mercados. A incerteza do que está por vir causa insegurança, exigindo uma nova atuação do Poder Público, que, a nosso ver, deve estar mais presente e atento às necessidades que se desenham no horizonte.

Diante desse cenário, a Advocacia Pública ganha maior relevo, eis que os inevitáveis conflitos de interesses, decorrentes das mudanças, devem ser analisados sob o enfoque do interesse público.

Assim, é fundamental que a Procuradoria Geral do Estado, na defesa da causa e do interesse público, procure antecipar-se às transformações.

Munidos desse espírito, conjugando a energia dos jovens procuradores à experiência dos veteranos, fortalecemos a instituição, por meio de reflexões promovidas pelos núcleos, cursos e pesquisas fomentadas pelo Centro de Estudos, na busca do aprimoramento constante, com o intuito de produzir subsídios para a atuação da Advocacia Pública, com a vocação constitucional de carreira de Estado, sempre atenta às novas realidades que se apresentam.

Conscientes dessa incumbência, edita-se mais um volume da Revista da PGE, fruto de estudos produzidos por colegas que uniram o conhecimento adquirido no exercício da atividade de Procurador(a) do Estado com a doutrina e jurisprudência sobre temas atuais de grande valor para a Advocacia Pública.

Sentimos orgulho de pertencer a uma carreira cujos integrantes se destacam pela excelência de sua performance e, a despeito da titulação acadêmica já conquistada, incansavelmente, continuam se atualizando e buscando desenvolver novas habilidades e competências, na certeza da proeminente missão que possuem enquanto Advogados Públicos.

Recomendamos a leitura dos artigos que compõem esta edição, com a convicção de que contribuem para o debate das questões atuais e relevantes para o direito público.

MARILY DINIZ DO AMARAL CHAVES

Procuradora do Estado

A CURADORIA PRÉVIA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO PROCESSO LEGISLATIVO

Felipe Sordi Macedo¹

Resumo: O presente artigo analisa o exercício de advocacia de Estado no âmbito do Poder Legislativo, compreendendo a ampliação do espaço de atuação da Advocacia Pública, o qual não pode ser restrito ao âmbito do assessoramento jurídico e contenciosa judicial do Poder Executivo. Busca-se por meio de interpretação sistêmica no ordenamento jurídico existente, inclusive de índole constitucional, justificar exercício de advocacia preventiva pelo advogado público no âmbito parlamentar (curadoria prévia), sem que se confunda essa ampliação do foco de atuação com a advocacia da casa legislativa. O novo modo de atuar do advogado público deve ter como objetivo a diminuição de litígios, primar pela busca de consensos no âmbito de uma administração pública dialógica para obter a concretização de interesses públicos primários e secundários.

Palavras-chave: Poder Legislativo; Advocacia Pública; Advocacia preventiva; Curadoria prévia das normas; Administração pública dialógica.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Atuação funcional da Advocacia Pública; 3 – Leitura da Advocacia Pública na Constituição de 1988; 4 – A Advocacia Pública como Advocacia de Estado em atuação no Poder Legislativo; 5 – Técnicas autocompositivas e atuação do Advogado Público no assessoramento técnico legislativo - A Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho

1 Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de Chefe do Contencioso Judicial da Seccional de Mogi das Cruzes, Procuradoria Regional da Grande São Paulo. Bacharel em Direito (UFSC) e pós-graduado em Direito Público (UNIDERP/LFG). Artigo oferecido como avaliação final do curso de extensão de Temas Contemporâneos em Direito Constitucional, promovido pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

de 2015; 6 – Advocacia Pública estatal no enfrentamento da crise legislativa; 7 – Estruturação orgânica da atuação da Advocacia Pública no Poder Legislativo: Exemplos práticos; 8 – Do imperativo constitucional de curadoria da legislação infraconstitucional pela Advocacia Pública; 9 – Conclusão; 10 – Referências bibliográficas.

1. Introdução

Passados praticamente 30 (trinta) anos da promulgação da Constituição cidadã de 1988, a Advocacia Pública aspira a assunção de novo protagonismo no âmbito institucional nacional. Ainda fortemente arraigada no seio do Poder Executivo, no cumprimento de expedientes formais ou na litigiosidade crescente em que inserido o Estado brasileiro e suas omissões, na regulamentação de direitos ou na própria prestação de serviços públicos, exsurge nova leitura para a atuação institucional da Advocacia Pública, em sua unicidade, ou seja, advocacia de Estado, com a apresentação de todos os seus Poderes, ainda em interlocução com a sociedade.

De modo especial, o foco do artigo é a atuação da Advocacia Pública no âmbito do Poder Legislativo, sem que isso se confunda com a advocacia pública de salvaguarda das competências constitucionais do respectivo órgão legislativo respectivo, exercida pelas Procuradorias das Câmaras de Vereadores, Assembleias Legislativas e órgãos jurídicos equivalentes em ambas as casas do Congresso Nacional.

Os parlamentos são instituições representativas fundamentais à democracia, a casa do povo por excelência. Por isso, também, espelham o reflexo dos conflitos que defluem do próprio tecido social. Com novos instrumentos previstos na legislação, como os métodos autocompositivos, é possível o enfrentamento da crise legislativa, que levou ao crescente ativismo judicial.

Com alguns exemplos práticos de como as instituições vem habilitando os seus órgãos para uma presença maior junto ao Poder Legislativo, a nova leitura da Advocacia Pública, em verdade, é um imperativo que decorre da própria Constituição ao atribuir ao Advogado-Geral da União e seu congêneres, no âmbito dos Estados, a curadoria prévia das normas, exercício da advocacia preventiva imbuída de juridicidade ao advogado público.

2. Atuação funcional da Advocacia Pública

A advocacia pública passou a ter atuação definida no cenário jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, doravante CRFB/1988, momento em que definitivamente subiu um degrau de importância e o seu exercício protegido por norma constitucional.

O Título IV (“Da organização dos poderes”), Capítulo IV (“Das funções essenciais à Justiça”), conferiu duas seções no que toca à advocacia e, especificamente, atribuiu aos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União representação judicial e extrajudicial, cabendo-lhe, nos termos de lei complementar, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, estes organizados em carreira, o mister da representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

[...]

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Por essa previsão, o constituinte posicionou a Advocacia Pública, ao lado do Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia *stricto sensu* em justaposição de funções e sem qualquer subordinação entre si, como afetos à essencialidade da Justiça, designando-lhes como funções essenciais à Justiça. Com isso, encerrou longo equívoco, anterior à CRFB/1988, pois o Ministério Público possuía atribuição dual, competindo-lhe também a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, hoje vedação expressa no inciso IX do art. 129 do texto constitucional.

É certo, assim, que a intenção do constituinte originário ao incluir a Advocacia Pública como órgão técnico essencial à Justiça, ocorreu no aspecto *lato sensu* tanto com a atuação na atividade contenciosa judicial do Estado, aqui compreendido o termo nos seus diversos níveis de organização política administrativa, bem como a consultoria jurídica da Administração Pública, concentrando a dupla função (contenciosa e consultiva) em uma instituição única. Na União, o exercício foi conferido à Advocacia-Geral da União, nos Estados e Distrito Federal às suas respectivas procuradorias. Com relação aos Municípios, embora a Advocacia Pública municipal ainda não esteja inserida no texto constitucional, a grave falha simétrica do constituinte originário de 1988, que erigiu o ente local à condição de unidade federativa, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, poderá ser corrigida com a PEC 17/2012, já aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados e pronta para Deliberação do Senado Federal.

A decisão político-normativa externada pelo constituinte da CRFB/1988 ensejou, portanto, a possibilidade de centralização e especialização das atividades de defesa e assessoramento jurídico do Estado concentrados na Advocacia Pública, por meio de seus órgãos, alçando-a a uma condição superior de instituição curadora da legalidade da atuação do Poder Público. E neste particular, não se perca de vista que a Advocacia Pública não está localizada topograficamente na estrutura administrativa do Poder Executivo, mas sim, em reforço, entre as funções elencadas como essenciais à justiça.

Cabe esclarecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, instada quanto à personalidade judiciária dos poderes legislativos, assentou que não possuindo - as Assembleias e os Tribunais - personalidade jurídica própria, sua representação, em juízo, é normalmente exercida pelos Procuradores do Estado. Excepcionalmente, aqueles órgãos, quando esteja em causa a autonomia do poder, para salvaguarda de suas competências constitucionais, reconhece-se a capacidade processual, suscetível de ser desempenhada por meio de Procuradorias Especiais².

Em manifestação recentíssima sobre o tema, a qual envolveu a criação de cargos de Advogados nos quadros do Tribunal de Justiça do Es-

2 (ADIn 175)-PR, Rel Min. Octávio Gallotti, RTJ 150/3.

tado de São Paulo, a Suprema Corte reafirmou sua jurisprudência tecida nos anos 90, logo após a promulgação da CRFB/1988:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 14.783/2012 DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE CRIA CARGOS EFETIVOS DE ADVOGADOS NO QUADRO ADMINISTRATIVO DO PODER JUDICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 132, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRECEDENTES. 1. As Advocacias Públicas de que tratam os arts. 131 e 132 da Constituição Federal são órgãos autônomos vinculados ao Poder Executivo da União ou Estado, o que não obsta a defesa de interesses cotidianos próprios dos demais Poderes do ente federativo a que pertencerem. Excepcionalmente, admite-se a existência de órgão de assessoramento jurídico, com finalidade, inclusive, postulatória, quando o objetivo for zelar pela independência funcional e as prerrogativas inerentes ao Poder. Precedentes: RE 595.176-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 94, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 175, Rel. Min. Octavio Galloti; ADI-MC 825, Rel. Min. Ilmar Galvão. 2. **Necessária interpretação conforme à Constituição, com o propósito de permitir a representação judicial somente nos casos em que o Poder Judiciário estadual atuar em nome próprio, na defesa de sua autonomia, prerrogativas e independência em face dos demais Poderes.** Nesse sentido: ADI 1.557 DF, Rel. Min. Ellen Gracie. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao parágrafo único do art. 2º da Lei 14.783/2012 do Estado de São Paulo³.

E do corpo desse acórdão, diante da relevância e atualidade do tema, extrai-se:

5. As Advocacias Públicas de que tratam os arts. 131 e 132 da Constituição são órgãos autônomos vinculados ao Poder Executivo da União ou Estado. **Todavia, não há dúvidas de que tal fato não obsta a defesa de interesses administrativos, financeiros, econômicos e trabalhistas dos demais Poderes, uma vez que, em face do preceito da unicidade de**

3 ADI 5024, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018, grifo nosso.

representação, constitui competência daquelas o patrocínio da Pessoa Jurídica a que pertencem. A existência de interesses tipicamente institucionais, como a defesa da independência do Poder, excepciona a norma e torna possível a capacidade processual de órgãos despersonalizados. Nesta hipótese, a atuação da Advocacia-Geral pode tornar-se indesejada, levando à necessidade de atuação de procurador próprio. 6. Com efeito, a possibilidade de conflito judicial entre o órgão judiciário local e outros Poderes enseja a razoável interpretação de que é possível, nessas situações, permitir o exercício de consultoria e de assessoramento jurídico dos órgãos inseridos na estrutura própria daquele Poder. 7. Como afirmado, este Supremo Tribunal já foi convocado a se manifestar sobre o tema em diversas oportunidades, e os posicionamentos tendem a reconhecer a possibilidade de instituição de representação própria, desde que atendidas certas balizas. Em precedente elucidativo, o Plenário julgou improcedente a ADI 1.557 (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 18.06.2004) ajuizada em face da Emenda 9/1996 da Lei Orgânica do Distrito Federal que prevê a representação judicial da Câmara Legislativa por Procuradoria própria.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de representação própria das casas legislativas e Tribunais de órgãos próprios de advocacia para a defesa de suas prerrogativas constitucionais. É, portanto, uma atribuição restrita que não se confunde com o escopo da Advocacia Pública prevista nos artigos 131 e 132 da CRFB/1988.

3. Leitura da Advocacia Pública na Constituição de 1988

A Advocacia Pública, inserida como função essencial à Justiça, passados 30 (trinta) anos da promulgação da CRFB/1988 busca firmar-se como uma advocacia verdadeiramente de Estado e não apenas a serviço do Chefe do Poder Executivo de momento. Assim, um desafio ainda em construção, é dissociar a Advocacia Pública da função de uma advocacia do Poder Executivo, eis que, em verdade, a atribuição que a Constituição quis lhe entregar ultrapassa esta esfera. Inclusive, no trecho do acórdão acima grifado, o Supremo Tribunal Federal reforçou a abrangência do escopo de atuação da Advocacia Pública para além das defesas de teses do Poder Executivo. Em verdade, esta função maior é a advocacia de Estado, exercida pelos advogados públicos em prol dos interesses admi-

nistrativos, jurídicos, financeiros, econômicos, sociais, trabalhistas, entre outros do ente ao qual advoga. Compreende-se o exercício da advocacia de Estado a partir do entendimento do que seja Estado de Direito, na sua vertente democrática.

O Estado de Direito, decorrente do movimento iluminista do século XVIII, permitiu o nascimento da racionalidade jurídica e sistematização de leis, substituindo a vontade do Rei absoluto pela vontade das leis. E as leis em Estado de Direito pressupõem-se que sejam produzidas em um contexto democrático, ou seja, oriundas da vontade coletiva do povo, ainda que intermediada, quando se trate de democracias representativas. De outro lado, é curial também que na execução dessas leis o Estado seja chefiado e orientado por um agente eleito pelo voto popular, possibilitando assim a escolha da orientação política que concretizará a vontade popular, ou seja, as leis. Ainda, dado que a escolha política é sempre capaz de gerar algum conflito e discordância oriundos da própria convivência democrática na aplicação da lei, é necessário conferir ao Estado-Juiz, a tarefa interpretativa com função resolutive e pacificadora da controvérsia ocorrida. E a configuração dessas funções estatais somente encontra o equilíbrio à medida que sejam separadas entre si, evitando-se o abuso e o arbítrio.

No elo entre essas atuações estatais bem definidas acima, qual seja o Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário encontra-se o advogado público e sua missão de atuar sempre em nome do Direito – fruto de uma vontade soberana, a do povo, conferindo aos legisladores e aos executores da lei, escolhidos de forma democrática, a juridicidade necessária para que possam criá-la e também exercer a vontade política que lhe é ínsita, no caso do governante executivo. Obviamente, a conferência de juridicidade da lei tanto no momento de sua criação quanto no momento de sua execução, permitirá ao advogado público o melhor exercício da advocacia estatal perante o Estado-Juiz.

Assim, a advocacia exercida pelo agente personificado da Advocacia Pública deve ser entendida como advocacia de Estado, desvincilhada da figura de agente ligado ao executor da política, mas sim como aquela que responde ao interesse público, refletido tanto no processo criativo quanto executivo, servil ao Estado de Direito e em benefício da democracia. Extrai-se:

Em suma: o advogado de Estado não é agente de governo. Ele serve ao Estado de Direito, em benefício da democracia. Assim, deve buscar, com a técnica jurídica, a legitimação de interesses democráticos da maneira mais eficiente, ao mesmo tempo em que controla pretensões políticas. Seu dever é oferecer ao administrador as interpretações possíveis, indicar riscos e ser intransigente com pretensões que transbordem desses limites.⁴

Como advocacia de Estado, a atuação e o papel atribuídos à Advocacia Pública, certamente, não estão restritos à defesa dos atos ou ao assessoramento jurídico do Poder Executivo. A uma porque o constituinte originário não a localizou no capítulo referente ao Poder Executivo, a duas porque a conceituou como um órgão técnico de advocacia aos poderes constituídos na busca do resguardo dos interesses primários e secundários, o que é reforçado pelo *caput* do art. 132 da CRFB/1988, anteriormente citado.

A própria legislação infraconstitucional nos socorre nesta interpretação, conforme a disposição do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, ao ressaltar a essencialidade da Advocacia Pública, em regulamentação ao texto constitucional:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

[...]

Art. 3º [...]

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Concretizando a sua missão, a advocacia do Poder Público pauta-se para a garantia do Estado Democrático de Direito, de forma que suas

4 CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>. Acesso em: 01/06/2018.

missões institucionais convirjam à legitimidade democrática e governabilidade, controle da juridicidade, sempre com o propósito precípua de defesa do interesse público. E nesta senda, diante da unicidade do Estado perante seus cidadãos, cabe à Advocacia Pública a defesa judicial e o assessoramento jurídico⁵ dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e também do Tribunal de Contas, Ministério Público e da Defensoria Pública, quando da prática de atos de Estado, ressalvada a defesa da competência dos entes para salvaguarda de sua autonomia como abordado no recente julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 5024, ratificando sua jurisprudência.

4. A Advocacia Pública como Advocacia de Estado em atuação no Poder Legislativo

A Advocacia Pública, definitivamente, é instituição jurídica a quem cabe, com exclusividade, a advocacia contenciosa e preventiva (assessoramento e consultoria jurídica) dos poderes estatais como um todo. Ocorre que, em que pese, a força de sua atribuição constitucional, ainda não protagoniza plenamente o papel que a CRFB/1988 indicou, de modo que urge a encampação desses espaços não ocupados, concretizando a vontade do constituinte.

Órgão de governo constituído para a defesa do contencioso jurídico da parcela de governo a que se vincula ou órgão consultivo para a elaboração de pareceres que tragam opinião jurídica ao administrador antes

5 Extrai-se de artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná algumas das atividades consultivas exercidas pelo Poder Público: Na advocacia pública ainda temos a importante função consultiva. Em resumo, ela abrange: 1) as atividades de assessoramento das autoridades; 2) a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; 3) a fixação da interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida por toda a Administração Pública; 4) a elaboração de estudos e informações, por solicitação das autoridades; 5) a assistência da autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; 6) o exame, prévio e conclusivo, dos textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, ou dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa de licitação. KALABAIDE, Miguel Adolfo. A impossibilidade de controle de ponto na Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba: PGE, 2017, v. 8, p. 163-179, 2017, p.167. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/revista_2017/AimpossibilidadedecontrolepontonaAdvocaciaPublica.pdf]. Acesso em: 03 jun. 2018.

de decisão relativa à edição de atos administrativos, a Advocacia Pública, por interpretação constitucional (ADI 5024), possui campo maior de atuação e deve procurar o espaço para, de fato, exercê-lo.

No Poder Legislativo, por exemplo, instituição representativa fundamental à democracia, de onde emana a vontade popular por intermédio das normas jurídicas ali criadas, a orientação jurídica estatal, por meio da Advocacia Pública, deve ser maximizada, pois é dali que verterão todas as políticas públicas que interferirão diretamente no cotidiano das pessoas. É do Poder Legislativo das diversas esferas da federação que se editam as leis que regulamentam os direitos fundamentais da vida humana, com destacado efeito prático. Leis mal elaboradas, por sua vez, impactarão negativamente nos indivíduos, com impactos jurídicos, econômicos e sociais maléficis, que respingam na atividade estatal, pois aquilo que não é bom para o indivíduo, regra geral, também não serve ao ente estatal.

No contexto do Estado Democrático de Direito, é cediço que a difusão cultural, político, econômico e social dos anos de transformações os quais a sociedade atual é agente, não uma mera expectadora, observa inúmeras tensões e conflitos próprios dessas mutações em que se vive. Constituídas e consolidadas as instituições estatais, é certo que o processo legislativo, dicotômico por si só, e envolvendo diversos interesses dos mais variados matizes ao tratar das relações estatais ou extraestatais entre si ou entre elas próprias, sobressalta-se, à medida que os efeitos das decisões ali tomadas não ficam restritos às quatro paredes de gabinetes ministeriais ou das Casas Legislativas. Um dos motivos dessa potencialização de um processo político mais evidenciado por seus conflitos, hodiernamente, decorre da disseminação do avanço tecnológico, sobretudo os meios de comunicação, não mais resumidos à mídia falada, visual ou impressa, mas também às redes sociais e seu rápido poder de compartilhamento. Como benefício de uma sociedade melhor informada, é fácil inferir que os interesses distintos que a cercam têm uma maior facilidade para sua plena demonstração.

Diante de uma sociedade que se envolve cada vez mais no campo legislativo, cumprindo assim o caminho que o trilhou o Estado Democrático de Direito, é natural que os antagonismos decorrentes das diversas visões de mundo do tecido social recaíam sob o Poder Legislativo e seu papel precípua, que é editar ordenamento jurídico a bem do povo. É nesse meio de campo entre a sociedade e suas demandas, de onde

decorrem conflitos, e os detentores de mandato político na democracia representativa, que deve inserir-se a Advocacia Pública, para exercer de modo mais efetivo e aparente o papel que a Constituição já lhe afiançou.

Os advogados públicos, profissionais de notório saber jurídico e com amplo conhecimento prático das dificuldades enfrentadas pelo Poder Executivo e o vasto conhecimento da jurisprudência judicial e também daquelas emanadas das Cortes de Contas, possuem larga experiência para assessorar juridicamente o legislador na tarefa da interpretação abstrata que propicie a melhor escolha para o interesse em discussão, ainda em compatibilidade com a Constituição, demais espécies de legislação infraconstitucional e dos próprios repositórios de jurisprudências e precedentes judiciais. A experiência profissional do advogado público, viabilizada até mesmo pela sua direta interlocução entre o Estado Executivo e o Estado-Juiz, seja ainda pela atividade jurisprudencial que lhe é inerente, com necessidade de constante estudo do panorama legislativo e jurisprudencial em vigor para o atendimento das necessidades diárias da Administração, o torna habilitado para propiciar ao legislador a ponderação técnico-jurídica necessária para que a norma ao surtir os seus efeitos atenda ao interesse público da forma mais geral, equânime segura e eficiente. Aqui, tem-se a atuação previamente curadora das normas, a que se refere o título deste artigo. Leciona Derly Barreto e Silva Filho:

Para o bom desempenho dessa tarefa, é de extrema importância a estreita interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas em áreas juridicamente sensíveis, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos, com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para poderem exercer as funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência. Nada pior do que uma «instituição satélite», cujos membros, responsáveis pela orientação jurídica do Estado, mantêm-se (ou são mantidos) alheios ao que se passa em seu derredor. Nada mais incompreensível do que um advogado que não dialoga com o seu cliente, não conheça a sua causa e não reúna condições para bem desempenhar o seu múnus. No estágio de formulação das políticas públicas que serão veiculadas por leis e atos normativos é que os órgãos de Advocacia Pública ponderam acerca

da viabilidade e compatibilidade jurídica da proposição normativa com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, escrutínio que não deve adstringir-se a meras verificações formais (v.g., a questões ortográficas, gramaticais e sintáticas), como bem explica César do Vale Kirsch, ao tratar do papel da Advocacia-Geral da União no âmbito das políticas públicas federais [...]. Por isso, isto é, para que tenha possibilidade de colaborar mais efetivamente na tarefa de aperfeiçoamento das normas produzidas e editadas pelo Estado, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, deve, realmente, ser incrementada⁶.

Como objetivo da atuação da Advocacia Pública no processo legislativo, visa-se alargar a função meramente semântico/redacional do advogado público para efetivamente concretizar sua verdadeira função constitucional essencial à Justiça e assim promover uma atuação preventiva da advocacia. É possível assim ao executor, a aplicação da lei com menor conflitualidade e divergências. Ainda, impacta positivamente no Estado-Juiz à medida que contribui sobremaneira na diminuição da litigiosidade ou torna mais qualificados os debates jurídicos que lhe serão apresentados.

O advogado público na esfera legislativa atua como advogado estatal, na busca da conciliação dos interesses divergentes para que se alcance na via do ordenamento jurídico formal uma solução adequada que satisfaça as necessidades jurídicas, políticas, financeiras, econômico-sociais do ente. Essa atuação do advogado público, sobretudo, com vistas à diminuição da litigiosidade, vai ao encontro do que se define como administração pública dialógica, ou seja, abertura de diálogo com os administrados para que eles colaborem para aperfeiçoamento e legitimação das atividades administrativas. É assim uma mudança de paradigma relacionada à evolução da democracia participativa, à desburocratização do direito administrativo, bem como à utilização do consensualismo para resolver conflitos da Administração. O mandato conferido ao advogado público pela Constituição é o elo entre o Estado, por intermédio de seus poderes constituídos, e os cidadãos para a melhor implementação desses novos preceitos, aperfeiçoando assim o campo da produção legislativa.

6 SILVA FILHO, Derly Barreto e. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 37, n. 78, p. 9-52, jul-dez/2016, p. 20. Disponível em: [http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154227-revista-pge-78-1.pdf]. Acesso em: 06/06/2018.

5. Técnicas autocompositivas e atuação do Advogado Público no assessoramento técnico legislativo – A Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015

O advogado público vê-se diante da constante necessidade de conciliar interesses discordantes. Como método de superação, pode também valer-se das chamadas técnicas autocompositivas ou sistema multipor-tas, já previstas na legislação processual civil, e que com a devida colma-tação podem ser plenamente introduzidas também em sede de processo legislativo por um profissional devidamente gabaritado que é.

Por meio das chamadas técnicas de autocomposição, o profissional da advocacia pública pode trazer os elementos jurídicos e de fato neces-sários para auxiliar o legislador a compreender as questões e interesses envolvidos no processo legislativo. Neste ponto, assinala Derly Barreto e Silva Filho: *Um bom procedimento legislativo há de propiciar espaços e tempos adequados para a negociação, para o convencimento e, se possível, para a confluência entre pontos de vista originariamente confrontantes*⁷.

Desta feita, ao valer-se de métodos próprios, com suporte nos prin-cípios da oralidade, informalidade, decisão informada, ou seja, com o constante diálogo, boa-fé, simplicidade, o contínuo esclarecimento, o advogado público possibilita a ponderação dos conflitos em discussão até que se encontre a solução consensual apta a gerar ao legislador a ma-turidade necessária para prestar o voto. Um projeto de lei, aqui no senti-do *lato sensu* da palavra, bem amadurecido contém força normativa que traz maior benefício a todos: tanto a Fazenda Pública a que apresenta, como àquela coletividade abrangida pelo ordenamento.

Importante passo legislativo foi auferido pela edição da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, possibilitando a resolução consen-sual de conflitos envolvendo o Poder Público. O Novo Código de Pro-cesso Civil – Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, doravante apenas NCPC, também estimula o Estado ao uso dos meios consensuais de controvérsias (art. 3º, §2º, NCPC), cabendo ao advogado a sujeição a tal dever para que verifique as chances de mediação ou conciliação.

7 SILVA FILHO, Derly Barreto e. *A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro*, p. 39.

E o § 3º do citado art, 3º arremata: *A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

A expressão advogado contida na citação do dispositivo legal, por certo, é um gênero, o qual incluso o advogado público na sua específica atuação. Ainda que se associe muito a validade desta previsão para a solução de conflitos evitando a judicialização, interpreta-se aqui extensivamente. Defende-se que a Advocacia Pública ocupe detidamente este espaço concedido também no âmbito das atribuições típicas do Poder Legislativo, no elo entre o ente cujo interesse de Estado presenta e a sociedade e suas demandas de interesse variado, muitas vezes a colidir com o próprio interesse público.

Ora, a lei usou a expressão “inclusive no processo judicial”, o que parece nos significar a ampliação de sua dicção a toda e qualquer atividade administrativa, o que não exclui, obviamente, a função típica do Poder Legislativo. A atuação preventiva e orientadora do advogado público ao legislador ainda na fase embrionária do processo legislativo, maximizará o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), pois pressupõe-se que leis bem elaboradas gerarão menor quantidade de conflitos. E menor quantidade de conflitos, significa menor tempo despendido na Administração Pública, no braço executivo do Estado, no cumprimento de ordens judiciais em massa, o que interfere penosamente em suas atividades. Por sua vez, contribui para a redução do congestionamento do Poder Judiciário, propiciando um julgamento mais célere e qualitativo dos casos concretos que lhe são apresentados.

A citada Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015 é importante inovação no ordenamento jurídico, e instiga também os advogados públicos a soluções extrajudiciais, ou seja, negociadas entre os envolvidos. Os órgãos da Advocacia Pública ascendem ao papel de instituição protagonista das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (art. 32), criadas pelo respectivo ente político, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; promover, quando couber a celebração de termo de

ajustamento de conduta. O parágrafo único do referido artigo permite à Advocacia Pública, por si só, a instauração, de ofício ou a pedido, de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, o que a aproxima tanto da sociedade quanto de seu cliente, diante da representação judicial e extrajudicial que lhe é inerente.

6. Advocacia Pública estatal no enfrentamento da crise legislativa

O advogado público em exercício de advocacia de Estado, na busca de consensualidade na fase legislativa, tem como mister função maior que a mera orientação jurídica aos mandatários, mas sim de juridicidade, a fim de as leis sejam editadas concretizem os pilares da Administração Pública dispostos na CRFB/1988, contemplando o que exige a sociedade contemporânea.

Outrossim, concretiza-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, baseada no objetivo do pluralismo político com a busca pelo respeito da diversidade e liberdades dos variados centros de poder envolvidos na construção legislativa. Com essa atuação, o advogado público, certamente, atendeu a vontade de seu cliente, o ente estatal, eis que atuou em prol da solidificação dos fundamentos republicanos.

O Poder Legislativo, é preciso lembrar, detém a função precípua de modificar democraticamente uma sociedade, por meio do processo político. Contudo, não se negue o espaço ocupado pelos demais poderes estatais diante do que se convencionou cunhar como crise legislativa:

Já se salientou anteriormente a importância da lei para a democracia e os problemas resultantes da incapacidade demonstrada pelos Parlamentos para desempenhar sua missão principal (v. n. 2, Cap. 19). Uma das causas dessa incapacidade é, sem dúvida, a inaptidão do processo legislativo clássico às exigências contemporâneas. De fato, esse processo, por sei a lei a manifestação do soberano, foi estruturado de modo tão solene, de forma tão generosa para os pronunciamentos individuais dos parlamentares, que abre campo para uma procrastinação cuja importância era pequena quando raras eram as leis, mas que hoje é de gravidade extrema. Em razão disso, grande tem sido o esforço dos juristas à busca de métodos novos que atendam às necessidades contemporâneas sem sacrifício maior dos direitos das minorias. As novas técnicas, contudo, têm dado ao governo (o executivo da doutrina clássica) uma influência cada vez

maior. Na verdade, a sua interferência no processo legislativo longe está de limitar-se juridicamente à iniciativa e ao veto. As constituições posteriores à II Guerra Mundial, umas não hesitam a lhe dar possibilidade de intervir no próprio curso dos projetos, fixando a ordem do dia das Câmaras, determinando qual o texto que será votado, outras, a lhe habilitar a editar regras jurídicas somente subordinadas à Lei Fundamental, seja pela delegação, seja pela extensão do poder regulamentar⁸.

Outro corolário da crise legislativa, exsurge no fenômeno do ativismo judicial no vácuo ocasionado pelas demasiadas omissões legislativas na regulamentação de direitos fundamentais. Isto, por consequência, dá azo à litigiosidade de massa com o consequente congestionamento de Juízos e Tribunais, assoberbando a advocacia pública. Com isso, as procuradorias acabam entendidas como mero órgãos burocráticos, não cumprindo o papel que a CRFB/1988 as alçou. Acerca disso:

Na realidade, as Procuradorias não estão crescendo, mas inchando, o que é lamentavelmente diferente. Crescer é saudável; inchar faz mal à saúde dessas instituições, já que não produzem os resultados esperados pela sociedade, criam desincentivos para os advogados públicos, que se tornam singelos gestores de acervos de massa, obrigados a lidar com modelos padronizados, trabalhando com temas incapazes de desafiar intelectualmente profissionais que se submetem a rigorosos concursos públicos, aguardando outra e melhor sorte de desafios profissionais em suas carreiras⁹.

Urge que a Advocacia Pública se vocacione a atuar como advocacia de Estado, funcionando também como agente de transformação, com plena atuação junto ao Poder Legislativo para o enfrentamento da grave situação estrutural jurídica, social e econômica que assola a si mesmo como parcela do poder do Estado - a própria federação brasileira. É preciso, para isso, romper o paradigma burocrático que cerca a Advocacia Pública, para que se torne instituição ativa, conforme a CRFB/1988.

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B. Câmara de; GARCIA, Flávio Amaral. O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.7. p. 11-36, p. 22, 2016. Disponível em: [<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>]. Acesso em: 08/06/2018.

A significância de uma postura proativa da Advocacia Pública no campo de produção jurídica não deve ser entendida como invasão da instituição no campo das decisões governamentais, mas sim como faceta de uma advocacia que deixa de ser reprodutora de defesas ou condutas jurídicas já ultrapassadas para uma advocacia pública verdadeiramente preventiva ao nascimento do conflito e, na impossibilidade, paute-se pela busca de soluções consensuais. A Advocacia Pública é função essencial que transita em todas as parcelas de poder, relacionando-se intrinsecamente com todas elas. Ainda que a sua autonomia constitucional ainda não tenha sido plenamente conquistada, (está em trâmite na Câmara dos Deputados na PEC 82/2007, já pronta para votação), o próprio exercício da função causídica possibilita às carreiras da Advocacia Pública vivenciar as dificuldades típicas do estado executor na concretização da política pública proposta, ainda, o contato com as interpretações do Poder Judiciário e das cortes de controle, o que lhe traz a expertise para levar ao legislador a ponderação entre a prática e a implementação justa da política ou diretiva que se pretende votar.

A partir da experiência da sua própria atuação é que a Advocacia Pública tem muito a colaborar com o Poder Legislativo com foco em advocacia preventiva de litígios – nos limites da sua competência – para a construção jurídica de soluções legislativas que possam corrigir posturas administrativas não albergadas pelo Poder Judiciário ou as Cortes de Contas e, sobretudo, aquelas que de forma alguma constituam qualquer agressão à ordem jurídica. A melhor eficácia das leis, sem dúvida, fortalece o Poder Legislativo, sua força plural e democrática. Com isso, é possível evitar seja ofuscado pelo protagonismo do Poder Executivo e pelo ativismo judiciário. Pode a Advocacia Pública muito contribuir ao resgate do protagonismo do Estado em sua vertente legislativa.

7. Estruturação orgânica da atuação da Advocacia Pública no Poder Legislativo: Exemplos práticos

Em sentido prático, a União e alguns estados membros já compreenderam a necessidade de uma maior participação da Advocacia Pública junto ao Poder Legislativo, ainda que nem sempre o exemplo signifique o exercício de uma desejada Advocacia de Estado.

No âmbito da União Federal, a Advocacia-Geral da União (AGU), por força de um convênio de cooperação firmado em abril de 2010 com

a Câmara dos Deputados, funciona naquela Casa Legislativa um escritório avançado da Secretária-Geral de Contencioso da AGU. Referido convênio funciona como uma dupla função, ou seja, tanto aproximou o órgão de advocacia pública da União de seu cliente no que atine à representação judicial do Poder Legislativo, também bastante demandado quanto seus atos *interna corporis*, quanto à troca de informação entre os advogados da União e a Procuradoria Parlamentar. Em discurso do Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, proferido à época da inauguração, o ato de cooperação foi entendido como “*Vemos que essa iniciativa vai contribuir para fortalecimento do Parlamento brasileiro.*”¹⁰

Em 2015, após 5 (cinco) anos da assinatura do Termo de Cooperação e da instalação do Escritório Avançado da Advocacia-Geral da União na Câmara dos Deputados, já evidente a ampliação da relação interinstitucional ocorrida, o órgão anunciava a renovação do convênio e os importantes avanços decorrentes da iniciativa. Sobretudo, mencionou a AGU que a interlocução da Advocacia Pública com o Poder Legislativo foi fundamental para que importantes políticas públicas as quais, posteriormente, tiveram sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal fossem validadas. Destacou-se, no caso, a lei da ficha limpa, a lei de criação do Prouni, lei que criou o piso salarial nacional para os professores da educação básica, cotas raciais no ensino superior, lei Maria da Penha, entre outras. Esse rol, meramente exemplificativo, ilustra a relevância do assessoramento prestado pela AGU ainda na fase embrionária de determinado projeto legislativo, culminando na elaboração de lei com juridicidade não invalidada pelo Poder Judiciário. Relevante pontuar a opinião do Advogado da União responsável pelo escritório, Marcelo Ribeiro do Val, à época da reportagem, sobre a significância do estreitamento da relação da Advocacia Pública com o Congresso Nacional *O escritório abriu uma nova dimensão para a advocacia pública, que passou a cumprir o seu papel de representante judicial de outros poderes da República*¹¹. No ano de 2015, o escritório de representação da AGU foi alvo de barganha política do então

10 Extraído de http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/152565. Acesso em: 12/06/2018.

11 http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/350776. Acesso em: 12/06/2018.

Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, que ameaçava romper o convênio por divergências relacionadas ao já grave quadro de instabilidade política da época.

Ainda, no âmbito da União Federal, o Decreto nº 9.191, de 01 de novembro de 2017, em regulamentação a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, revogou o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, com a manutenção do papel de destaque à Advocacia Pública. Isto porque, por força do art. 36, § 2º, do diploma regulamentar citado, deve haver obrigatória participação da Advocacia-Geral da União nos colegiados com o fim de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos de competência ou iniciativa do Presidente da República. Todavia, não manteve previsão do revogado Decreto nº 4.176/2002, no que tange à manifestação obrigatória da AGU nos projetos de leis processuais.

No âmbito do Estado de São Paulo, possivelmente, de forma pioneira, por força do Decreto-Lei nº 17.252, de 29 de maio de 1947, foi criada a Assessoria Técnico-Legislativa, sugestão do jurista Miguel Reale, que, em memórias publicadas em 1987, assim reportou:

Quando, em 1947, assumi a Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo, foi a experiência do Departamento Administrativo do Estado [de que trataremos a seguir] que me inspirou a iniciativa de organizar talvez a primeira ‘Assessoria Técnico-Legislativa’ do País, encarregada não só do estudo e planejamento das leis e regulamentos do Poder Executivo, como do acompanhamento das normas em tramitação no Legislativo, a fim de que a sanção ou o veto não viessem a ser o resultado de decisões precipitadas.¹²

Com previsão na Constituição do Estado de São Paulo, que no seu artigo 99, inciso V, estabelece, dentre as funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado compete, *prestar assessoramento jurídico e técnico legislativo ao Governo do Estado*, atribuída à Assessoria Técnico-Legislativa, órgão integrante do Gabinete do Procurador Geral do Procurador Geral do Estado, por força da Lei Complementar nº 1.270,

12 São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Centro de Estudos. *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Cássio Schubsky Coordenação editorial e texto. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 78.

de 25 de agosto de 2015 (LOPGE-SP). Atualmente, suas funções são mais afeitas à redação legislativa¹³, tendo como desafio ultrapassar a monografia legislativa para prestar advocacia de Estado junto ao Poder Legislativo. Isso possibilitará aperfeiçoar pela via legislativa a ordem jurídica e a própria sustentação do Estado Democrático de Direito, eis que no Poder Legislativo está a base para a construção de normas que inovem a ordem jurídica, sem agredi-la, criando a segurança jurídica almejada pelo Estado e sua coletividade.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Complementar Estadual nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, ao estruturar organicamente a Procuradoria Geral do Estado (PGE) como órgão central do sistema de Advocacia de Estado, trouxe também previsão normativa importante no que toca às suas funções institucionais:

Art. 2º - São funções institucionais da Advocacia de Estado:

[...]

VII - desenvolver a advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais e contribuir para o aprimoramento institucional da administração pública, inclusive mediante a elaboração de projetos de lei e de outros diplomas normativos;

A previsão normativa da Lei Orgânica da PGE gaúcha coaduna com nosso posicionamento no sentido de fortalecimento da Advocacia de Estado por meio de atuação proativa no Poder Legislativo, seja na proposição

13 Silva Filho, Derly Barreto e., *in: A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro*, p. 22 disserta que: *A função de assessoramento técnico-legislativo que cabia à ATL paulista, na seara da produção normativa, adstringia-se, fundamentalmente, à nomografia, isto é, à redação de leis, especificamente na fase de finalização dos respectivos projetos, mas não na de ideação legislativa. Hoje, as tarefas cometidas à ATL não diferem substancialmente daquelas previstas há quase 70 (setenta) anos* As atribuições da Assessoria Técnica Legislativa estão previstas no Decreto n.º 61.038, de 01 de janeiro de 2015, com redação no Decreto n.º 62.105, de 13 de julho de 2016, ainda regulamentações por Resoluções do Procurador Geral do Estado. Denota-se dessa redação estreita vinculação da referida Assessoria com o Poder Executivo Estadual. Isto, em nosso assentir, apequena a Advocacia Pública, função essencial que é, aos interesses do governante no exercício do mandato que lhe é outorgado. A superação desse modelo é aqui defendida, o que implica, logicamente, a própria mudança estrutural desses órgãos da Advocacia Pública, cujos integrantes não podem exercer função meramente comissionada ao talante da autoridade nomeante, o que incompatibiliza a construção de uma Advocacia de Estado, interessada tão somente na defesa da ordem jurídica, social e econômica para a sociedade que apresenta para a promoção do interesse público.

de lei junto ao Poder ou autoridade proponente, seja no acompanhamento do processo legislativo para curadoria jurídica do trâmite dos atos típicos dos parlamentos, fortificando assim o Estado Democrático de Direito.

Para instrumentalizar o exercício das funções previstas na citada lei gaúcha, foi criado junto ao Sistema de Advocacia de Estado, entre outros órgãos, a designação de agentes setoriais com a incumbência de coordenar os serviços de natureza jurídica nos demais órgãos integrantes do sistema. Todavia, ressalva-se que a lei previu que a designação deve ser feita com a oitiva do dirigente máximo do órgão envolvido¹⁴, o que, não se duvide, pode retirar a independência necessária ao advogado público para exercer o seu mister, a defesa enfática do interesse público – primário e secundário – envolvido. Todavia, em flagrante inconstitucionalidade frente ao artigo 132 da CRFB/1988, o parágrafo único do artigo 4º da Lei Orgânica da PGE gaúcha previu que o agente setorial do sistema de advocacia pode recair em advogado não integrante da carreira de Procurador do Estado.¹⁵

Em que pese a previsão normativa ser do ano de 2002, a efetiva designação de Procurador do Estado do Rio Grande do Sul para atuar junto ao Poder Legislativo somente ocorreu em fins de abril de 2018, para atuar junto à liderança de governo, o que, não nos parece, ter sido o objetivo do legislador¹⁶.

8. Do imperativo constitucional de curadoria da legislação infraconstitucional pela Advocacia Pública

Em sede de defesa objetiva da integridade da Constituição, o constituinte originário de 1988, conferiu uma especial função à Advocacia Pública, conforme o que dispõe o art. 103, § 3º, CRFB/1988, *verbis*:

14 Rio Grande do Sul, Art. 4º, III, da Lei Estadual nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002: agentes setoriais, incumbidos da coordenação dos serviços de natureza jurídica nos órgãos integrantes do Sistema, os quais serão designados pelo Procurador-Geral do Estado dentre Procuradores do Estado, ouvidos os dirigentes máximos dos respectivos órgãos (Vide art. 4º da Lei nº 13.116/08).

15 Parágrafo único - Em circunstâncias especiais, a juízo do Procurador-Geral do Estado, ouvido o Conselho Superior, a designação de agente setorial de que trata o inciso III poderá recair em advogado não integrante da carreira de Procurador do Estado. (Vide art. 4º da Lei nº 13.116/08)

16 <http://www.pge.rs.gov.br/procuradoria-geral-do-estado-e-homenageada-em-grande-expediente-da-assembleia-legislativa>. Acesso em: 18/06/2018.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Com isso, em norma reproduzida também nas Constituições Estaduais, com atribuição aos respectivos chefes dos órgãos estaduais da advocacia pública¹⁷, foi conferido *múnus* ao Advogado-Geral da União, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de curador da presunção de constitucionalidade da lei, *defensor legis*, das normas infraconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, na interpretação do referido dispositivo, evoluiu sua jurisprudência ao longo do tempo, no que tange à abrangência da defesa da norma por parte do Advogado-Geral da União. Se na ADI 72, julgada em 22 de março de 1990, assentada a indeclinabilidade da defesa da lei ou ato normativo impugnado, não se admitindo o posicionamento pelo AGU de invalidade da norma impugnada, abrandou-se tal entendimento na ADI 1.616, julgada em 24 de maio de 2001. Assim, nesse julgamento assentou-se que o AGU não seria obrigado ao constrangimento de defender tese jurídica cujo entendimento do STF já foi fixado pela inconstitucionalidade. Em outra evolução jurisprudencial, em questão de ordem na ADI 3.916, julgada em 7 de outubro de 2009, a Corte conferiu interpretação sistemática que, em nosso entender, converge a advocacia pública a sua função essencial à justiça de advocacia de Estado.

Neste julgado, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, a Suprema Corte entendeu que o AGU tem o direito de manifestação, na medida da argumentação que lhe parecer mais adequada, como constou do voto da Ministra Carmen Lúcia, o que significa que não deve ser necessariamente a favor da lei, mas na defesa da Constituição, não se concebendo que para a defesa de lei menor seja obrigado à agressão a Lei Maior.

17 A título de exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo no artigo 90, § 2º: *Quando o Tribunal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado, a quem caberá defender, no que couber, o ato ou o texto impugnado.*

Embora em julgamentos posteriores nas ADI(s) 2.376, 2.906, 3.674 e 4.983¹⁸, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, voto vencido na citada ADI 3.916, o STF tenha retomado sua antiga tese da ADI 72, certo que o posicionamento institucional dos órgãos de Advocacia Pública vêm se consagrando pelo afastamento da rígida defesa do texto impugnado quando houver, de fato, ofensa à Constituição.

De fato, o constituinte alçou ao chefe do órgão da Advocacia Pública a função de exercer o contraditório quando o ato legislativo é impugnado. Contudo, como uma das funções essenciais à Justiça, mais que o mero exercício de atribuição de chefia, enquanto advogado de Estado, cabe ao defensor a posição de curador da ordem jurídica da Constituição Federal, estadual ou lei orgânica a que deve juramento, *custus constitutionis*, para promoção do interesse público do ente (não do governante).

Em verdade, a previsão do constituinte originário de 1988 no art. 103, § 3º, também reproduzida nas constituições estaduais, vem ao encontro da tese de exercício de advocacia de Estado pelos advogados públicos, não restrita ao mero assessoramento jurídico do Poder Executivo ou ao contencioso judicial. À Advocacia Pública, qualificada como função essencial à Justiça, deve exercer o seu mister em todos os Poderes do Estado, exercendo, no âmbito de uma administração pública dialógica, assessoramento de juridicidade ao legislador, para possibilitar o nascimento de normas lúdicas, a serem incorporadas ao ordenamento jurídico.

Ora, se o constituinte de 1988 outorgou ao Chefe do órgão de Advocacia Pública, a curadoria da norma, entendida em uma concepção moderna como *custus constitutionis*, é porque almejou atuação de advogados de Estado junto aos Parlamentos. O exercício de advocacia preventiva pelo advogado público no âmbito parlamentar deve ter o fito de propiciar a criação qualitativa do direito, para que as normas dali nascidas não sofram maiores impugnações ou, uma vez impugnadas, seja declarada a sua constitucionalidade, o que reforça a representatividade necessária para a

18 Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do art. 103 do Diploma Maior, incumbe ao advogado-geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade [ADI 4.983, rel. min. Marco Aurélio, j. 6-10-2016, P, DJE de 27-4-2017], extraído de <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>. Acesso em: 20/06/2018.

estabilidade do Estado Democrático de Direito, amenizando a própria crise sofrida no atual contexto da federação brasileira. Uma advocacia voltada para a defesa de interesses de Estado nas casas legislativas reforça a concretização de valores constitucionais, pela via política e representativa.

Ainda, o advogado público, deve estimular o Parlamento, enquanto poder estatal precipuamente encarregado pela criação da norma, exercer fielmente e com a agilidade exigida pela sociedade que representa, à ação normatizadora que lhe é inerente, pois as constantes retrações, sejam do Poder Legislativo e também do Poder Executivo, acarretam o ativismo judicial, enfraquecendo a democracia tanto na sua dimensão representativa quanto deliberativa.

Caso brasileiro recente, reforça a necessidade da atuação de advocacia de Estado junto ao Parlamento, a fim de que não se produzam normas que, ao fim, ridicularizem o Estado, em todas as suas acepções de poderes. Trata-se do caso da distribuição compulsória da fosfoetanolamina, conhecida como “pílula do câncer”. Após a divulgação em programa televisivo de abrangência nacional, houve judicialização intensa do assunto, sobretudo, decisões em antecipação de tutela compelindo o Poder Executivo acionado ao fornecimento, ainda que ausentes qualquer evidência clínica comprobatória da eficácia ou mesmo registro do medicamento perante a ANVISA. Na esteira disso, não se demorou a surgir iniciativa parlamentar a tornar caráter geral a produção e o uso do fármaco, o que ocorreu por força da Lei Federal nº 13.269, sancionada em 13 de abril de 2016. Acionado o Supremo Tribunal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade pela Associação Médica Brasileira, deferiu medida liminar na ADI nº 5501, por maioria de votos, para suspender a eficácia do ato normativo. Como medida acauteladora, entendeu a Suprema Corte que o legislador substituiu um juízo essencialmente técnico-administrativo da Agência Vigilância Sanitária por um juízo político, baseado em razões de ordem metafísica ou fundado em suposições sem base em evidências científicas, que poderia colocar em vida em risco à vida e a dignidade da pessoa humana. Em consequência, a expectativa de aplicação da norma pela população e o seu afastamento pelo Poder Judiciário, discussões jurídicas à parte, contribuiu para maior descrédito do Poder Legislativo diante da coletividade, à guisa da votação da lei sem a busca de maiores consensos técnico-médicos, jurídicos, de observância do resguardo à saúde da população.

Nesta senda, a luz do art. 103, § 3º, CRFB/1988, uma efetiva atuação preventiva da Advocacia-Geral da União, nos moldes defendidos, deveria ter orientado aos senhores parlamentares no campo político da nefasta consequência prática do risco da aplicação concreta de tal ato normativo. De um lado à violação jurídica a preceitos constitucionais era nítida, contudo, havia um clamor social desejoso do tratamento, ainda a própria necessidade pessoal de protagonismo político parlamentar. O caso exigia a necessária ponderação entre o direito e a política diante das consequências práticas que o fornecimento do medicamento sem evidências científicas de cura da doença poderia acarretar aos pacientes usuários. Espaço próprio para o exercício de conciliação entre o direito (juridicidade) e os campos fáticos da política, a ser mediado por uma advocacia preventiva no âmbito parlamentar, por meio do advogado público, concretizando a advocacia de Estado, ou seja, a atuar sem interesses próprios na interligação desses conflitos, para ao fim atingir o melhor interesse público primário e secundário.

Mediante este exemplo, compreende-se que se o constituinte originário outorgou a função de *custus constitutionis* aos chefes dos órgãos de Advocacia Pública, no caso federal ao Advogado-Geral da União e, no caso dos Estados-membros, norma reproduzida aos Procuradores-Gerais dos Estados, quando a norma é impugnada tendo como parâmetro as constituições estaduais, nada impede a atuação prévia do advogado público no campo legislativo. Isso porque cabendo ao chefe do órgão a defesa da norma impugnada, a participação institucional anterior na fase de construção legislativa dá respaldo a eventual defesa posteriormente necessária.

9. Conclusão

Na delimitação dos espaços das funções essenciais à justiça, a Advocacia Pública, inicialmente, focada na assessoria jurídica e advocacia contenciosa do Poder Executivo, enfrenta transformações na interpretação constitucional sob o ponto de vista de sua atuação que a exigem postura proativa na defesa de interesses de Estado, de forma a concretizar os princípios constitucionais da Administração Pública.

Novidades legislativas colocados à disposição, a própria evolução jurisprudencial nesses 30 (trinta) anos após a promulgação da

CRFB/1988, exigem posturas ativas da Advocacia Pública, pois a mera atividade burocrática não está à altura da estatura constitucional conferida. Para tanto, é necessária efetiva assunção de novas funções, sem de forma alguma ofender a Constituição, sendo que é o Poder Legislativo um dos espaços ideais para o exercício de novas posturas. Hoje ofuscado pelas suas omissões, representa a diversidade do tecido social, sendo a Advocacia Pública instituição elo entre todos os Poderes de Estado e a própria sociedade, dada a características de sua atuação.

Outrossim, justificativas de índole constitucional, como o artigo 103, § 3º, CRFB/1988 respaldam a curadoria prévia de juridicidade da Advocacia Pública enquanto órgão de advocacia de Estado, ainda na fase da gênese legislativa. Com a legitimidade que é ínsita ao Poder Legislativo, a Advocacia Pública no âmbito de uma administração que dialogue com os demais poderes estatais e com a própria sociedade, deve ampliar seu campo de atuação natural, para efetivamente auxiliar o legislador na criação de direito constitucional e democrático, em defesa dos interesses de Estado, reduzindo assim as tensões do tecido social complexo em que se vive.

10. Referências bibliográficas

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Editora Juspodvm, 8. ed. Salvador, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>]. Acesso em: maio 2018.

DIAS, Francisco Mauro. *A advocacia pública nos poderes legislativos*. Rev. Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n.6, jul/dez, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B. Câmara de; GARCIA, Flávio Amaral. *O Futuro da Advocacia Pública: A*

Ação Preventiva e Proativa. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n.7. p. 11-36, 2016. Disponível em: [<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcao-PreventivaeProativa.pdf>]. Acesso em: 08/06/2018.

GODOY, Mayr. *A criação da lei: sistema jurídico, competências, processo, técnica, controle prévio*. São Paulo: LEUD, 2016.

KALABAIDE, Miguel Adolfo. A impossibilidade de controle de ponto na Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba: PGE, 2017, v. 8, p. 163-179, 2017. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/revista_2017/Aimpossibilidade-decontrolepontonaAdvocaciaPublica.pdf]. Acesso em: 03/06/2018.

LENZA PEDRO. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Centro de Estudos. *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Cássio Schubsky – Coordenação editorial e texto – São Paulo. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 37, n. 78, p. 9-52, jul-dez/2016. Disponível em: [<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154227-revista-pge-78-1.pdf>]

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO ADMINISTRADOR NA DISSOLUÇÃO SOCIETÁRIA IRREGULAR E OS REQUISITOS PARA O REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO FISCAL: JURISPRUDÊNCIA ANTIGA, DIVERGÊNCIA ATUAL

Alcione Benedita de Lima¹

Resumo: O presente trabalho, após apresentar um conceito geral de responsável tributário, calcado na doutrina e nas disposições do Código Tributário Nacional², e revisitar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do cabimento do redirecionamento do feito executivo fiscal ao sócio administrador em caso de dissolução societária irregular frente a literalidade do art. 135, inc. III, do CTN, tratará, em particular, dessa específica hipótese de sujeição passiva tributária, decompondo o comando normativo contido naquele dispositivo legal, com o objetivo de apresentar uma proposta de solução da divergência atualmente existente entre Turmas do STJ, concernente aos requisitos para o aludido redirecionamento, que seja coerente com a antiga jurisprudência firmada por aquele Tribunal Superior.

-
- 1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.
 - 2 BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

Palavras-chave: Processo do trabalho; Embargos; Recurso extraordinário.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Considerações conceituais; 3 – Da norma configuradora da responsabilidade tributária dos sócios-administradores no caso de dissolução societária irregular frente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 4 – Da divergência atual entre turmas do Superior Tribunal de Justiça quanto aos requisitos necessários para o redirecionamento da execução fiscal; 5 – Das considerações conclusivas: uma proposta de solução da divergência apresentada coerente com a própria jurisprudência do STJ; 6 – Referências bibliográficas.

1. Introdução

A responsabilidade tributária, considerada em seus amplos termos, configura tema de elevado interesse, tanto na seara acadêmica, quanto no campo pragmático, especialmente porque, não tendo a Constituição da República exaurido sua disciplina, coube ao legislador infraconstitucional regular a matéria, o que, diante da generalidade das regras contidas nos artigos 121, parágrafo único, inc. II, e 128, ambos do Código Tributário Nacional, acaba por exigir um esforço intelectual daquele que pretende trilhar na busca da correta interpretação e aplicação da norma tributária, mediante a fixação das balizas norteadoras da sujeição passiva de terceiros não contribuintes à luz dos princípios e normas constitucionais que fundamentam o sistema tributário nacional.

De outro turno, a responsabilidade dos sócios pelos débitos tributários da pessoa jurídica que administram, em particular, tal qual prevista no art. 135, inc. III, do *Codex* Tributário, sempre foi objeto de intensos debates, sobretudo no âmbito dos executivos fiscais, em razão do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica inerente às relações empresariais.

Extrapolando o interesse acadêmico que referidas discussões suscitam, as controvérsias concernentes à responsabilidade tributária do sócio-administrador e ao vínculo que une o Fisco ao terceiro designado pela lei como responsável ecoaram no Poder Judiciário, levando o Superior Tribunal de Justiça a firmar algumas teses afetas ao assunto em comento e pacificar o entendimento no sentido da responsabilização tributária dos sócios-gerentes por débitos outrora devidos pela empresa quando agirem com excesso de poderes, infração à lei, ao estatuto ou ao contrato social.

Nesse compasso, em sendo efetivamente viável demandar os sócios administradores por dívidas tributárias das pessoas jurídicas em decorrência de conduta irregular posterior à ocorrência do fato gerador das obrigações tributárias perseguidas pelo Fisco, ganha destaque uma outra controvérsia atualmente instalada no próprio Superior Tribunal de Justiça, atinente aos requisitos necessários para o redirecionamento da ação executiva fiscal aos sócios-administradores fundado na dissolução irregular da empresa executada.

Tal embate gira em torno da necessidade ou não da cumulação de dois requisitos para dito redirecionamento, quais sejam: ser o sócio-gerente demandado integrante do quadro societário da empresa executada não só no momento da dissolução irregular da pessoa jurídica, mas também à época da ocorrência do fato gerador do tributo em cobro, havendo julgados do Superior Tribunal de Justiça – corte constitucionalmente competente para interpretar, definitivamente, lei federal –, em um e em outro sentidos.

Nesse contexto, o presente artigo, após discorrer sobre o conceito de responsável tributário, retomará o fundamento legal do entendimento do STJ que permite o redirecionamento do feito executivo ao sócio-gerente da empresa em caso de dissolução societária irregular, para tratar especificamente da responsabilidade tributária dos sócios dotados de poderes de administração, com supedâneo no art. 135, inc. III, do CTN, a fim de propor uma solução da divergência antes mencionada que seja coerente com a jurisprudência há muito firmada por aquele Tribunal Superior a respeito da possibilidade de responsabilização dessas pessoas em casos tais.

2. Considerações conceituais

O responsável tributário, figura que se reveste, ao lado do contribuinte, da qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária é, nos termos do art. 121, parágrafo único, inc. II, do Código Tributário Nacional, a pessoa que, não tendo relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador, está obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária por expressa disposição legal.

Diz, ainda, o *Codex* tributário, em seu art. 128, que, sem prejuízo do contido no capítulo daquele diploma legislativo, que tem por objeto

o sujeito passivo da obrigação tributária, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, com exclusão (ou não) do contribuinte da sujeição passiva.

Partindo-se dessas premissas normativas, e sem descurar que a Constituição da República, ao fixar a competência de cada ente político tributante, deixou a cargo do legislador infraconstitucional a definição da obrigação tributária e dos sujeitos integrantes da relação jurídico-tributária, e, ainda, que o Código Tributário Nacional, lei ordinária recepcionada pela Constituição da República de 1988³ com *status* de lei complementar, estabelece as normas gerais sobre o tema, à vista do disposto no art. 146, inc. III, *b*, da CRFB/88, serão a seguir expostos alguns conceitos doutrinários de responsável tributário para o fim de se estabelecer, com precisão, a definição a ser adotada no presente artigo, consentânea com o sistema jurídico brasileiro.

Conforme ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho⁴, ao delinear a regra-matriz de incidência tributária, o legislador escolhe um sujeito, segundo sua direta e pessoal participação no aspecto material da norma, tornando-o integrante do conseqüente tributário, na qualidade de sujeito passivo, como contribuinte, ou, então, um terceiro, que, embora participe do fato descrito na hipótese tributária, relaciona-se apenas indiretamente com o fato jurídico tributário, denominando-o responsável supletivamente pelo adimplemento da prestação – terceiro esse que, no dizer daquele mestre, seria o “autêntico responsável”. Todavia, conforme assevera o aludido doutrinador, hipótese outra há em que, em momento pré-legislativo, o contribuinte é excluído da relação jurídico-tributária, impondo-se ao denominado “responsável” a qualidade de sujeito passivo da obrigação. Em ambos os casos, porém, ter-se-ia uma relação obrigacional tributária, na medida em que os sujeitos passivos foram retirados do *interior da realidade objetiva descrita no suposto da regra-matriz*. Ainda segundo ensinamentos do citado mestre, situação diversa àquelas adrede mencionadas dá-se quando o legislador, para

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 234/236.

além dos limites do suporte fático tributário, escolhe pessoa estranha àquele evento para figurar como responsável pela prestação tributária, supletiva ou exclusivamente, caso em que, porém, as relações jurídicas, por serem externas à situação jurídica tributária, teriam a natureza de sanção administrativa.

Para Maria Rita Ferragut⁵, sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica, privada ou pública, detentora de personalidade, e de quem juridicamente exige-se o cumprimento da prestação, a qual obrigatoriamente constará do polo passivo da relação jurídica-tributária, não se confundindo, porém, com aquele que tem aptidão para suportar o ônus fiscal. E em razão do disposto no art. 121 do CTN, prossegue a mencionada professora, enquanto o contribuinte é a pessoa que realiza o fato jurídico tributário e que, cumulativamente, figura no polo passivo da relação obrigacional, o responsável é o sujeito que não pratica o evento descrito no fato jurídico tributário e que dispõe de meios para ressarcir-se do tributo pago por fato de terceiro ou, no caso da responsabilidade decorrente de norma primária sancionadora, por ser um sujeito que, apesar de não ter praticado o fato jurídico tributário, cometeu o ilícito tipificado na lei como gerador da responsabilidade tributária, ocupando, em qualquer dos casos, o polo passivo da relação jurídica tributária.

Sacha Calmon Navarro Coêlho⁶, por sua vez, leciona que o sujeito passivo é o contribuinte quando ele próprio realiza o fato gerador da obrigação tributária e responsável quando, apesar de não ter realizado o fato gerador da obrigação tributária, a lei a ele impõe o dever de satisfazer o crédito tributário, o que pode se dar por substituição àquele que naturalmente deveria ser o contribuinte ou, então, por transferência do dever de pagar o tributo outrora imputado ao contribuinte que não pode ou não deve satisfazer a prestação.

Já dos ensinamentos de Leandro Paulsen⁷, fundados em estudo de doutrina estrangeira, depreende-se que, em seu entender, o responsável

5 FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 33/34 e 39.

6 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 600/601.

7 PAULSEN, Leandro. *Responsabilidade e Substituição Tributárias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 62.

tributário é a pessoa não contribuinte designada em lei que, por se encontrar em situação que lhe permita a prática ou abstenção de determinados atos úteis à administração tributária por obstem ou mitigarem a evasão e o inadimplemento pelo contribuinte ou facilitarem a fiscalização, assim o façam, sob pena de responder com seu próprio patrimônio pela satisfação do tributo devido pelo contribuinte.

Com fulcro nas diversas lições e concepções acima expostas, pode-se, desde logo, ressaltar algumas conclusões conceituais introdutórias: enquanto o sujeito qualificado como contribuinte é aquele que, além de integrar o polo passivo da relação obrigacional tributária, realiza, direta e faticamente, o evento abstratamente descrito na hipótese de incidência da regra-matriz tributária, o responsável tributário é aquele outro que, ou terá uma relação apenas indireta com o fato jurídico tributário previsto no antecedente normativo da regra-matriz da incidência tributária ou, apesar de não ter qualquer relação com esse fato jurídico tributário, é qualificado como tal pela lei. Além disso, digno de nota é o fato de que essa responsabilidade tributária pode fundar-se tanto em um ato lícito quanto em um ato ilícito.

Vale salientar, outrossim, que, a respeito da natureza jurídica da responsabilidade em estudo, compartilhamos do entendimento de Maria Rita Ferragut⁸, para quem a norma de responsabilidade sempre será tributária, pois, além de se submeter ao regime jurídico tributário e de ter um antecedente lícito ou ilícito que não se confunde com fato gerador ilícito, define uma relação jurídica que tem objeto obrigação de pagar tributo, sendo que eventual pagamento tem o condão de extinguir o crédito tributário.

Fixadas essas conclusões preliminares, e sem perder de vista as premissas normativas antes referidas, mostra-se conveniente avançar no raciocínio para se perquirir acerca dos limites a que eventualmente o legislador infraconstitucional está submetido na eleição de um terceiro como responsável tributário.

8 FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*, p. 59.

De início, voltemos ao disposto no art. 128 do Código Tributário Nacional, que, como já ressaltado, é norma geral a regular o tema da responsabilidade tributária.

Esse dispositivo é claro no sentido de que, sem prejuízo do disposto no capítulo daquele *Codex* atinente à responsabilidade tributária, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, *desde que vinculada ao fato gerador da obrigação tributária*.

Portanto, consoante determina o CTN, eventual lei ordinária do ente tributante somente poderá criar nova hipótese de responsabilidade tributária se o terceiro qualificado como responsável tributário mantiver um vínculo com o fato jurídico tributário.

Mas, fazendo-se uma leitura sistemática do CTN, cabe rememorar que esse vínculo que o responsável tributário há de ter com o fato gerador da obrigação tributária a que alude o *Codex* tributário necessariamente será uma relação indireta, conforme se deduz do art. 121 do CTN, pois se direta for não mais será esse sujeito o responsável, mas sim o contribuinte ou, no máximo, o mero realizador do fato.

Vê-se, pois, que ao menos o legislador ordinário não está livre para eleger qualquer terceiro como responsável pelo tributo originado de fato de outrem, já que, inexoravelmente, esse sujeito deverá estar indiretamente relacionado ao fato gerador do tributo.

Isso posto, cabe agora tomarmos novamente o Código Tributário Nacional, que, repita-se, é norma geral sobre a matéria, para definir se o legislador complementar, ao traçar hipóteses de responsabilidade tributária, autolimitou-se no exercício da eleição do responsável da mesma forma com que dispôs em relação ao legislador ordinário.

De pronto, a resposta há de ser negativa. Basta um simples passar de olhos pelas proposições normativas constantes dos artigos 129 a 137 daquele Código para verificar que o CTN expressamente estatuiu casos em que o responsável eleito mantém um vínculo com o realizador do evento descrito na hipótese normativa do tributo, e não propriamente com o fato jurídico tributário.

Diante disso, com fulcro no direito posto pátrio e retomando as conclusões conceituais iniciais, pode-se afirmar que o responsável tributário é

o terceiro que, embora não pratique diretamente o fato jurídico tributário, é designado pela lei como sujeito passivo da relação jurídico-tributária estabelecida entre Fisco e responsável, seja por manter um vínculo, ainda que indireto, com o fato descrito na hipótese de incidência tributária, seja por possuir uma relação com o sujeito que praticou esse fato.

Todavia, ainda que a lei ordinária do ente tributante no exercício de sua competência constitucional para instituir o tributo possa estatuir outros casos de sujeição passiva do responsável, este necessariamente deverá ser um sujeito que mantenha ao menos uma relação indireta com o fato jurídico tributário da exação respectiva, restando, assim, ao CTN a regulação dos casos em que o fato gerador da responsabilidade tributária do terceiro assenta-se no vínculo mantido não com o fato jurídico tributário em si, mas com o sujeito realizador desse fato.

Fincados esses conceitos, passemos em revista a antiga jurisprudência do STJ acerca da responsabilização tributária dos sócios pelas dívidas das pessoas jurídicas que administram com o fim de localizar seu embasamento normativo.

3. Da norma configuradora da responsabilidade tributária dos sócios-administradores no caso de dissolução societária irregular frente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A responsabilidade tributária dos sócios pelos débitos tributários da pessoa jurídica é tema que há muito vem ensejando controvérsias na seara judicial, especialmente em razão de pedidos de redirecionamento da execução fiscal – originariamente ajuizada contra a empresa contribuinte – aos sócios da executada, exigindo o pronunciamento das cortes superiores quanto ao direito aplicável às relações jurídicas subjacentes para, dessa forma, desincumbirem-se de sua função constitucional de dirimir, definitivamente, as questões jurídicas postas à apreciação do Poder Judiciário.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou diversas teses jurídicas a respeito da matéria, inclusive sob a sistemática dos recursos repetitivos.

Para os estreitos limites do presente trabalho, vale ressaltar os entendimentos daquela corte superior sintetizados nos Enunciados de Sú-

mula de jurisprudência dominante nº 430⁹ e nº 435¹⁰, de cuja leitura se depreende que, segundo definido pelo STJ, embora o mero inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não seja capaz de gerar a responsabilidade *solidária* do sócio-gerente, a dissolução irregular da sociedade empresarial é fato legitimador do redirecionamento do feito executivo fiscal contra tal pessoa.

Igualmente relevante para este artigo é o Recurso Especial nº 1.101.728/SP¹¹, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, anteriormente à edição da Súmula nº 435, em que se consignou a pacífica jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade *subsidiária* do sócio, prevista no art. 135 do CTN, sendo indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa.

Nesse contexto, passemos a analisar mais detidamente os principais fundamentos que levaram à formação dessa jurisprudência, buscando contextualizá-los frente as prescrições constantes do CTN.

Primeiramente, no que tange ao entendimento jurisprudencial condensado no Enunciado Sumular nº 430, o Superior Tribunal de Justiça, segundo nos esclarece Renato Lopes Becho¹², trilhou no mesmo caminho dantes construído pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a ausência de tempestivo pagamento da obrigação tributária não poderia ser considerada infração à lei para o fim de responsabilização dos sócios,

9 O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. (Súmula 430, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 13/05/2010, RepDJe 20/05/2010). Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jun. 2016.

10 Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (Súmula 435, Primeira Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010). Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jun. 2016.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1101728/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/03/2009, DJe 23/03/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

12 BECHO, Renato Lopes. *Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135*, 1. ed. Saraiva, 2013. VitalSource Bookshelf Online, pp. 130/131.

pois, ao se admitir o contrário, os sócios sempre seriam responsáveis por todas as dívidas sociais, e não somente pelas tributárias, na medida em que o inadimplemento de qualquer obrigação constituiria infração à lei.

Com efeito, ao consultar o *site* da Corte Superior, mais especificamente seu repositório de Súmulas Anotadas, observa-se que são citados como precedentes para a edição dessa súmula os seguintes julgados: REsp nº 174.532/PR¹³, AgRg no REsp nº 586.020/MG¹⁴, REsp nº 573849/PR¹⁵, REsp nº 804.441/MG¹⁶, AgRg no Resp nº 952.762/SP¹⁷, AgRg no Ag nº 1.093.097/MS¹⁸, AgRg no Ag nº 1.247.879/PR¹⁹, AgRg no REsp nº 1.082.881/PB²⁰.

E da leitura desses julgados, depreende-se que a conclusão externada por aquele Tribunal assentou-se na interpretação do art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional, segundo o qual os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de

-
- 13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 174.532/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 18/06/2001, DJ 20/08/2001. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.
 - 14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 586.020/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/05/2004, DJ 31/05/2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.
 - 15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 573.849/PR, Rel. Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 20/10/2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.
 - 16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 804.441/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 16/08/2007, DJ 24/09/2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.
 - 17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 952.762/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 05/10/2007. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.
 - 18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1093097/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe 23/06/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.
 - 19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1247879/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 25/02/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.
 - 20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1082881/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 27/08/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

lei, contrato social ou estatutos, o que, segundo os Ministros, estaria a exigir algo mais do que a simples mora decorrente do inadimplemento do débito tributário pela pessoa jurídica como fato desencadeador da responsabilidade tributária dos sócios-gerentes.

Lado outro, da análise dos precedentes jurisprudenciais que levaram à edição da Súmula nº 435, conclui-se que a responsabilidade tributária decorrente da irregularidade da dissolução societária igualmente se fundamenta, no entender do STJ, no comando contido no art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional.

Deveras, em uma busca no sítio eletrônico daquela Corte, verifica-se que são citados como precedentes originários da súmula em comento os seguintes arestos: REsp nº 716.412/PR²¹, REsp 980.150/SP²² e REsp nº 1.017.732/RS²³.

Da leitura do inteiro teor dos votos condutores desses julgados, depreende-se que a questão a ser dirimida, qual seja, a caracterização ou não da dissolução irregular quando a empresa deixar de funcionar em seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, pressupõe a consagração do entendimento do STJ no sentido de que a irregularidade na dissolução societária implica a responsabilidade dos sócios-gerentes pelos débitos tributários da pessoa jurídica, que, por sua vez, tem como fundamento legal o disposto no art. 135, inc. III, do CTN.

Por elucidativo, impõe anotar que, no primeiro desses precedentes, os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 716.412/PR, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça foi expressa no sentido que:

[...] O sócio-gerente que deixa de manter atualizados os registros empresariais e comerciais, em especial quanto à localização da empresa e à sua dissolução, viola a lei (arts. 1.150 e 1.151, do CC, e arts. 1º, 2º e 32, da

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 716.412/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 12/09/2007, DJe 22/09/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 980.150/SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 12/05/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.017.732/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25/03/2008, DJe 07/04/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

Lei nº 8.934/1994, entre outros). A não-localização da empresa, em tais hipóteses, gera legítima presunção *iuris tantum* de dissolução irregular e, portanto, responsabilidade do gestor, nos termos do art. 135, III, do CTN, ressalvado o direito de contradita em Embargos à Execução. [...]

Já no REsp nº 1.017.732/RS, a eminente Ministra Relatora Eliana Calmon consignou em seu voto que o art. 127 do *Codex* tributário impõe ao contribuinte, como obrigação acessória, o dever de informar à Fazenda o seu domicílio tributário, de sorte que, deixando de funcionar em seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, presume-se irregularmente dissolvida a empresa, impondo, por conseguinte, a responsabilização do sócio-gerente, a qual somente será afastada caso este comprove não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, ou ainda, que efetivamente não tenha ocorrido a dissolução irregular.

Por fim, a leitura da ementa do já mencionado Recurso Especial nº 1.101.728/SP, bem como dos precedentes que nortearam o seu julgamento, o qual se deu sob a sistemática dos recursos repetitivos, igualmente demonstra que a conclusão acerca do descabimento de responsabilização do sócio na execução fiscal diante de simples mora no pagamento do tributo repousa na interpretação conferida ao art. 135, inc. III, do CTN.

De tudo quanto o exposto, conclui-se que, segundo a jurisprudência unânime do STJ, de uma conduta do sócio-gerente, posterior ao fato jurídico realizado pela pessoa jurídica que ensejara a incidência tributária – no caso, o encerramento das atividades empresariais sem o cumprimento das obrigações correspondentes –, exsurge a responsabilidade dessas pessoas físicas pelo pagamento do tributo originariamente devido pela empresa que administram, com fulcro no art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional.

Embora no aludido Recurso Especial nº 1.101.728/SP haja referência simplesmente a *sócios*, evidente que o mencionado *leading case* deve ser interpretado à vista do disposto no aludido art. 135, inc. III, do CTN, que restringe a responsabilização aos sócios dotados de poderes de gestão ou representação da sociedade, ou, nos dizeres do STJ, aos sócios-gerentes.

Feita essa ressalva e retomando, em linhas gerais, o conceito de responsável tributário adotado no início deste trabalho, depreende-se que, na hipótese em apreço, o sócio dotado de poderes de administração é qualificado como responsável tributário por ser um terceiro que, embora

não tenha praticado diretamente o fato jurídico-tributário, é designado pela lei como sujeito passivo de uma relação jurídica tributária por possuir um vínculo com o sujeito realizador desse fato.

Não obstante, em termos específicos, para além da controvérsia acerca da espécie de responsabilidade que o art. 135, inc. III, do CTN alberga (pessoal, solidária ou subsidiária), a subsunção do caso em estudo à norma nele contida, conforme delineada pela corte superior, tem sido objeto de críticas doutrinárias²⁴, especialmente porque o texto legal prevê que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são *pessoalmente* responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias *resultantes* de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Parece-nos que referida crítica baseia-se na ideia de que a obrigação tributária a que faz menção o dispositivo legal decorre da regra-matriz de incidência tributária e tem por objeto o pagamento de tributo que, ordinariamente, seria devido pela pessoa jurídica realizadora do fato jurídico tributário, mas que é desde logo exigido do responsável, que se torna o único sujeito passivo da relação obrigacional tributária em razão de sua conduta infracional. Haveria, segundo esse raciocínio, em momento pré-legislativo, a inclusão do responsável como o único e exclusivo sujeito passivo, com a exclusão do contribuinte do polo passivo da relação obrigacional derivada do fato jurídico tributário realizado pela sociedade empresarial.

Uma outra leitura, porém, pode ser feita do entendimento do Superior Tribunal de Justiça frente a literalidade do art. 135 do CTN, a partir de momento em que se vislumbra nesse dispositivo a referência a duas regras-matrizes, a da incidência tributária e a da responsabilidade tributária. Expliquemos.

Consoante ensinamentos de Leandro Paulsen²⁵, assentados em doutrina espanhola, enquanto o fato jurídico tributário tem como

24 Nesse sentido: BECHO, Renato Lopes. *Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135*, pp. 145/146; FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*, p. 142.

25 PAULSEN, Leandro. *Responsabilidade e Substituição Tributárias*, pp. 239/240.

pressuposto a obrigação do contribuinte de pagar tributo, a responsabilidade tributária exsurge de pressuposto fático próprio, que, embora dependente do tributo, dele é autônomo, devendo, necessariamente, retratar uma posição jurídica do terceiro que lhe permita interferir sobre o devedor para que este efetue o pagamento do débito tributário.

O instituto da responsabilidade, prossegue o eminente doutrinador²⁶, pressupõe a prescrição de um dever de colaboração para com a Fazenda, consubstanciado em um fazer ou não fazer, sendo que a responsabilidade propriamente dita somente surge em razão da infração a esse dever formal acrescida do dano derivado da falta de pagamento do tributo pelo contribuinte, trazendo como consequência o dever de o responsável pagar quantia equivalente ao tributo de que não é contribuinte ou de responder com seu próprio patrimônio para a satisfação do débito tributário de outrem, funcionando o responsável como garante dessa satisfação.

Maria Rita Ferragut²⁷, de seu turno, esclarece que a obrigação do responsável de pagar, com recursos próprios, tributo derivado de fato realizado pela pessoa jurídica decorre de norma tributária primária sancionadora, que visa a evitar e punir a má-gestão empresarial que prejudique as atividades sociais, os sócios, os acionistas e o interesse público. Nesse sentido, a norma de responsabilização descreve em seu antecedente o descumprimento de uma conduta do próprio responsável e prescreve em seu consequente a obrigação desse sujeito de entregar ao Estado um montante correspondente ao tributo originariamente devido pelo contribuinte.

Dos ensinamentos acima expostos, resta evidente que a relação jurídico-tributária de incidência, que é uma relação contributiva e que tem por objeto o pagamento do tributo e como sujeito passivo o contribuinte, é distinta da relação jurídico-tributária subsequente de responsabilidade, que tem por objeto o adimplemento de tributo alheio e como sujeito passivo o responsável tributário, sendo que cada qual pos-

26 PAULSEN, Leandro. *Responsabilidade e Substituição Tributárias*, pp. 240/242.

27 FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*, pp. 48 e 59.

sui pressupostos fáticos distintos: a primeira, o fato jurídico tributário; a segunda, o fato específico da responsabilidade tributária.

A propósito, cabe salientar que essa distinção foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, sob o regime de repercussão geral, do Recurso Extraordinário nº 562.276/PR²⁸, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie. Por esclarecedora, confira-se a ementa do aludido aresto, na parte em que interessa ao presente estudo:

[...] 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Person*e, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a *contrario sensu*, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte. 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade. [...]

Isso posto, retomando o art. 135, inc. III, do CTN, segundo o qual são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pode-se afirmar que a obrigação

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 562.276, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, Repercussão Geral – Mérito, publicado em 10/02/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28562276%2E+OU+562276%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&curl=http://tinyurl.com/kztbae4>. Acesso em: 18 jun. 2016.

tributária a que faz menção o texto legal é o dever de pagar tributo outrora devido pelo contribuinte, dever esse que resulta de ato praticado com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos (fato próprio desencadeador da relação Fisco-terceiro, distinto do fato jurídico da incidência do tributo do qual resulta a relação Fisco-contribuinte), tem como sujeito ativo o ente tributante e como sujeito passivo aquelas pessoas nele listadas, que, por possuírem um vínculo com o contribuinte realizador do fato jurídico tributário e disporem de poderes de administração, são responsabilizadas por terem descumprido dever formal de colaboração para com o Fisco, concorrendo para o inadimplemento do débito tributário.

Disso se conclui que a jurisprudência do STJ antes mencionada mostra-se alinhada não apenas com a definição geral de responsável tributário adotada neste trabalho, mas também com a previsão específica de responsabilidade constante do art. 135, inc. III, do CTN, pois reputa que da dissolução irregular da empresa, vale dizer, do encerramento das atividades empresariais sem o cumprimento das obrigações correspondentes (fato próprio e distinto do fato jurídico tributário, consubstanciado em uma infração legal posterior ao fato impositivo) exsurge a responsabilidade tributária do sócio dotado de poderes de administração ou representação pelo pagamento de débito tributário da empresa contribuinte em relação à qual, justamente por dispor desses poderes, poderia ter influído para o adimplemento do débito.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que, ao menos no que tange à específica hipótese de responsabilidade tributária objeto deste artigo, a divergência quanto ao tipo de responsabilidade, se subsidiária, solidária ou pessoal do terceiro responsável, acaba por perder relevância, pois o sócio infrator, dotado de poderes de administração ou representação, pelo fato de sua responsabilidade fundar-se em fato próprio, posterior ao fato jurídico do tributo, será sempre pessoalmente responsável pelo adimplemento do tributo inicialmente devido pela empresa contribuinte, embora eventual pagamento posteriormente por esta realizado em nome próprio – assim como o pagamento efetuado pelo responsável –, tenha o condão de extinguir o crédito tributário, já que a empresa não deixa de ser contribuinte tão somente pela ocorrência do fato subsequente ensejador da relação jurídico-tributária da responsabilidade do terceiro.

4. Da divergência atual entre turmas do Superior Tribunal de Justiça quanto aos requisitos necessários para o redirecionamento da execução fiscal

Demonstrados os respaldos legal e jurisprudencial para demandar os sócios-administradores por dívidas tributárias das pessoas jurídicas em decorrência de conduta irregular posterior à ocorrência do fato gerador das obrigações tributárias perseguidas pelo Fisco, cabe trazer à discussão uma outra controvérsia afeta ao tema, que, como pontuado na introdução do presente trabalho, instalou-se no Superior Tribunal de Justiça, qual seja, aquela pertinente aos requisitos ensejadores do redirecionamento da ação executiva fiscal aos sócios-administradores em razão da dissolução irregular da empresa executada.

O aludido conflito gira em torno da necessidade ou não da cumulação de dois requisitos para dito redirecionamento, a saber: ser o sócio demandado integrante do quadro societário da empresa executada não somente no momento da dissolução irregular da pessoa jurídica, mas também à época da ocorrência do fato gerador do tributo perseguido, havendo julgados daquela Corte Superior em ambos os sentidos (citem-se, e.g., REsp nº 1.585.915, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, julgado monocraticamente por meio de decisão publicada em 07.04.16; AREsp nº 836.839, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado por meio de decisão monocrática publicada em 14.03.16; AgInt no AREsp 868622/SC, de relatoria da Desembargadora Convocada do TRF da 3ª Região Diva Malerbi, julgado pela 2ª Turma do STJ, por meio de acórdão publicado em 19.04.16; AgRg no REsp 1530483/SP, de relatoria do Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região Olindo Menezes, julgado pela 1ª Turma do STJ, por meio de acórdão publicado em 31.08.2015²⁹).

Sem pretensão de esgotar a análise da jurisprudência do STJ acerca da matéria, tentaremos identificar mais pormenorizadamente os fundamentos de cada um desses entendimentos.

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponíveis em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

No AgRg no REsp 1.530.483/SP³⁰, de relatoria do Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região Olindo Menezes, julgado pela Primeira Turma do STJ, por exemplo, há menção à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, segundo afirma o Ministro Relator, teria definido as seguintes premissas para o redirecionamento da execução fiscal ao sócio, em razão de dissolução irregular da empresa: a respectiva permanência no quadro societário ao tempo da dissolução e a impossibilidade de o redirecionamento alcançar os créditos cujos fatos geradores sejam anteriores ao ingresso do sócio na sociedade.

Em relação à primeira dessas premissas, evidente que, em sendo o sócio-administrador o realizador do fato ensejador dessa responsabilidade tributária (dissolução irregular da empresa), sua permanência no quadro societário ao tempo da dissolução irregular é imperativo lógico da deflagração da norma de responsabilização, havendo de se fazer apenas a ressalva quanto à necessidade de o sócio ser dotado de poderes de administração ou representação, à vista do disposto no art. 135, inc. III, do CTN.

Já no que tange ao segundo requisito, o aludido julgado faz menção ao AgRg no REsp nº 1.497.599/SP, que, por sua vez, cita como precedente o REsp. 1.217.467/RS, que tem como precedentes o AgRg no REsp 1.140.372/SP e o AgRg no Ag 1.105.993/RJ, os quais remontam a outros precedentes, podendo ser citados, por elucidativos, os EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.009.997/SC.

Da leitura das razões esposadas por aquela Corte Superior quando do julgamento dos mencionados EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.009.997/SC³¹, verifica-se que, além da permanência do sócio na administração da empresa no momento da ocorrência da dissolução irregular, seria necessário demonstrar, antes, que aquele responsável pela dissolução tivesse sido, simultaneamente, o detentor da gerência na oportunidade do vencimento do tributo.

30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1530483/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 20/08/2015, DJe 31/08/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.009.997/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

E isso porque, no entender do STJ:

[...] É que só se dirá responsável o sócio que, tendo poderes para tanto, não pagou o tributo (daí exigir-se seja demonstrada a detenção de gerência no momento do vencimento do débito) e que, ademais, conscientemente optou pela irregular dissolução da sociedade (por isso, também exigível a prova da permanência no momento da dissolução irregular). [...]

Digno de nota, ainda, o julgamento do AgRg no Ag 1.105.993/RJ³², em que ficou consignado o entendimento do STJ no sentido de que a dissolução irregular da sociedade autorizaria o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente da sociedade à época do fato gerador, mesmo que ele não mais integrasse o quadro societário quando da dissolução societária, entendimento esse, porém, que restou afastado com o julgamento do embargos de divergência³³ opostos em face daquele julgado, por meio dos quais a Primeira Seção daquele Tribunal Superior pacificou a tese de que o redirecionamento da execução fiscal, na hipótese de dissolução irregular da sociedade, pressupõe a permanência do sócio na administração da empresa ao tempo da ocorrência da dissolução, na medida em que a responsabilidade pessoal do administrador em casos tais não decorre tão somente da ausência de pagamento do débito tributário, mas da própria dissolução irregular.

De outro turno, no AgInt no AREsp 868.622/SC³⁴, de relatoria da Desembargadora Convocada do TRF da 3ª Região Diva Malerbi, por exemplo, a Segunda Turma do STJ assentou que, por ocasião da apreciação do REsp nº 1.520.257/SP, firmara o entendimento de que o redirecionamento da execução fiscal, no caso de dissolução irregular da sociedade ou de sua presunção, deveria recair sobre o sócio-gerente que se encontrasse no comando da entidade à época da dissolução irregular ou da ocorrência de ato que presumisse a sua ocorrência, nos termos da

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1.105.993/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 1.105.993/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Primeira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 01/02/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 868.622/SC, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 18 jun. 2016.

Súmula nº 435/STJ, sendo irrelevantes a data do surgimento da obrigação tributária e o vencimento do respectivo débito fiscal.

Cabe destacar que, quando do julgamento do referido REsp nº 1.520.257/SP³⁵, o então Ministro Relator propôs a alteração da jurisprudência anteriormente mencionada, para o fim de definir a irrelevância da exigência de o sócio-gerente à época da dissolução irregular da empresa ou de sua presunção também ter sido sócio-gerente no momento da ocorrência do fato gerador do débito em cobro, pois, no entender daquela Corte Superior, além do mero inadimplemento da obrigação tributária não ser capaz de ensejar a responsabilidade tributária do sócio dotado de poderes de administração ou representação, o fato desencadeador da responsabilidade prevista no art. 135, inc. III, do CTN seria posterior à ocorrência do fato jurídico do tributo.

A fim de que não parem dúvidas acerca do posicionamento externado pelo STJ, transcrevem-se os excertos daquele voto no que interessa à presente exposição:

[...] Assim, de acordo com as orientações jurisprudenciais supramencionadas, tem-se que (i) o mero inadimplemento do débito fiscal não se enquadra na hipótese do art. 135, III, do CTN para fins de redirecionamento da execução ao sócio-gerente; (ii) a dissolução irregular da sociedade inclui-se no conceito de “infração à lei” previsto no art. 135, *caput*, do CTN; e (iii) a certificação, no sentido de que a sociedade deixou de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, gera presunção de dissolução irregular apta a atrair a incidência do art. 135, III, do CTN para redirecionar a execução ao sócio-gerente.

Com base nas conclusões de cada item, é possível afirmar com bastante segurança que:

a) a transferência de responsabilidade pelos créditos tributários não se processa pelo seu mero inadimplemento, e sim pela ocorrência de uma das hipóteses constantes do art. 135, *caput*, do CTN (excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos). Tal compreensão deságua na lógica de que a data da ocorrência do fato gerador ou

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.520.257/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 23/06/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

do vencimento da obrigação tributária, à luz de referido dispositivo, em nada influenciam na determinação da responsabilidade tributária, pois o que interessa é a ocorrência do ‘ilícito’ administrativo/tributário (excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos); e b) a ocorrência de dissolução irregular da sociedade ou de sua presunção (Súmula 435/STJ) inclui-se no conceito de infração de lei, autorizando o redirecionamento da execução fiscal tributária àquele sócio-gerente responsável pelo ato que culminou no encerramento das atividades empresariais em desacordo com a legislação empresarial ou na presunção de sua ocorrência. Assim, a responsabilidade tributária deve recair sobre aquele que deu ensejo à dissolução irregular ou a sua presunção que, sem sombra de dúvidas, corresponde ao sócio-gerente que, na oportunidade, estava no comando da entidade, independentemente da data do fato gerador da obrigação tributária ou do vencimento do débito fiscal correspondente.

Desse modo, propõe-se a mudança de orientação jurisprudencial para definir que o redirecionamento da execução fiscal, na hipótese de dissolução irregular da sociedade ou de sua presunção, deve recair sobre o sócio-gerente que se encontrava no comando da entidade quando da dissolução irregular ou da ocorrência de ato que presume a sua materialização, nos termos da Súmula 435/STJ, sendo irrelevantes a data do surgimento da obrigação tributária (fato gerador) bem como o vencimento do respectivo débito fiscal.

É certo que vozes podem surgir no sentido de que a adoção de referida tese abriria margem para que sociedades alterassem a direção social para, na sequência, proceder à dissolução irregular, e com isso afastar a responsabilidade dos sócios-gerentes anteriores.

Registre-se, de pronto, que a alteração social realizada em obediência à legislação civil e empresarial não merece reparo. Contudo, se as instâncias ordinárias, na hipótese acima descrita, constatarem, à luz do contexto fático-probatório, que referida alteração ocorreu com o fim específico de lesar a Administração Tributária – o Fisco, não restam dúvidas de que essa conduta corresponderá à infração de lei, já que eivada de vícios por pretender afastar a aplicação da legislação tributária que disciplina a responsabilidade pelo débito nos termos do art. 135 do CTN.

Tal circunstância admitirá, portanto, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente, mesmo que não constante do quadro societário ou da respectiva gerência quando da dissolução irregular ou da prática de ato apto a presumir a sua ocorrência, nos termos da Súmula 435/STJ. [...]

Portanto, para além de dispensar o requisito atinente ao exercício da função de sócio-administrador no momento da ocorrência do fato jurídico tributário, já que suficiente para o redirecionamento da ação executiva fiscal ser o sócio-gerente integrante do comando societário na época da dissolução irregular, independentemente da data da incidência da regra-matriz do tributo, a Segunda Turma do STJ, coerentemente ao raciocínio esposado no voto condutor supratranscrito, entende possível até mesmo a responsabilização do sócio-gerente que não mais integra o quadro societário à época da dissolução irregular da empresa ou de sua presunção caso reste comprovado que a alteração societária visou tão somente a afastar a legislação tributária atinente à responsabilidade prevista no art. 135, inc. III, do *Codex Tributário*.

5. Das considerações conclusivas: uma proposta de solução da divergência apresentada coerente com a própria jurisprudência do STJ

Analisados os fundamentos ensejadores da atual divergência existente na jurisprudência do STJ em relação aos requisitos para o redirecionamento do feito executivo fiscal aos sócios-gerentes no caso de dissolução societária irregular, passamos a propor uma solução adequada ao dever de manutenção de coerência da jurisprudência do Tribunal, expressamente positivado no art. 926 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente³⁶.

Retomando a exposição anteriormente delineada, vale rememorar que a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, se, por um lado, a ausência de tempestivo pagamento da obrigação tributária não pode ser considerada infração à lei para o fim de responsabilização dos sócios, de outro, a dissolução irregular da sociedade empresarial ou sua presunção é fato legitimador do redirecionamento do feito executivo fiscal em que se persegue débito tributário da pessoa jurídica contra os sócios dotados de poderes de administração ou representação.

E, como visto, essa possibilidade de responsabilização do sócio dotado de poderes de administração ou representação mostra-se consentâ-

³⁶ BRASIL. Lei nº13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

nea não apenas com a definição geral de responsável tributário adotada neste trabalho, mas também com a previsão específica de responsabilidade constante do art. 135, inc. III, do CTN, a partir do momento em que se vislumbra nessa proposição normativa a existência de duas regras-matrizes: a da incidência tributária e a da responsabilização tributária, o que, aliás, encontra respaldo em precedente firmado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, ao se considerar que a relação jurídico-tributária de incidência – relação contributiva, que tem como pressuposto o fato jurídico tributário, por objeto o pagamento do tributo e como sujeito passivo o contribuinte –, é diversa da relação jurídico-tributária subsequente de responsabilidade, que tem como pressuposto o fato específico da responsabilidade tributária, por objeto o adimplemento de tributo alheio e como sujeito passivo o responsável tributário, torna-se plenamente possível o redirecionamento do feito executivo aos sócios dotados de poderes de administração ou de representação, com supedâneo no aludido dispositivo, pela dissolução irregular da empresa, fato necessariamente posterior à ocorrência do fato tributário impositivo.

E se assim o é, ou seja, se o fato desencadeador da responsabilização dos sócios-gerentes é necessariamente posterior ao fato gerador do tributo, evidente a inadequação da limitação dessa responsabilidade aos sócios integrantes do quadro social à época da incidência tributária, já que isso implicaria uma indevida confusão entre os distintos pressupostos fáticos das duas normas tributárias em comento.

Destarte, a única forma possível de o Superior Tribunal de Justiça manter sua jurisprudência coerente é afastar a exigência de o sócio-gerente responsável pela dissolução irregular ter figurado como tal também no momento do fato jurídico do tributo, permitindo, porém, eventual redirecionamento ao sócio-administrador à época do fato gerador, ainda que não mais constante do quadro societário no momento da dissolução irregular, caso ocorrida a alteração societária com o único fim de se subtrair à responsabilidade prevista no art. 135, inc. III, do CTN, na esteira do assentado por aquela Corte quando do julgamento do REsp nº 1.520.257/SP.

Afinal, o fato desencadeador da responsabilidade tributária dos sócios dotados de poderes de administração ou de representação não é o mero inadimplemento do tributo, conforme há muito pacificado pela jurisprudência daquela Corte Superior, mas sim a infração à lei, ao con-

trato social ou ao estatuto ou, ainda, a atuação que extrapole seus poderes, o que, no caso da dissolução societária irregular, dá-se em momento necessariamente posterior à incidência tributária.

Nesse sentido, aguardemos o desfecho do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 1.530.483/SP, por meio dos quais a Primeira Seção daquele Tribunal Superior deverá encerrar definitivamente a divergência exposta, esperamos que de forma coerente com sua própria jurisprudência, em atenção ao dever hoje expressamente positivado no Código de Processo Civil.

6. Referências bibliográficas

BECHO, Renato Lopes. *Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135*, 1. ed. Saraiva, 10/2013. VitalSource Bookshelf Online.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. *Lei nº 5.172* de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>.

BRASIL. *Lei nº 13.105* de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

PAULSEN, Leandro. *Responsabilidade e Substituição Tributárias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FREIOS E CONTRAPESOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Beatriz Meneghel Chagas Camargo¹

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar se os freios e contrapesos, tal qual estabelecidos na Constituição Federal de 1988, asseguram o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Os mecanismos de freios e contrapesos, assim como a separação dos poderes, foram concebidos com o intuito de, ao conter o abuso dos titulares dos poderes, assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos. Questão que se coloca neste estudo é se a forma como distribuídos tais instrumentos de controle recíproco entre os três Poderes, na Constituição Federal de 1988, permitem, de fato, um equilíbrio entre eles.

Palavras-chave: Freios e contrapesos; Supremacia; Poder Judiciário; Controle.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Freios e contrapesos: Histórico e considerações sobre a terminologia; 3 – Freios e contrapesos na CF/1988: Considerações gerais; 3.1 – Quadro comparativo dos freios e contrapesos na CF/1988; 4 – Considerações acerca do desequilíbrio entre os freios e contrapesos na CF/1988 e a supremacia do Poder Judiciário; 4.1 – A origem do desequilíbrio e a atual realidade brasileira; 5 – Conclusão; 6 – Referências bibliográficas.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Introdução

A concepção do exercício do poder político dividido entre órgãos diversos teve como objetivo, desde a sua primeira aparição, a contenção de seu abuso, impedindo que permanecesse nas mãos de um só indivíduo ou de um só grupo.

Os objetivos buscados quando da teorização da separação dos poderes não diferem daqueles almejados quando da concepção dos mecanismos de freios e contrapesos, que nada mais são do que um aprimoramento da concepção inicial da separação dos poderes. Os freios e contrapesos estabeleceram, além da mera divisão de funções entre diferentes órgãos estatais, mecanismos de controles recíprocos entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, de um modo geral, pode-se afirmar que tanto a separação de poderes quanto os mecanismos de freios e contrapesos não são um fim em si mesmos, mas apenas um meio de resguardar as liberdades e os direitos daqueles que vivem sob esse poder.

A distribuição de atribuições e dever-poder entre os 3 (três) órgãos que representam as funções estatais na Constituição Federal deve, pois, revestir-se de equilíbrio (harmonia), de modo que nenhum poder se sobreponha aos demais. Os controles exercidos devem criar condições para que as decisões fundamentais sejam tomadas de forma ponderada. Somente assim o escopo inicial da teoria da separação dos poderes e dos freios e contrapesos pode ser mantido íntegro e fiel à sua concepção original.

Feitas tais considerações, a questão que se coloca neste estudo é a seguinte: a distribuição dos freios e contrapesos na Constituição Federal de 1988 enseja uma situação de equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário? Vale dizer, a finalidade inicial, quando da concepção da separação de poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, de criar um equilíbrio entre os três Poderes, está sendo atendida na redação atual da Constituição Federal?

2. Freios e contrapesos: Histórico e considerações sobre a terminologia

Embora o tema deste trabalho passe pela análise dos freios e contrapesos na Constituição de 1988, pareceu importante tecer algumas consi-

derações acerca da teoria da separação dos poderes, pois os mecanismos de freios e contrapesos têm seu germe nesta, sem a qual não teriam sido idealizados, conforme já se afirmou adrede.

A título elucidativo, cabe frisar que, a despeito da utilização da terminologia “separação de poderes”, sabe-se que o poder político ou poder estatal é uno e indivisível.

Assim, a separação de poderes nada mais é do que a atribuição de desempenho de parcelas de poder, uno e indivisível, a diferentes órgãos. Trata-se, ao final, de desconcentração *sui generis* do poder (já que as funções passam a ser exercidas por órgãos independentes), sem que deixe de ser uno.

Procedendo-se à pequena digressão histórica, é imprescindível anotar que, num primeiro momento, tanto em Licurgo como em Aristóteles, surge a noção de divisão de poderes entre as diversas estratificações sociais, o que Nuno Piçarra conceituou como “constituição mista”.² Tal divisão de poder entre as diferentes camadas sociais seria o germe que mais tarde desenvolveria a separação de poderes entre os diversos órgãos que compõem o Estado.

Nuno Piçarra, ao tratar do tema, afirma ser, na visão de Aristóteles, a melhor Constituição aquela que resulta da *mistura da forma de governo dos ricos – oligarquia – com a forma de governo dos pobres e das pessoas pouco afortunadas – democracia*,³ de modo que, somente assim, com um poder formado pela pluralidade social, seria possível a existência de uma boa forma de governo.

Já a separação dos poderes, da forma como concebida hoje, reflete a noção de divisão de órgãos que compõem o poder uno e indivisível aos quais são atribuídas as diversas funções do Estado, é dizer, há uma gama de atribuições estatais – distinção material das funções – que são atribuídas a diferentes órgãos ou grupos de órgãos representativos do Estado, com vistas à manutenção de um equilíbrio entre eles.

Tal concepção construiu-se ao longo da história e surgiu em vista da necessidade de se assegurar o direito à liberdade dos cidadãos em face

2 PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

3 *Ibidem*. p. 34.

da máquina estatal, evitando-se o abuso por parte dos governantes,⁴ estreitamente associada à ideia do *rule of law*. Tais ideias, embora já existentes no pensamento de Aristóteles,⁵ foram consolidadas e aprimoradas pelos autores iluministas, sobretudo por Locke⁶ e Montesquieu.⁷

A teoria dos freios e contrapesos nada mais é do que um aprimoramento da divisão de poderes, com o mesmo intuito de evitar os abusos que pudessem ser cometidos por seus titulares.

É difícil precisar quando houve o surgimento dos mecanismos de freios e contrapesos. Embora se atribua aos norte-americanos o mérito de tê-los integrado à Constituição de 1787, após a publicação dos artigos que compõem *O Federalista*, já se via alguns traços desses mecanismos em Montesquieu.

Com efeito, Montesquieu, além de identificar a existência de três Poderes, foi mais longe, antecipando a teoria dos *checks and balances* ao mencionar a necessidade de controle de um poder sobre o outro. Identificou que a manutenção pela mesma pessoa ou pelo mesmo órgão (“corpo de magistratura”,⁸ na redação original) das atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo retira a liberdade do cidadão, pois o mesmo titular do poder que cria leis, pode executá-las e essas podem ser tirânicas. Com o intuito de estabelecer mecanismos de controles recíprocos entres esses dois Poderes, Montesquieu menciona a participação do Poder Executivo na elaboração da legislação por meio do direito de veto,⁹ bem como a possibilidade de o próprio Legislativo examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas (controle sobre

4 Eduardo Garcia de Enterría afirma que a divisão dos poderes foi concebida como técnica operativa de limitação do poder, para garantia da liberdade. (ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1988, p.45).

5 ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2009.

6 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

7 MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. São Paulo: Abril, 1973.

8 “O mesmo corpo de magistratura tem, como executor das leis, todo o poder que, como legislador, ele se atribuiu. Pode devastar o Estado com suas vontades ferais e, como possui também poder de julgar, pode destruir cada cidadão por suas vontades particulares” (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*, p. 157).

9 “O Poder Executivo, como o dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas” (MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*, p. 161).

o Poder Executivo) e, inclusive, exercer controle sobre si próprio, por meio da existência de duas partes legislativas separadas, as quais teriam a faculdade de impedir uma a outra.¹⁰

Antes, ainda, de os ideais de Montesquieu tornarem-se públicos, Bolingbroke teria elaborado alguns trabalhos decisivos, como a *Dissertation upon Parties* (1734) e a *Idea of a Patriot King* (1738), utilizando-se, pela primeira vez, de expressões como “freios recíprocos”, “controles recíprocos”, “retenções”, “reservas recíprocas”, que foram essenciais para a construção da concepção do tríplice contrapeso e do *equilibrium of powers*,¹¹ sendo, por isso, considerado por Schmitt como o autor da doutrina do equilíbrio dos poderes.

Além da digressão histórica sobre os freios e contrapesos, cabe indagar sobre a origem da terminologia “freios e contrapesos”. Apesar de as duas expressões serem utilizadas sempre de forma conjunta, parece interessante indagar sobre a origem de cada uma delas, separadamente.

Nesse aspecto, notável trabalho foi realizado por David Womersely,¹² que procedeu a um profundo estudo histórico dos textos que tratam do tema. Segundo o autor do artigo *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*, a terminologia *check and balances* foi utilizada

10 “O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisaria a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será por sua vez, pelo Poder Legislativo” (*Ibidem*). (MONTESQUIEU. De L'Esprit des Loix. São Paulo: Abril, 1973, p. 161).

11 FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios gerais de direito constitucional moderno. 5.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1971. t. II, p. 118.

Nuno Piçarra também nos dá notícia das palavras de Bolingbroke, ao citar sua obra *The Craftman*, vol. III, p. 85 e 87: “A dependência constitucional [...] consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. [...]. Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência” (PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 86).

12 WOMERSELY, David. *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1727>>. Acesso: 27 nov. 2016.

bem antes de serem publicados os artigos de *O Federalista*, demonstrando que tanto *checks* como *balances* são noções bem mais densas do que a forma como hoje são apresentadas.¹³

Das duas expressões, *balances*, traduzida para o português como “contrapesos”, seria a mais antiga e foi utilizada pela primeira vez por Políbio, ao citar Licurgo, quando mencionou a necessidade de que entre o rei e o povo houvesse um Senado, que equilibraria os poderes entre os dois opostos. A ideia inicial, portanto, de equilíbrio e de balança dos poderes, parece ter origem na mesma ideia que concebeu a necessidade de equilibrar o poder entre as diversas forças sociais, é dizer, na ideia de “constituição mista”, supra referida.¹⁴

Trazendo tal conceito, mais tarde, para dentro da concepção tripartite do Poder, com uma divisão orgânica do poder e não social (entre estratificações, como prega a constituição mista), o conceito de *balances* estaria atrelado à ideia de um poder equilibrado entre as três funções, legislativa, judiciária e executiva, de modo que, ainda que em certos casos determinada função se sobreponha a outra, por conta dos *balances* (contrapesos), a balança tripartite de poderes não se desequilibraria.

13 O autor do texto dá notícia de que os Representantes do *New Model Army* alegaram que as Forças Armadas eram um *check and balance* em 1647. Nedham escreveu a expressão *balance or check* em 1654; Toland usou a expressão *check and balance* em 1701; e o Governador Morris também o fez em 1776. Contudo, a frase realmente veio a se popularizar em 1787, por John Adams, na abertura das páginas do *Defence of the Constitutions of the United States*. No mesmo ano, tanto John Brooks quanto Noah Webster usaram a expressão *checks and balances*; e *balances and checks* e ela também apareceu no *O Federalista* naquele inverno.

14 No mesmo sentido, afirmam Eduardo Cambi e Diego Nassif, ao asseverarem que: “Mesmo que Montesquieu seja o nome mais lembrado em relação à noção de separação de poderes, teria sido Políbio, na sua leitura sobre o governo de Licurgo, o primeiro a relatar a ideia de equilíbrio tensional entre diferentes facções institucionais unidas sob uma mesma matriz governamental. Contudo, foram os iluministas que cuidaram de enriquecer as metáforas do discurso político-filosófico da Antiguidade com o raciocínio mecanicista vigente em meio aos séculos XVII e XVIII, criando uma nova linguagem política, pela qual se permitiu avançar para a dinâmica das relações de poder: – não só como a degeneração cíclica das formas puras, tal como referido por autores da antiguidade, mas internamente, nas formas mistas, elaboradas para se evitar tais degenerações e instituir um governo perpétuo.

Na sua origem suposta, com Licurgo, o governo misto previa apenas um contrapeso entre diferentes instâncias de decisão, um rei, um senado e uma assembleia, criando uma situação tensional cuja solução só seria obtida por meio do consenso. Políbio se utiliza da figura da galé com remadores em ambos os lados, criando um equilíbrio tensional que impulsiona a embarcação para frente – e não em círculos” (CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012).

Ainda, segundo Womersely, os *checks* podem ser representados, de acordo com a pesquisa histórica efetuada, por três conceitos distintos, porém próximos em suas concepções, sendo um deles (i) o impedimento de uma ação, um veto, vale dizer, a prerrogativa de neutralizar uma atitude tomada por outro poder; ou, conforme Bolingbroke, (ii) a possibilidade de exercer controle sobre outro poder, ou, ainda, (iii) a possibilidade de interromper ou retardar determinado ato a ser praticado por outro poder.

Por sua vez, a mais conhecida obra acerca do tema, *O Federalista*, debruçou-se especificamente sobre os mecanismos de freios e contrapesos no artigo 51 – *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*.

Ao fazer alusão à palavra *check*, traduzida como “freio”, associa-a à necessidade de se criar um arranjo institucional de forma que cada um dos poderes disponha de mecanismos que cumpram a função de um freio sobre determinadas atribuições de titularidade de outro poder, visando a evitar abusos. Tal teoria, de acordo com o artigo 51 de *O Federalista*, encontra fundamento na essência do ser humano, já que o homem tende a abusar do poder quando o tem; e, sendo o poder comandado por homens, deve-se lhe aplicar o mesmo raciocínio, impondo a cada um dos poderes, mecanismos que permitam evitar, reciprocamente, os abusos de cada um deles¹⁵. Daí a conclusão óbvia de que a estrutura

15 “O interesse do homem deve estar relacionado com os direitos constitucionais do lugar. Pode ser uma reflexão sobre a natureza humana que tais dispositivos devem ser necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, não seriam necessários controles externos ou internos sobre o governo. Ao enquadrar um governo que deve ser administrado pelos homens sobre os homens, a grande dificuldade reside nisso: primeiro você deve permitir ao governo controlar os governados; e em segundo lugar, obrigar-se a controlar-se. A dependência das pessoas é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo. Mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares.

Esta política que funciona à base de interesses opostos e rivais, a falta de melhores motivos, pode ser vista em outros campos de relacionamentos humanos, tanto na esfera privada, como na pública. Nós a vemos particularmente exposta em todas as distribuições subordinadas de poder, onde o objetivo constante é dividir e organizar vários escritórios de tal maneira que cada um possa ser um controle sobre o outro – que o interesse privado de cada indivíduo possa ser um sentinela sobre os direitos públicos. Essas invenções de prudência não podem ser menos necessárias na distribuição dos poderes supremos do Estado.” (tradução nossa).

“*The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the*

interna do governo deve ser tal que suas diversas partes constituintes possam, por suas relações mútuas, ser os instrumentos que mantenham cada uma delas em seus próprios lugares.¹⁶

Todavia, pondera o autor que, como não é possível dar a cada um dos Poderes armas de autodefesa de mesmo porte, é necessário distribuir, dentro do que for possível, a tomada de decisão por determinado Poder entre os demais Poderes, de modo a criar certa dependência entre eles. Tudo indica, da apreensão dessas ideias, que estes são os contrapesos.¹⁷

Karl Loewenstein, ao tratar do tema do controle político, também aponta para a diferença entre o que denomina “a distribuição do poder político” (contrapesos) e “o controle do poder político” (freio). Pelo primeiro, um ato político [...] *só será eficaz quando diversos detentores*

*abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions. This policy of supplying, by opposite and rival interests, the defect of better motives, might be traced through the whole system of human affairs, private as well as public. We see it particularly displayed in all the subordinate distributions of power, where the constant aim is to divide and arrange the several offices in such a manner as that each may be a check on the other—that the private interest of every individual may be a sentinel over the public rights. These inventions of prudence cannot be less requisite in the distribution of the supreme powers of the State” (MADISON James, *The Federalist*, n. 51, 1788, p. 268-269. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>>. Acesso: 03-out. 2017).*

16 MACHADO, Mario Bockmann. Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, Out.-Dez.1994.

17 “Mas não é possível dar a cada departamento um poder igual de autodefesa. No governo republicano, a autoridade legislativa predomina necessariamente. O remédio para esse inconveniente é dividir a legislatura em diferentes ramos; para torná-los, por diferentes modos de eleição e diferentes princípios de ação, tão pouco conectados entre si, como a natureza de suas funções comuns e sua dependência comum da sociedade [...]” (tradução nossa).

“But it is not possible to give to each department an equal power of self-defense. In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society (...)” (The Federalist, Madison, n. 51, 1788. Disponível em: < <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php> . Acesso: 03 out. 2017).

do poder participarem e cooperarem para sua realização,¹⁸ e aqui traz o exemplo da necessidade de aprovação do Senado de uma nomeação do presidente. Já o segundo seria técnica de controle de poder autônoma, vale dizer, que não depende da cooperação de outro poder, mas pode ser tomada de forma independente, impedindo a realização de um ato estatal, dá o exemplo do veto e controle de constitucionalidade das leis.¹⁹

Partindo das considerações *supra*, pode-se afirmar que os contrapesos seriam formas de contrabalancear, equilibrar as decisões de determinados poderes sobre determinados assuntos, dentro de suas competências, por meio da participação dos outros poderes na tomada dessa decisão, sem que tal medida tenha o condão de neutralizar a decisão, mas simplesmente de torná-la mais democrática (equilibrada). Já a prerrogativa de neutralizar determinado ato de um poder, sem a participação dos demais, estaria representada pelos freios.

Vale notar, ainda, que na visão de *O Federalista*, os mecanismos de *check and balances* previstos constitucionalmente eram suficientes entre os poderes Legislativo e Executivo, haja vista que o Poder Judiciário fora concebido como o guardião da Constituição e, bem por isso, como um poder neutro, que não apresentava potencial lesivo sobre os demais poderes. Assim, ao Poder Judiciário foram impostos poucos mecanismos de freios e contrapesos e muitos meios de defesa com relação aos demais, conforme se verifica no excerto a seguir, extraído do artigo 78 de *O Federalista*.

Quem considerar com atenção os diferentes poderes, deve reconhecer que nos governos, em que eles estão bem separados (os poderes), o *poder judiciário, pela mesma natureza de suas funções, é o menos temível para a constituição, porque é o que menos tem meios de atacá-la*. O poder executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública, o legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e deveres dos cidadãos; *porém o judiciário não dispõe da bolsa nem da espada, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem*

18 “sólo será eficaz cuando diversos detentadores del poder participan y cooperan em su realización” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1954, p. 69-70).

19 *Ibidem*.

vontade, *apenas lhe compete* juízo; e este só deve sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.

Já esta simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º que por isso mesmo não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resolução; 3º que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois.²⁰ (grifei)

Talvez, por influência desse pensamento, a Constituição de 1988 apresente poucos mecanismos de freios e contrapesos sobre o Poder Judiciário, gerando um desequilíbrio entre os três poderes, como se verá adiante.

3. Freios e contrapesos na CF/1988: Considerações gerais

A Constituição de 1988, “Cidadã”, como é chamada, restaurou a separação dos poderes e os mecanismos de freios e contrapesos, que haviam, em sua grande maioria, sido extintos quando da fase ditatorial.

Além de ter trazido um rol extenso de direitos fundamentais,²¹ inclusive alçando-os à condição de cláusula pétrea, previu dentro do Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, a separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, tornando-a imune a qualquer alteração, mesmo que por meio de emenda constitucional.

20 HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, Artigo 78, 1788. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>>. Acesso em: 03 out. 2017.

21 A despeito de o Título II da Constituição Federal tratar especificamente dos direitos e garantias fundamentais, contendo os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos, é possível encontrar direitos fundamentais em artigos esparsos na Constituição Federal, não pertencentes ao Título II. Tal possibilidade decorre da adoção do critério material para identificação dos direitos fundamentais. Isto é, em razão de determinadas características, os direitos fundamentais estariam espalhados pela Constituição Federal, ainda que não previstos no Título II. A uma, pois a própria Constituição Federal estabelece que os direitos ali arrolados não são exaustivos (art. 5º §2º, CF/1988). A duas, pois, de acordo com as lições de Vidal Serrano Nunes Júnior, a fundamentalidade dos direitos está imbricada às suas características materiais e não à sua localização topográfica na Constituição. O critério material permite a classificação de um direito como fundamental a partir da identificação de três valores em sua essência: a liberdade, a democracia política e a democracia econômico-social, todos eles derivados da dignidade da pessoa humana, ligados à inserção do indivíduo na sociedade. (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009)

A separação dos poderes, como já se teve a oportunidade de analisar, refere-se à distinção de funções do Estado exercidas por diferentes órgãos, para que não restem concentrados nas mãos de um só. Tal separação deve ser exercida observando-se, ao mesmo tempo, a independência e a harmonia entre eles.

A independência dos poderes significa que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, os seus titulares prescindem, para o desempenho de suas tarefas, da autorização dos demais. A independência confere, ainda, liberdade no desempenho das respectivas atribuições, havendo apenas necessidade de obediência às disposições constitucionais.

A harmonia entre os poderes pressupõe, além do respeito recíproco às atribuições dos demais,²² sem invadir-lhes a competência, a necessidade de que se relacionem dentro das interferências que a própria Constituição lhes impõe, como forma de estabelecer um sistema de freios e contrapesos. Embora a CF/1988 não faça referência expressa à terminologia “freios e contrapesos”, esse sistema está compreendido pela necessidade de relação harmônica que deve existir entre os poderes, conforme estabelece o art. 2º, e conforme disposto em diversos dispositivos constitucionais.

São oportunas as seguintes palavras de Joaquim Falcão ao comentar o art. 2º da Constituição Federal:

E o que se lhe vê é que o constituinte desenhou a estrutura institucional dos poderes de modo a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, mediante previsão de alto grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira. Mas tempera-o com a prescrição doutras

22 Apenas a título complementar, cabe informar que João Barbalho trata como freios e contrapesos outros meios de contenção de poder, com vistas à manutenção dos princípios da República (que refuta a máxima *the king can do no wrong*), que não somente aqueles existentes entre os três Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para o autor, são freios também, além dos existentes entre os poderes, o freio dos Estados aos excessos do Governo Federal, aqueles existentes dentro do próprio Poder Legislativo, exercidos entre a Câmara e o Senado, e aqueles exercidos pelo próprio povo que ensejam a renovação dos mandatos (cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. t. I, p. 560). Contudo, por ser o tema do estudo a demonstração de que, comparando-se os mecanismos de freios e contrapesos existentes entre os três poderes, o menos controlado é o Poder Judiciário, não pareceu interessante seguir tal classificação, mesmo porque nenhum freio popular é imposto ao Poder Judiciário em nosso sistema jurídico.

atribuições, muitas das quais de controle recíproco, e cujo conjunto forma, com as regras primárias, verdadeiro sistema de integração e cooperação, preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício do escopo último, que é a garantia da liberdade. Esse quadro normativo constitui expressão natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos. À Constituição repugna-lhe toda exegese que reduza a independência dos poderes a termos absolutos, os quais, aliás de todo estranhos aos teóricos de sua fórmula, seriam contraditórios com a ideia que a concebeu como instrumento político-liberal.²³

Assim, se é verdade que ao Poder Executivo cumpre aplicar a lei de ofício, ao Poder Legislativo, inaugurar o ordenamento jurídico por meio de atos gerais e abstratos, e ao Judiciário, julgar as lides com definitividade, não é menos verdade que devem exercer também suas funções atípicas, muitas delas com vistas à concretização da harmonia entre os três poderes.²⁴ Desse modo, para que a separação dos poderes seja mantida de forma harmônica, foi necessário prever diversos mecanismos, concretizadores da harmonia e equilíbrio dos poderes, chamados de freios e contrapesos.

Abaixo segue quadro resumido contendo o sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição de 1988, abrangendo cada um dos três poderes sob esse viés, lembrando que o povo, representado pelo Poder Constituinte originário, que culminou na promulgação da Constituição de 1988, é o maior e mais importante instrumento de controle a eventuais abusos cometidos pelos temporários titulares do poder.

Embora não se tenha encontrado, na doutrina pátria, diferenciação entre os mecanismos de freios e os mecanismos de contrapesos, pareceu importante, para efeito da sistematização dos freios e contrapesos presentes na Constituição de 1988, adotar os conceitos supramencionados.

23 FALCÃO, Joaquim. Separação de Poderes e a independência do Poder Judiciário, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 253-274, jan. 2006.

24 É importante notar que os mecanismos de freios e contrapesos podem configurar atividades atípicas dos poderes, sem que haja uma reciprocidade desta ideia, é dizer, há atividades atípicas que não configuram mecanismos de freios e contrapesos, a exemplo da atribuição inerente ao Poder Executivo de processar e julgar, como sói ocorrer no âmbito das agências reguladoras. Por outro lado, nem todos os mecanismos de freios e contrapesos configuram atividades atípicas. Como se verá adiante, a atividade típica do Poder Judiciário é exercer o controle sobre os atos produzidos pelos demais poderes.

Assim, dividir-se-á os mecanismos de controle recíprocos entre freios e contrapesos, sendo que a cada um atribuir-se-á um conceito diferente.

Por meio de freios quer-se significar mecanismos de neutralização, que outorguem a um determinado poder a possibilidade de parar uma ação de outro poder.

Por contrapesos, entender-se-á toda medida capaz de balancear uma ação, atitude, medida tomada por um poder, por meio da influência de outro(s) poder(es) na tomada de decisão, mediante a sua participação, porém, incapaz de sua neutralização.

Parece importante, ainda, esclarecer que tanto os freios como os contrapesos, partindo-se das definições acima, podem ser exercidos de forma direta, situação em que recairão sobre uma atividade típica de determinado poder, como de forma indireta, caso em que apenas terão efeitos sobre as atividades típicas de forma indireta.

3.1. Quadro comparativo dos freios e contrapesos na CF/1988²⁵

Sobre os Poderes	Freios exercidos pelos Poderes		
	Executivo	Legislativo	Judiciário
Executivo	X	Diretos 1. Neutralização de tomada de decisões no desempenho de funções típicas (e.g., autorização de declaração de guerra, intervenção federal, estado de sítio). 2. Neutralização de decisões no desempenho de funções atípicas pelo Poder Executivo (não conversão de MP em lei, controle da lei delegada).	Direto 1. Controle de constitucionalidade e de legalidade.

25 A classificação utilizada – freios e contrapesos diretos e indiretos – decorre, conforme já explicitado adrede, da forma como os mecanismos de freios e contrapesos foram estudados acima. Assim, os freios e contrapesos diretos incidem sobre as atividades típicas dos poderes; já os freios e contrapesos indiretos não incidem sobre a atividade típica desempenhada pelos poderes, porém, podem influenciá-la.

Freios exercidos pelos Poderes			
Sobre os Poderes	Executivo	Legislativo	Judiciário
		Indiretos 1. Controle financeiro 2. Comissão Parlamentar de Inquérito 3. Julgamento de crimes de responsabilidade (<i>impeachment</i>). 4. Fixação de subsídio do Presidente da República	
Legislativo	Direto 1. Veto	X	Direto 1. Controle de constitucionalidade
Judiciário	Direto 1. Indulto ou comutação de penas Indireto 1. Fixação de subsídio dos Ministros do STF	Direto 1. Concessão de anistia Indireto 2. Julgamento de crime infrações políticas dos Ministros do STF e membros do CNJ.	X

Contrapesos exercidos pelos Poderes			
Sobre os Poderes	Executivo	Legislativo	Judiciário
Executivo	X	Direto 1. Participação na tomada de decisões de funções típicas (Conselho da República, Defesa Nacional). Indireto 1. Autorização para julgamento de infrações penais. 2. Nomeação de autoridades (ex. Diretores de Agências Reguladoras)	Indireto 1. Participação da comissão de julgamento do <i>impeachment</i>

		Contrapesos exercidos pelos Poderes		
Sobre os Poderes	Executivo	Legislativo	Judiciário	
Legislativo	Diretos 1. Participação do processo legislativo (veto derrubado; sanção, promulgação, iniciativa) 2. Nomeação de autoridades (Tribunal de Contas)	X	X	
Judiciário	Indiretos 1. Participação no processo de nomeação de magistrados. 2. Fixação de subsídio dos Ministros do STF.	Indireto 1. Participação no processo de nomeação de magistrados	X	

4. Considerações acerca do desequilíbrio entre os freios e contrapesos na CF/1988 e a supremacia do Poder Judiciário

Da análise do quadro acima, verifica-se que as relações de controle existentes entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo são muito intensas, sobretudo no que concerne às atribuições típicas desses dois poderes; podendo-se dizer o mesmo com relação aos controles exercidos pelo Poder Judiciário sobre o Executivo e o Legislativo.

Com efeito, muitos são os mecanismos de freios e contrapesos previstos para os Poderes Executivo e Legislativo: infere-se que no Brasil esse sistema de controle mútuo é revelado, dentre outros, pelo controle exercido pelo Judiciário sobre a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos expedidos

pelo poder público, quando estes e aquelas ofenderem o texto magno. Quanto ao controle do Poder Executivo sobre o Legislativo, aquele pode vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público, e, de um modo geral, participar do processo legislativo. Já o Poder Legislativo põe em prática mecanismos de contenção ao fiscalizar e investigar os atos do Executivo, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários; bem como a possibilidade que tem esse Poder de rejeitar os vetos, de resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República com os Estados estrangeiros, de apreciar as indicações do Executivo para provimento de determinados cargos públicos e de julgar o *impeachment* do Presidente da República e dos Ministros de Estado quando conexos àquele.

Em contrapartida, percebe-se que o menos controlado, ou seja, aquele com relação ao qual a Constituição de 1988 estabeleceu meios menos efetivos de controle, por meio dos mecanismos de freios e contrapesos, é o Poder Judiciário.²⁶ Essa conclusão não advém, obviamente, de uma constatação quantitativa (número de controles exercidos), mas qualitativa, que tem como parâmetro a efetividade dos controles exercidos.

Nesse sentido, é perceptível que poucos são os mecanismos de contenção da atuação do Poder Judiciário: (i) nomeação de magistrados, que uma vez empossados, gozam da vitaliciedade, o que lhes dá total autonomia do exercício da função, imunes a ingerências políticas;²⁷

26 Justamente porque o tema do estudo são os controles exercidos por meio dos mecanismos de freios e contrapesos, deixa-se de mencionar, neste tópico, o controle da atividade judicial não enquadrável no conceito de freios e contrapesos. Sobre esse aspecto, Clémerson Merlin Clève menciona que são controles ao Poder Judiciário: o duplo grau de jurisdição, o princípio da publicidade e a fundamentação racional da decisão judicial (CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993).

27 A escolha, com aprovação do Senado Federal, da totalidade dos membros do Supremo Tribunal Federal; de 1/3 (um terço) dos membros do Superior Tribunal de Justiça e de 1/5 (um quinto) dos membros dos demais tribunais federais. Frise-se que a mera escolha dos membros dos Tribunais cumpre muito timidamente, a nosso ver, a função de contrapeso, em vista da garantia da vitaliciedade que é outorgada constitucionalmente aos membros da magistratura. Se alguma influência política pudesse ser atribuída ao Executivo na tomada de decisões pelo Judiciário, esta não duraria sequer um dia, eis que tais membros, uma vez nomeados e empossados, gozam automaticamente da vitaliciedade. E esta constitui, é forçoso admitir, forte e poderoso escudo contra a influência política.

(ii) o julgamento pelo Legislativo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros do CNJ por *impeachment*; (iii) a prerrogativa de que goza o Presidente da República de tão somente conceder o indulto ou comutar pena e o Poder Legislativo de conceder anistias; e (iv) a deliberação e sanção sobre os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, pois, que os freios e contrapesos impostos ao Poder Judiciário pelos demais Poderes o foram de maneira indireta, não havendo nenhum que seja exercido sobre as atribuições típicas do Poder Judiciário. O único que se revela sobre a atribuição típica é o de comutar penas e conceder indulto ou anistia, que abrange estreitíssima atividade (apenas criminal) dentre todas aquelas que o Poder Judiciário pode praticar.

O que se quer significar é que, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo sofrem controles indiretos e diretos, que incidem diretamente nas atribuições que lhes são típicas, *e.g.*, o veto sobre o projeto de lei deliberado pelo Congresso, que configura freio do Executivo à atividade de legislar típica do Legislativo, ou, ainda, todos os freios impostos ao Executivo pelo Legislativo quanto às atividades típicas de governo, como aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio e a declaração de guerra, o Poder Judiciário não sofre nenhum freio, direto ou indireto, sobre sua atividade típica de julgar, salvo a comutação de pena, concessão de indulto ou anistia, como visto, e, no que se refere aos contrapesos, apenas os sofre de maneira indireta.

A despeito de ser o menos controlado, goza da prerrogativa de controlar, por mecanismos de freios diretos, os atos dos Poderes Legislativo e Executivo em suas atividades típicas, controle este – de constitucionalidade e de legalidade – que é absoluto e definitivo, não havendo possibilidade de qualquer revisão externa dentro do território brasileiro da utilização desse mecanismo.

Parecem oportunas as palavras de Francisco de Sá Filho, ao referir-se ao Poder Judiciário, quando menciona que *o menos democrático dos poderes é o mais poupado pelos freios e contrapesos dos demais.*²⁸

28 SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1959, p. 290.

Portanto, a análise da distribuição constitucional dos freios e contrapesos impostos a todos os poderes revela, sem dúvida, um menor controle sobre o Poder Judiciário, comparativamente aos demais poderes.

4.1. A origem do desequilíbrio e a atual realidade brasileira

A distribuição desigual dos mecanismos de freios e contrapesos, gerando uma maior independência e supremacia do Poder Judiciário, pode ser explicada historicamente, como já exposto em alguns momentos neste trabalho.

Com efeito, quando da análise de excertos da obra *O Federalista*, percebeu-se que o Poder Judiciário, na concepção dos autores da obra, era o poder, dentre os outros dois, com menor potencial lesivo à Constituição e o mais neutro de todos eles.

A teoria de Montesquieu, acerca da tripartição de poderes, concebia o Poder Judiciário como mero repetidor da lei, poder invisível e insignificante, nas suas próprias palavras.²⁹

Ao visualizar neutralidade, invisibilidade e pequeno potencial lesivo à Constituição no Poder Judiciário comparativamente aos Poderes Executivo e Legislativo, a teoria clássica de divisão de poderes concebeu uma separação entre a Política e o Direito, e regulou a influência da primeira sobre o segundo, admitindo-a da seguinte forma: totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário.³⁰ Esse era o sentido da separação dos poderes: evitar o despotismo, que poderia facilmente ocorrer se aquele que aplicasse o direito pudesse tomar decisões influenciadas pela política. Assim, para justificar seu poder

29 MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. São Paulo: Abril, 1973. O Professor José Levi Mello do Amaral Júnior explica que, de acordo com a teoria sobre a separação dos poderes de Montesquieu, o Poder Judiciário se neutralizaria por si só, por duas razões. A primeira se refere à formação do Poder Judiciário, que deveria ser composto por pessoas extraídas do corpo do povo, pelo período necessário a determinado julgamento, possibilitando-se ao criminoso a participação, juntamente com a lei, dos juízes. A segunda se refere ao método decisório, que tem a lei como limite da interpretação, não havendo espaço para criação da decisão, o que traz segurança jurídica (AMARAL JR., José Levi Mello. Sobre a organização de Poderes em Montesquieu. Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de 'O espírito das Leis', *Revista dos Tribunais*, v. 868, p. 53-68, fev.2008).

30 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência; *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

de aplicar a lei, esta atividade deveria estar afastada da política, como forma de evitar o abuso de poder, tão reprimido por Montesquieu.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz afirma, inclusive, que a neutralização do Judiciário, seu caráter apartidário, foi pedra angular na caracterização do Estado de Direito burguês e dos sistemas políticos que se desenvolveram a partir de então, haja vista que o princípio da tripartição dos poderes e a estrutura complexa de comunicação entre as forças interligadas permitiram a superação do modelo absolutista.³¹

Esse distanciamento não se concebeu apenas politicamente, mas também ética e moralmente. Politicamente, o distanciamento se dá pela impossibilidade de o juiz, ao decidir um caso, distanciar-se da redação da lei. As Escolas Formalistas, sobretudo a Escola da Exegese, nascida na França, defendia que ao juiz não cabia criar a decisão, pois ela já estava contida no ordenamento jurídico, que era, na sua concepção, claro, completo e perfeito.³² Tais Escolas, com efeito, entendiam o produto da atividade legislativa como expressão maior da vontade do povo e que, justamente por possuir tal qualidade, não devia sofrer qualquer tipo de ingerência dos demais poderes, aqui incluído o Poder Judiciário, por meio da atividade decisória. A interpretação feita pelos juízes era vista com muita desconfiança, já que configurava meio de fazer transpassar suas próprias valorações (dos juízes), fazendo valer a vontade do Poder Judiciário em detrimento da vontade geral.

Ensina Max Moller, em *As dimensões do princípio da separação dos poderes*, que ao Poder Judiciário somente era possível fazer a operação de subsunção quando da aplicação da lei, já que vigia a consagração da supremacia legislativa cuja origem era a vontade do povo, sendo que qualquer interpretação feita pelo Poder Judiciário poderia equivaler ao desrespeito à vontade suprema da lei.³³ No mesmo sentido, José Adércio Leite Sampaio

31 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência; *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

32 Interessante informação foi obtida na obra de Mônica Sifuentes sobre o Código Civil Prussiano, que pretendia definir todas as relações jurídicas possíveis e continha pelo menos dezenove mil artigos, e era coroado por uma proibição de interpretação judicial (SIFUENTES, Mônica. *Símula vinculante*. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103).

33 MOLLER, Max. *As dimensões do princípio da separação dos poderes*. [S.l.s.n.]. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1291117691.pdf>. Acesso: 28-jun. 2016.

dá conhecimento de que, se houvesse qualquer dúvida quanto à letra da lei, não cabia ao Judiciário interpretá-la, mas submetê-la à interpretação do Legislativo, por meio do instrumento chamado *référé législatif*.³⁴

Portanto, na concepção da Escola da Exegese, quando as normas, fruto do legislativo racional, aglutinam-se, forma-se o código, que é a expressão suprema da razão social e jurídica, não havendo qualquer espaço para a criatividade judicial, sendo a atividade decisória mera operação de conhecimento das normas, que já existem em um estado de perfeição e completude no ordenamento jurídico.

Quanto ao distanciamento ético e moral, as ideias do positivismo jurídico, representado por Hans Kelsen, pregam que o direito válido é aquele posto pelo Estado, independentemente de seu conteúdo corresponder ou não ao conteúdo da moral e da ética (direito natural). Note-se, ainda, que o controle concentrado em sua origem, baseado nos ideais kelsenianos do positivismo jurídico, concebia o sistema jurídico como separado dos valores e, de um modo geral, dos ideais de justiça, e atribuía à Corte Constitucional o papel de guardião da Constituição com base nesses preceitos. Conforme ensina Jorge Octavio Lavocat Galvão, o órgão central e independente – Corte Constitucional –, concebido por Kelsen, tinha como objetivo isolar o direito da política, permitindo a existência de um guardião da Constituição que propiciasse certeza e objetividade, ao contrário do que ocorria com o controle difuso de constitucionalidade.³⁵

Acresça-se, ainda, à concepção exposta acima, no sentido de que o Poder Judiciário era neutro, política e axiologicamente, que a ele foram asseguradas as prerrogativas da independência e autonomia em face dos Poderes Executivo e Legislativo, por razões bem peculiares: o Poder Judiciário não apresentava potencial lesivo às normas constitucionais ou infralegais.³⁶ Com relação ao Executivo, tal premissa se sustentava no

34 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 178

35 GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos*. In: ALMEIDA, Fernando Menezes et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 365-394.

36 Essa expressão foi, inclusive, utilizada por Hamilton, no artigo 78 de *O Federalista*, já citado neste estudo, na nota de rodapé 74.

fato de que o Poder Judiciário apenas aplicava a lei contenciosamente, vale dizer, sempre mediante provocação, manifestando-se apenas em casos individualizados, exceto com relação às ações diretas de inconstitucionalidade; e o Poder Executivo o fazia de forma geral e de ofício. Já o Poder Legislativo possuía maior discricionariedade na atividade legislativa, que se aplicava a todos de forma geral, pois, as decisões do Poder Judiciário eram programadas e não programantes, eis que produzidas com base na lei e na Constituição, nos princípios gerais de direito, costumes, e sua decisão valia apenas para aquele caso, e não para todos.

Alerta Karl Loewenstein, ainda, que a teoria clássica de separação dos poderes também não havia concebido o instituto do *judicial review*, por meio do qual os Tribunais podem opor-se às decisões do Congresso e do Presidente. Talvez por isso, os controles políticos não lhe tenham sido impostos com tanto peso.

Contudo, as premissas acima, de que partiram os teóricos da separação dos poderes, dos freios e contrapesos, e até do controle concentrado de constitucionalidade, de que o Poder Judiciário é neutro politicamente e se pauta num ordenamento jurídico perfeito, claro e sem lacunas, manifestando-se apenas em casos individualizados, não mais existem; ao menos é o que a realidade brasileira indica. Vejamos.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, a semente que ensejou a desneutralização, tanto política quanto moral do Poder Judiciário, foi a demanda social por direito de prestações positivas e não mais negativas. A exigência social de que os direitos positivos fossem concretizados demandou não só maior ampliação do papel do Poder Executivo, mas, sobretudo, do Poder Judiciário.³⁷ Ao ser provocado sobre o conteúdo e densidade de tais direitos, o Poder Judiciário não mais pode alegar sua

37 Ana Paula de Barcellos afirma, em complemento ao que se vem de expor, que a grande mudança do papel do Poder Judiciário ocorreu após a Segunda Guerra Mundial. Nesse momento, constatou-se que o Parlamento, através da lei, não evitou os horrores cometidos, sendo necessário que se outorgasse à Constituição e aos direitos e princípios ali previstos força normativa, o que acabou por fortalecer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, o Poder Judiciário. (BARCELLOS, Ana Paula. Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista trimestral de direito público*, n. 32, p. 185-206, 2000).

neutralidade política, pois é chamado a dizer sobre as finalidades para as quais o Estado foi concebido.³⁸

No que tange à alegação de que o Poder Judiciário não necessita de controle, já que é programado e não programante, ou seja, atem-se à letra da lei, não parece mais prosperar.

A postura ativista adotada pelo Poder Judiciário, de um modo geral, e especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, aponta algumas decisões descoladas do texto escrito, seja da Carta Maior, seja das leis infraconstitucionais, com base em interpretação de princípios que se sobrepõem à norma escrita.

Como muito bem explicitado por Juan Antonio Garcia Amado,³⁹ os ideais do neoconstitucionalismo apontam para uma prevalência dos princípios, que revelam a verdadeira *ratio* da ordem jurídica, sobre o direito escrito. Pode-se citar as ideias de Dworkin,⁴⁰ que bem representam tal pensamento, ao conceber que, do ponto de vista ontológico, o Direito é composto por normas jurídico-positivas e por normas de moral social, representadas por princípios jurídicos, porém, não positivadas, que servem para o descobrimento da verdadeira essência daquelas, posto que representam a razão verdadeira do Direito. E note-se, ainda, que, do ponto de vista epistemológico, a essência do Direito, representada pelos princípios que albergam a moral social, somente pode ser conhecida por meio da figura do juiz Hércules, vale dizer, através do Poder Judiciário. Ao reaproximar o direito da ética e da moral, e afirmar que apenas o Poder Judiciário pode conhecer o verdadeiro Direito, caem por terra as

38 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, *Revista USP*, p. 19, 1994.

José Adércio Leite Sampaio afirma, no mesmo sentido, que “A tarefa de concretização foi a tônica ao ampliar-se o elenco de direitos fundamentais declarados na Constituição, que requisitavam, mais que autorizaram, o ativismo ou o imperialismo judicial, tanto na efetivação das liberdades clássicas quanto na promoção dos direitos prestacionais, a tomarmos a sério a literalidade do enunciado que instituiu o mandado de injunção e os instrumentos processuais de natureza coletiva, especialmente o dissídio coletivo, a ação popular e a constitucionalizada ação civil pública” (SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 101).

39 AMADO, Juan Antonio García. Existe discrecionalidad em la decisión judicial? *Isegoría*, n. 35, p. 151-172, jul.-dez. 2006.

40 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

premissas sobre as quais os mecanismos de freios e contrapesos e a separação dos poderes foram inicialmente concebidos.⁴¹

Não há como ser diferente. Os princípios possuem alto grau de subjetivismo, comportando entendimentos elásticos, abrindo margem para a discricionariedade judicial,⁴² que não era aceita quando da concepção da teoria da separação dos poderes (como se disse acima, a neutralidade política e moral pressupunha a atuação do Poder Judiciário de forma programada, contida pela letra da lei).

Por mais que autores renomados neguem a existência da discricionariedade na decisão judicial,⁴³ parece difícil assentir com os respectivos

41 AMADO, Juan Antonio García. *Existe discrecionalidad em la decisión judicial?* Isegoría, n. 35, p. 151-172, jul.-dez. 2006.

42 Confira-se o seguinte trecho da autoria de Flávia de Almeida Viveiros de Castro: “Observa-se, por um lado, o caráter aberto de vários dispositivos constitucionais – abertura consciente e querida pelo legislador constituinte – de molde a permitir o fluir de um processo político dinâmico e, por outro lado, que ao juiz é conferido um espaço de criatividade conformadora na seleção de valores constitucionais plasmados, quando da solução de um litígio” (CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 38, ano 10, p. 289-303, jan.-mar. 2002).

43 Eros Grau distingue a liberdade conferida ao administrador ao produzir um ato administrativo daquela conferida ao juiz quando da produção de sua decisão, sob o argumento de que a discricionariedade do administrador se fundamenta em critérios de conveniência e oportunidade entre indiferentes jurídicos, o que não ocorre na decisão judicial, já que o juiz não formula juízos de oportunidade, mas de legalidade, que resultam numa atuação/ interpretação única, que é a própria decisão (GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56-57). Não parece que tal distinção seja plausível, na medida em que as únicas diferenças que se antevê, entre a discricionariedade judicial e a administrativa, é quanto à forma como são expostas aos interlocutores e quanto aos critérios que guiam as escolhas a serem feitas, porém não se pode negar que são feitas escolhas. Quanto à primeira, diferença que diz respeito à forma como é exteriorizada, pode-se afirmar que a discricionariedade judicial não é exteriorizada, é dizer, a escolha de uma, dentre as várias normas existentes na moldura, se faz na mente do juiz, que apenas exterioriza uma delas, e a justifica seguindo um discurso argumentativo razoável. Talvez por isso Eros Grau a trate como “resultado de atuação”. Mas, veja que, para chegar a esse resultado de atuação, escolhas foram feitas na mente do juiz, ainda que delas os interlocutores não tenham conhecimento. Já no caso da discricionariedade administrativa, os indiferentes jurídicos são exteriorizados, expondo o administrador as alternativas que possui e por quais razões de conveniência e oportunidade optará por uma delas. Quanto aos critérios que guiam as escolhas feitas, vale anotar que o administrador é guiado, no mais das vezes, pelo interesse público, princípio este inerente ao regime jurídico administrativo, limitado pelo texto legal e pelos fatos ocorridos no caso concreto. Já o juiz, guia-se pela justiça, que é extraída da análise das regras e sopesamento dos princípios que circundam o caso concreto, a depender da matéria enfrentada. Excetuando-se esses dois componentes – forma de exteriorização e princípios que incidirão no caso concreto – não nos parece que haja diferença entre a discricionariedade judicial e administrativa.

argumentos, já que o juiz, para chegar à determinada decisão, antevê no mesmo texto a possibilidade de dele extrair diversas normas, e, dentre elas, que são indiferentes jurídicos,⁴⁴ escolher uma.

O componente valorativo, pois, presente na escolha da norma cabível na moldura e eleita pelo Poder Judiciário para tornar-se direito positivo, faz cair por terra a premissa de que o Poder Judiciário é neutro e programado, haja vista que a interpretação não é mais uma atividade apegada ao texto da lei, conforme pregava a Escola da Exegese, mas decorre da ampla interpretação dos princípios, que possuem tamanha elasticidade e ensejam uma discricionariedade ampla por parte dos magistrados quando da aplicação do direito.

A esse respeito, do componente volitivo e valorativo inerente às decisões judiciais, especialmente das Cortes Constitucionais, vale conferir o interessante artigo de Louis Michael Seidman.⁴⁵ Para o autor, as verdadeiras questões políticas existentes nos Tribunais não são aquelas atribuídas à discricionariedade da atuação administrativa ou de decisões tomadas pelas instâncias de Governo, mas sim aquelas contidas no entendimento que os Tribunais têm das regras e dos princípios e que não são expostas aos interlocutores. Isso porque, na visão do autor, os princípios e as disposições constitucionais não se legitimam por si sós, dependem do entendimento que a Corte tem, de legitimá-los ou não; dependem de um prévio entendimento da Corte de que são válidos. Assim, para que os direitos previstos nas disposi-

44 Afirma-se aqui que são indiferentes jurídicos, pois todas as soluções encontradas dentro daquilo que os princípios comportam ou dentro do que a moldura do texto comporta são válidas perante o Direito. Tanto essa assertiva é verdadeira, que há, sobre um mesmo tema de direito, decisões judiciais diferentes, Câmaras que entendem em determinado sentido e outras que entendem em outro sentido, jurisprudências que mudam etc. E todas essas decisões das diversas Câmaras, dos diversos juízes, dos diferentes Tribunais, não são inválidas, mas, sim, todas válidas perante o Direito. Note-se que, se assim não fosse, não faria sentido falar em uniformização de jurisprudência, pois haveria apenas uma jurisprudência. Kelsen, inclusive, afirmou em sua obra *A Teoria Pura do Direito*, que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do Tribunal, especialmente” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 390-391).

45 SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political questions doctrine*. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=facpub>>. Acesso: 21-fev. 2017.

ções constitucionais possuam eficácia, densidade, abrangência, é preciso que a Corte fale sobre eles, atribuindo-lhes, em maior ou menor grau, essas características. Contudo, as razões para a tomada dessa decisão, sobre as características desses direitos, para que possam ter legitimada sua aplicação ou não, levam em consideração fatores extraconstitucionais, que são considerados, porém, não explicitados pelos Tribunais em suas decisões. Na visão do autor, tais decisões políticas são perigosas, pois levam uma vida secreta, à margem do direito e, bem por isso, insuscetíveis de controle pelas vias previstas no ordenamento jurídico.⁴⁶

Tome-se como exemplo a recente decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que afastou a prisão preventiva de acusados de prática de aborto, fundamentada em princípios e distante do texto Constitucional, de que [...] *a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.*⁴⁷

Quanto à premissa de que o Poder Judiciário, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, não produz lei em tese e somente age mediante provocação, razão pela qual lhe pôde ser outorgada a prerrogativa da autonomia e da independência, não mais se sustenta com a previsão constitucional do instrumento da Súmula Vinculante. Por meio de tal figura, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal pode, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria

46 O exemplo do pensamento do autor é o caso emblemático *Madison vs Marbury*, utilizado como instituidor do controle de constitucionalidade. Com efeito, as cartas trocadas entre o *Chief Marshall* e os demais Ministros da Corte revelam que a sentença proferida pelo *Chief Marshall*, que afastou a apreciação da questão principal – apreciar a lei que nomeou o juiz Madison, ao qual não foi dada a posse – sob o argumento de que tal atribuição não se encontrava entre as competências da Corte arroladas na Constituição Americana, foi política e não jurídica, porquanto o *Chief Marshall* não queria contrariar o atual Governo, para que a Corte não perdesse força, e ao mesmo tempo não queria desagradar os nomeados pelo Governo anterior, de mesmo partido que o seu, como, aliás, era o seu caso. A saída, portanto, política, foi revestida de juridicidade.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso: 21 fev. 2017.

constitucional, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Tal súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas. De acordo com Lênio Streck,⁴⁸ tal instrumento equipara-se a uma norma de caráter geral e abstrato, já que é fixada *ex ante*, como uma verdadeira lei.⁴⁹

De um modo geral, e fazendo alusão às palavras do Ministro Luís Roberto Barroso,⁵⁰ o Brasil vem assistindo a um deslocamento das instâncias normais de Poder – Executivo e Legislativo – para o Poder Judiciário. O Poder Judiciário vem enfrentando questões de cunho político e moral, que antes não eram por ele decididas. Ora, o surgimento do Poder Judiciário como um poder político⁵¹ demanda a correlata implementação dos freios e contrapesos, de modo a conter eventuais abusos.

Se, no nascedouro da teoria de freios e contrapesos, como se viu, o Poder Judiciário foi concebido como um poder neutro politicamente, esta já não é mais a realidade vivida no Brasil.

48 O autor, ao expor as diferenças entre o precedente judicial e a súmula vinculante, afirma que a súmula é produto de um conjunto de textos, que exsurge não para resolver um caso, mas para resolver todos os casos futuros, no que se diferencia do precedente que, para ser utilizado, demanda a necessária identificação do DNA do caso concreto *sub examine*, mantendo-se a fidelidade à fundamentação da decisão que deu origem ao precedente, ao seu histórico, ou seja, àquela argumentação. Assim, a súmula vinculante é prospectiva, como a lei, enquanto que o precedente tem os olhos voltados para o passado (ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014).

49 Ana Paula de Barcellos defendeu, em seu artigo *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*, que o controle de constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, apenas afrontaria o princípio da separação de poderes, caso esse poder pudesse, além de aplicar a lei ao caso concreto, criar a legislação, sem que fosse exercido um controle externo. Parece ser exatamente essa a situação existente atualmente. Note que aludido artigo foi escrito em 2000, ano em que a Constituição Federal não previa o instituto da Súmula Vinculante (BARCELLOS, Ana Paula. *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*. *Revista trimestral de direito público.*, n. 32, p. 185-206, 2000).

50 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

51 Sabemos que o Poder Judiciário sempre foi um poder político, na medida em que exerce e sempre exerceu parcela de poder estatal. Contudo, o sentido que se quer atribuir aqui, quando se fala em poder político, é a liberdade de que dispõe o Poder Judiciário na tomada de decisões, inclusive acerca de assuntos de cunho moral, social e econômico, que antes eram tratados mais frequentemente no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo e que passaram a ser enfrentados e decididos pelo Poder Judiciário.

Talvez, por força dessa nova realidade, tenha sido proposto o Projeto de Emenda à Constituição 33/2011,⁵² cujo teor prevê a deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da Súmula Vinculante, no prazo de 90 dias, quando de sua edição, bem como prevê que as decisões de declaração de inconstitucionalidade material, dadas pelo Supremo Tribunal Federal, de Emendas à Constituição, não produzam imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, devendo ser encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional, que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

É interessante notar que a própria emenda já prevê que seu texto não poderá ter sua eficácia suspensa por meio de medida cautelar do STF, previsão esta que é, na prática, inócua.

O texto da citada PEC 33/2011 revela como a supremacia do Poder Judiciário, em termos de ausência de controle de sua atuação, incomoda o equilíbrio que deveria haver entre os três poderes. A revelar tal supremacia, pode-se afirmar, pelas disposições constitucionais vigentes, e ainda que tal emenda venha a ser aprovada, que nada obsta que o Supremo Tribunal Federal a declare inconstitucional, sem que dessa decisão caiba qualquer revisão. Qualquer alteração legal ou constitucional que se proponha encontra-se altamente engessada, já que, ao final, tudo é julgado de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, sendo ele o guardião da Constituição.

De todo o exposto, entende-se que restou demonstrado, no presente estudo, que o Poder Judiciário goza atualmente de supremacia diante dos demais Poderes, uma vez que os instrumentos de controle político – freios e contrapesos – existentes na Constituição Federal não mais se adequam à realidade brasileira, ensejando cenário de claro desequilíbrio entre os poderes.⁵³

52 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso: 3 out. 2016

53 Conrado Hubner Mendes apresenta interessante visão sobre a preponderância atualmente desempenhada pelo Poder Judiciário com relação aos demais poderes. Na sua visão, o importante não é definir quem é o titular da última palavra, uma vez que este titular não existe. O que existe é um constante diálogo entre os poderes, e o dono aparente da última palavra (no caso do Brasil, o Poder Judiciário), não o é realmente, já que a realidade por ele firmada pode ser objeto de revisão (uma alteração legislativa, por exemplo). Portanto, a aparente “última palavra” é sempre, em realidade, apenas provisória, posto que parte da política, que se afigura sequência ininterrupta de contestações e revisões das decisões

Parece, portanto, que se deva refletir sobre a necessidade de alteração constitucional que preveja um controle externo ao Poder Judiciário a ser exercido pelos demais poderes, para que se conservem os ideais iniciais da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos, ou seja, para que se evite a supremacia de um poder sobre os demais. Importante alertar que não se antevê nada na teoria da separação dos poderes ou dos freios e contrapesos que impeça o controle externo do Poder Judiciário pelos demais poderes. Isso porque, tais teorias são meros instrumentos cujo objetivo final é evitar o abuso de poder, bem como assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Caso um novo desenho constitucional de controles recíprocos atenda melhor a tais finalidades, em nada se afigurará inconstitucional; ao contrário, estará cumprindo a finalidade inicial de tais teorias, acolhidas em nossa Constituição Federal através da previsão da separação de poderes, que implica a existência de uma necessária harmonia entre eles.⁵⁴

das autoridades. Defende, ainda, o referido autor que os desequilíbrios entre os poderes são cíclicos e variam conforme as circunstâncias, sendo inerentes à própria concepção do sistema de freios e contrapesos. (MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008). A despeito dos argumentos do autor, entendo que é necessário, sim, repensar os mecanismos de freios e contrapesos impostos ao Poder Judiciário. Isso porque, embora haja um movimento pendular entre os poderes, a demonstrar ora a superioridade de um, ora de outro, o fato é que a concepção da separação dos poderes e dos freios e contrapesos partiu da premissa de um Poder Judiciário neutro, inofensivo e não da premissa de que, um dia, por força dos movimentos cíclicos, ele viria a tornar-se o grande Poder que é atualmente.

54 As seguintes palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz parecem oportunas, no sentido acima defendido, de que eventual alteração do desenho constitucional de controles entre os poderes somente seria justificável se a sua finalidade fosse garantir a ideia-fim do princípio da separação dos poderes: “A cláusula-parâmetro por excelência para a aplicação do princípio da separação dos poderes, onde o princípio é constitucionalmente adotado como base de um sistema presidencialista, é, e ainda continua a ser, a cláusula da ‘independência e harmonia’ entre os poderes. Isto significa dizer que, no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação ‘de concerto’. Destarte, quaisquer exceções ao parâmetro do princípio formalmente consagrado em uma Constituição, consubstanciando na ‘cláusula de independência e harmonia’ dos poderes, só se justificam se voltadas, sempre, para o fim originariamente visado pelo princípio, de separar para limitar. Por isso mesmo, enquanto se mantiver o princípio da separação dos poderes como base do esquema de organização de poderes num estado determinado, impõe-se manter a delimitação de zonas de atuação independente e harmônica dos poderes políticos. A flexibilização da regra parâmetro, fato

5. Conclusão

O presente estudo teve como objetivo analisar se a finalidade inicial dos mecanismos de freios e contrapesos, de criar uma situação de equilíbrio, visando a evitar o abuso por parte de cada um deles e a eventual violação aos direitos dos cidadãos, está sendo atendida na redação atual da Constituição Federal, considerando-se a realidade brasileira sobre a qual se aplica.

Viu-se que tanto a separação dos poderes como os mecanismos de freios e contrapesos apenas afiguram-se instrumentos para evitar o abuso de poder, com vistas a assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, a distinção das funções do Estado em três poderes, bem como a positivação de determinada forma de distribuição de mecanismos de freios e contrapesos entres eles é meio para o alcance dessa finalidade.

A análise dos dispositivos constitucionais revelou grande interação e diversos mecanismos de contenção recíprocos entre os Poderes Legislativo e Executivo, inclusive, no que tange às atividades-fim por eles desenvolvidas. Contudo, com relação à atividade típica desempenhada pelo Poder Judiciário, o estudo revelou a existência de instrumentos de controle menos efetivos por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, já que tanto os freios como os contrapesos apenas podem ser exercidos de forma indireta sobre as atribuições típicas do Poder Judiciário. Por outro lado, também restou demonstrado que este último exerce grande controle, inclusive e sobretudo, por intermédio de freios diretos sobre as atividades típicas desempenhadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, especificamente, por meio do controle de constitucionalidade e de legalidade.

A distribuição dos mecanismos de freios e contrapesos, da forma como se encontra atualmente na Constituição Federal, pode ter ensejado, em um primeiro momento, a harmonia entre os três poderes, já que o Poder Judiciário era visto como um poder neutro, afastado da política e da moral, apegado ao texto da lei. Tal neutralidade e a limitação do seu comportamento pelas regras, votadas pelo Legislativo, justificavam

indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois, limites da ideia-fim do princípio: limitação do poder. De outro lado, a interferência de um poder sobre outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a ideia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias.”

a ausência de maiores controles pelos demais poderes, já que havia pouco espaço para a discricionariedade.

Contudo, verificou-se que essa forma de distribuição de mecanismos de freios e contrapesos não mais propicia harmonia entre os poderes, haja vista que o Poder Judiciário não mais demonstra neutralidade em seu comportamento. Presencia-se, atualmente, um deslocamento do centro de decisão política das instâncias ordinárias – Executivo e Legislativo – para o Judiciário; eis que este é chamado a interpretar a Constituição no cumprimento de suas finalidades. Ao fazê-lo, o Poder Judiciário é também chamado a fazer escolhas quanto à interpretação das disposições constitucionais, sobretudo em vista da larga utilização de princípios, passando, pois, a ocupar um espaço político sobre o qual não lhe era dado penetrar.

Logo, pode-se afirmar que, a despeito de a distribuição das atividades e dos meios de controles recíprocos entre os poderes, do modo como disposto na Constituição Federal, ter atendido, inicialmente, a tais ideais, as mudanças sociais, políticas e do comportamento do próprio Judiciário vêm demonstrando que o desenho adotado pela Constituição Federal de 1988 coloca-o, em vista da atual realidade brasileira, em situação de supremacia com relação aos outros, quando se trata do controle recíproco exercido entre os poderes.

Dado o caráter instrumental das teorias da separação de poderes e dos freios e contrapesos, o desequilíbrio constatado e a necessidade de que os poderes se controlem reciprocamente a fim de evitar abusos, parece que se deva refletir sobre a necessidade de alteração constitucional que preveja um controle externo ao Poder Judiciário a ser exercido pelos demais poderes. Eventual alteração nesse sentido não afrontaria a separação dos poderes, tampouco a teoria dos freios e contrapesos. Ao contrário, por tratar-se de teorias instrumentais, que não são um fim em si mesmas, a alteração traria equilíbrio entre os poderes, concretizando as suas ideias originais, evitando-se a sobreposição de um sobre os demais.

6. Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALMEIDA, Fernando Menezes et al. (coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 365-394.

_____. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Harvard University Press, 2005.

AMADO, Juan Antonio García. Existe discrecionalidad em la decisión judicial? *Isegoría*, n. 35, p. 151-172, jul.-dez. 2006.

ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *Separação de Poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade*. Revista trimestral de direito público, n. 32, p. 185- 206, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, v. 916, p. 249-263, fev. 2012.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

COSTA, Valquíria Ortiz Tavares. A separação de poderes: de Montesquieu a Bruce Ackerman, uma mudança no paradigma. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 15-35, out.-dez. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1988.

FALCÃO, Joaquim. Separação de Poderes e a independência do Poder Judiciário, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 253-274, jan. 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, *Revista USP*, p. 40-48, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência; *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1995.

FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. t. II.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *Concentração de poder da jurisdição constitucional: uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos*.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAMILTON, Alexander. O *Federalista*, Artigo 78, 1788. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-78.php>>. Acesso em: 03 out. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1954.

MACHADO, Mario Bockamnn. Separação de Poderes e Controle Externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, out.- dez.1994.

MADISON James, *The Federalist*, n. 51, 1788, p. 268-269. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/the-federalist-51.php>>. Acesso: 03-out. 2017

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MOLLER, Max. *As dimensões do princípio da separação dos poderes*. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1291117691.pdf>.

MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. São Paulo: Abril, 1973.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia. Crise e Superação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NASCIMENTO, Ricardo Castro. *Divisão de poderes: origem, desenvolvimento e atualidade*. 2017. 276 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de Poderes como doutrina e como princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. *A reserva de jurisdição*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I.

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1959.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political questions doctrine*. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=facpub>>.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

WOMERSELY, David. *Liberty and American Experience in the Eighteenth Century*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1727>>.

DIREITO DE LAJE E CONDOMÍNIO EDILÍCIO

George Ibrahim Farath¹

Resumo: O presente artigo visa fornecer uma análise dogmática aprofundada do direito de laje, examinando em seguida a possibilidade (e mesmo a obrigatoriedade) de incorporação imobiliária e constituição de condomínios edilícios a partir desta figura.

Palavras-chave: Direito de laje; Natureza jurídica; Condomínio; Condomínio edilício.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Direito de laje – Enquadramento sistemático; 3 – Direito de laje e direito de superfície; 4 – Direito de laje e direitos reais sobre coisa alheia; 5 – Laje como objeto de direito real sobre a coisa própria; 6 – A “laje” em sentido jurídico; 7 – Laje, construção-base e matrícula(s); 8 – Direito de laje, uso do solo e servidões; 9 – Laje e condomínio(s) - Inexistência de condomínio por meação de soalhos e tetos; 10 – A disciplina das “partes que sirvam a todo o edifício”. A “laje” em sentido físico; 11 – Direito de laje e incorporação imobiliária; 12 – Direito de laje e condomínio edilício; 13 – Direito de laje e condomínio edilício à luz das NSCGJ/TJSP; 14 – Direito de laje, condomínio edilício e direito de preferência; 15 – Conclusão; 16 – Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo visa fornecer uma análise dogmática aprofundada do direito de laje, examinando em seguida a possibilidade (e mesmo a obrigatoriedade) de incorporação imobiliária e constituição de condomínios edilícios a partir desta figura.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado (1999), Mestre (2003) e Doutor (2015) em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Para tanto, parte de minudente comparação entre o direito de laje e a superfície por sobrelevação (Capítulo 2), o direito de superfície (Capítulo 3), e os demais direitos reais limitados (Capítulo 4), para chegar à caracterização do direito real de laje como espécie de direito real sobre a coisa própria (Capítulo 5), analisando-se em seguir em que consiste a “laje” em sentido jurídico, i.e., a “laje” como objeto deste direito real (Capítulo 6).

Em seguida, analisa-se a possibilidade de a “laje” se constituir sobre mais de um imóvel (portanto, sobre mais de uma matrícula, cf. Capítulo 7), bem assim a possibilidade de se apoiar estruturas, de interesse da laje, diretamente a partir do solo, e não apenas da construção-base (Capítulo 8).

O exame da figura prossegue demonstrando que o direito de laje, em si considerado, não implica o estabelecimento de qualquer modalidade de condomínio, nem mesmo por meação de soalhos e tetos (Capítulo 9), e analisando qual a disciplina aplicável às “partes que servem a todo o edifício”, oportunidade em que se analisa a laje não já em seu sentido jurídico, mas em sentido físico, como elemento estrutural da edificação (Capítulo 10).

Fixadas estas bases, o artigo analisa a possibilidade (e mesmo a obrigatoriedade, uma vez que esteja configurada “edificação”) da aplicação do regime de incorporação imobiliária (Capítulo 11) e de condomínio edilício (Capítulo 12) ao direito de laje, examinando as disposições pertinentes das NSCGJ/TJSP (Capítulo 13) e a questão do direito de preferência do titular da construção-base (ou de laje anterior), que se afigura incompatível com o regime de condomínio edilício (Capítulo 14).

Por fim, as observações conclusivas sumarizam, de maneira bastante breve, os principais resultados do trabalho (Capítulo 15).

2. Direito de laje – Enquadramento sistemático

Não é possível analisar o direito de laje sem antes tratar da constituição de direitos sobre a superfície de um determinado imóvel. Isto porque o direito de laje pode(ria) se configurar não como um direito real novo, mas como espécie do direito de superfície. Neste sentido, analisando a MP nº 759/2016², ALBUQUERQUE JÚNIOR (2017):

2 A MP nº 759/2016, em que pela primeira vez surgiu a figura do direito de laje, foi posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.465/2017, embora com importantes alterações na disciplina do direito de laje.

O direito de laje não constitui um direito real novo, mas uma modalidade de direito de superfície que, desde 2001, já tem previsão expressa na legislação brasileira, a superfície por sobrelevação.

O que caracteriza o direito de superfície e distingue o seu tipo dos demais direitos reais é a possibilidade de constituir um direito tendo por objeto construção ou plantação, separadamente do direito de propriedade sobre o solo.

Em sentido mais técnico, há superfície quando se suspende os efeitos da acessão sobre uma construção ou plantação a ser realizada ou já existente. O implante que, por força da acessão, seria incorporado ao solo, passa a ser objeto de um direito real autônomo, o direito real de superfície.

Vê-se que, a partir dessa definição de direito de superfície, sequer seria necessário prever expressamente a possibilidade de sua constituição para a construção no espaço aéreo ou para o destacamento de pavimentos superiores já construídos. Da mesma forma, é desnecessária a menção expressa à possibilidade de superfície constituída sobre construções no subsolo. Se é possível construir no espaço aéreo ou no subsolo e essas construções sofrem, de ordinário, os efeitos da acessão, pode-se tê-las como objeto do direito real de superfície.

Do próprio tipo da superfície deriva a possibilidade de sobrelevação, portanto.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), no entanto, houve por bem tratar da sobrelevação expressamente e assim deixou indiscutível a sua viabilidade [...].

Fundamental, aqui, a ideia de *suspende[r-se] os efeitos da acessão*, devendo-se recordar que a acessão é modo de aquisição da propriedade imobiliária, que pode ocorrer, *inter alia*, *por plantações ou construções*, nos termos do art. 1.248, V, CC.

A matéria é regulada pelos arts. 1.253 -1.259 CC, cabendo ressaltar, aqui, a hipótese de construção em terreno alheio. Neste caso, regra geral, o proprietário do terreno adquirirá a construção (*superfícies solo cedit*), como dispõe o art. 1.255 CC:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito à indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo³.

É neste sentido, portanto, que a ideia de suspender-se os efeitos da acessão (afastando a imediata aquisição, pelo proprietário do imóvel, do quanto plantado ou construído) é relevante para o direito de superfície e (*prima facie*) para o direito de laje, que pode(ria) ser entendido como um direito de superfície por sobrelevação.

Contudo, é controversa a admissibilidade da superfície por sobrelevação, tendo em vista que o campo dos Direitos Reais é ordinariamente caracterizado pelos princípios do *numerus clausus* e da *tipicidade estrita*. Como bem recorda Luciano de CAMARGO PENTEADO (2014, p. 113-114):

A tipicidade estrita é uma exigência adicional à do *numerus clausus*. Pode existir sistema de *numerus clausus* sem tipicidade estrita. Esta diz da impossibilidade de alterar situações reais, parcialmente, mediante modelação negocial. Um particular não pode criar direito real por negócio jurídico em virtude do *numerus clausus*, mas não pode modificar elementos constitutivos de um determinado direito real, afastando a incidência da norma que o disciplina, em virtude da tipicidade estrita [...]. Inexiste, *no plano do direito das coisas*, quanto à constituição da situação jurídica, e quanto às normas que a regulam, direito dispositivo.

Note-se que a *tipicidade estrita* existe não por alguma vetusta tradição civilística, mas sim para facilitar a circulação econômica (sabe-se qual o plexo de poderes e faculdades contidos num direito real, já que estes não podem ser negocialmente modificados), e porque *o direito real implica num passivo social muito intenso, tendo em vista que, ao se atribuir um direito real a um sujeito, todos os demais membros da coletividade encontram-se vinculados a abster-se* (CAMARGO PENTEADO, 2014, p. 114).

³ O parágrafo único deste artigo constitui inovação relativamente ao anterior art. 547 do CC 1916, que não previa a possibilidade de aquisição por aquele que planta ou constrói em terreno alheio. Era a seguinte a redação do dispositivo: “Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos”. Apenas por completude da análise, observe-se que o art. 1.256 CC (*idem*, art. 548 CC 1916) trata da hipótese de má-fé recíproca, caso em que o proprietário do solo adquirirá as sementes, plantas ou construções, mas deverá ressarcir o valor destas acessões.

O direito de superfície foi (re)introduzido no Direito Brasileiro pelo Estatuto da Cidade (arts. 21-24 da Lei nº 10.257/2001), seguindo-se-lhe, pouco depois, o CC 2002 (arts. 1.369-1.377). Temos assim, *prima facie* ao menos, norma especial anterior, e norma geral posterior, aquela aplicável essencialmente aos imóveis urbanos⁴.

Cabe ora destacar, para entendimento da figura, o art. 21, *caput* e § 1º, da Lei nº 10.257/2001, e o art. 1.369 CC:

Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º – O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Estas normas, notadamente o art. 1.369, *caput*, CC, *prima facie* ensejam o entendimento de que o direito de superfície apenas pode ser constituído sobre terrenos *não edificados*. Neste sentido, caracteristicamente, Carlos Roberto GONÇALVES (2011, p. 447):

[...] destarte, imóvel edificado não está sujeito ao aludido direito, uma vez que o citado dispositivo não prevê a possibilidade de constituição do direito de superfície por cisão, admitida nos direitos civis italiano e português. Essa modalidade parte de um imóvel construído ou plantado, no qual já se tenham operado os efeitos da acessão. O dono do imóvel retém em seu domínio o terreno e transfere a outrem, que passa a ser superficiário, a propriedade da construção ou plantação.

De acordo com o sistema adotado pelo Código de 2002, porém, se o imóvel já possuir construção ou plantação não poderá ser objeto de

4 Todavia, como observa CAMARGO PENTEADO (2014, p. 509): A coexistência de dois tipos de direito de superfície, um regulado pelo ECid e outro pelo CC, entretanto, não implica a revogação de nenhum deles, nem tampouco derrogação. As duas modalidades de direito real convivem [...] dentro da proposta de diálogo das fontes de direito.

direito de superfície, porque somente o terreno se presta a essa finalidade, salvo se for convencionada a demolição da construção existente para a reconstrução ou construção de outra, ou a erradicação da plantação existente para fins de utilização do terreno para os mesmos fins.

ALBUQUERQUE JÚNIOR (2017), por sua vez, sustenta que mesmo a superfície por sobrelevação tem *previsão expressa na legislação brasileira*, referindo-se ao art. 21, *caput* e § 1º da Lei nº 10.257/2001.

Tais dispositivos visivelmente inspiraram o Enunciado nº 568 da VI Jornada de Direito Civil, a teor do qual:

O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística.

Contudo, a Lei nº 10.257/2001 suscita, para o intérprete, questões semelhantes às determinadas pelo art. 1.369 CC, uma vez que o art. 21, *caput* refere-se a “direito de superfície *do seu terreno*” e o respectivo § 1º (que alude ao espaço aéreo) refere-se ao “solo, o subsolo ou o espaço aéreo *relativo ao terreno*”, pelo que é possível entender-se o espaço aéreo como *projeção vertical do terreno não edificado, e ligado a este*.

Deve-se ter cuidado, portanto, ao afirmar que *Do próprio tipo da superfície deriva a possibilidade de sobrelevação* (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2017). Ainda que tal possibilidade seja admissível sob a perspectiva *lógico-jurídica*, de tal não decorre sua necessária correção sob a perspectiva *jurídico-positiva*, já que distintos ordenamentos podem conferir maior ou menor extensão ao direito de superfície.

Assim, a admissão da sobrelevação depende de interpretação mais extensiva ou evolutiva da legislação, cabendo ainda verificar, neste caso, se “apenas” se estende a base física sobre a qual pode ser implantado o direito de superfície (admitindo-o também sobre imóveis já edificados), ou se a sobrelevação acaba por determinar alterações mais profundas na figura do direito real de superfície, além de outras eventuais consequências sistemáticas no ordenamento brasileiro.

Será esclarecedor retornar a este ponto após a análise do direito de laje, cuja disciplina é mais minudente. Por ora, cabe ressaltar as dificuldades concretas que a superfície por sobrelevação tem enfrentado no direito brasileiro.

Com efeito, WEINGARTEN e CYMBALISTA (2017) observam que as “lajes”, efetivamente construídas,

[...] não vêm sendo registradas como direito de superfície. Além disso, tanto o Estatuto da Cidade (art. nº 21) quanto o Código Civil (art. 1.369) se referem ao Direito de Superfície vinculado ao *terreno*, e na cidade real as transações com lajes se desvinculam inteiramente da propriedade dos terrenos [...].

Destarte, e sintetizando o panorama legislativo, cabe razão a MARTINS DA SILVA (2006, p. 08) ao observar que

A nosso ver, no âmbito do Direito brasileiro são 3 (três) os regimes legais previstos para disciplinarem a utilização, construção e plantação na superfície de terrenos: 1) o regime de concessão do direito de superfície regulado pelos arts. 21 a 23 da Lei nº 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade); 2) o regime de concessão do direito de superfície regulado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil de 2002; e 3) o regime de concessão [do direito real] de uso de terrenos públicos ou particulares regulado pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28.02.1967, o qual ainda encontra-se plenamente em vigor, pois não há qualquer disposição legal ulterior que o tenha revogado expressamente ou com disposições incompatíveis com as suas⁵.

A estas três figuras, veio juntar-se, agora, o direito de laje, modalidade de direito real (art. 1.225, XIII, CC) disciplinada pelos arts. 1.5010-A a 1.510-E CC - *apartadamente, portanto, do direito de superfície, que é regulado pelos artigos 1.369 a 1.377 CC*. Em que pesem as críticas doutrinárias, o modo como uma e outra figura são disciplinadas justifica, perfeitamente, o tratamento apartado.

3. Direito de laje e direito de superfície

Por mais que o direito de laje pudesse ser concebido como espécie do direito de superfície, a disciplina própria trouxe fundamentais alterações relativamente a esta figura (tal como regulada no Brasil), de maneira que o direito de laje possui uma autonomia impensável no direito de superfície.

5 Quanto aos entes públicos, recorde-se o art. 1.377 CC, a teor do qual “O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”.

Uma primeira diferença, bastante saliente, radica no caráter temporário seja do direito de superfície (tanto no Código Civil, quanto no Estatuto da Cidade⁶), seja da concessão de direito real de uso⁷, ao passo que o direito de laje não se sujeita a qualquer limitação temporal em virtude de lei.

Assim, no direito de superfície,

Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário⁸

Direitos reais sobre coisa alheia, como o direito de superfície,

são formados a partir das estruturas [faculdades] componentes do domínio (...) Reduz-se o plexo de faculdades da situação dominial (...) e cria-se um novo direito real (CAMARGO PENTEADO, 2014, p. 148).

Extinto o direito de superfície, a propriedade recupera todas as faculdades que haviam sido transmitidas ao titular do direito real limitado. É a chamada elasticidade do direito real.

Já o titular do direito de laje tem “unidade *distinta* daquela originariamente constituída sobre o solo” (cf. art. 1.510-A, *caput*, CC).

6 Cf. art. 1.369, *caput*, CC: “O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, *por tempo determinado*, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis”.

Por sua vez, o art. 21, *caput*, da Lei n. 10.257/2001 determina que “O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, *por tempo determinado ou indeterminado*, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis”.

Todavia, como bem observam GELCER, PACHECO e WAGNER (2013, p. 7), “prazo indeterminado não quer dizer que o direito de superfície será perene. Não se deve admitir a anulação dos efeitos da acessão, mas apenas sua suspensão”, pelo que, observam os autores, a superfície por prazo indeterminado deve admitir a resilição unilateral, mediante denúncia, nos termos do art. 473 CC (cf. p. 8). No mesmo sentido, em obra de referência sobre o tema, MAZZEI (2007, p. 167-168).

Surge aqui importante diferença entre o direito de superfície no Brasil e em Portugal, já que o art. 1.524 do Código Civil Português expressamente admite o direito de superfície perpétuo.

7 Cf. art. 7º do Decreto-lei nº 271/1967: “É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas” (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007).

8 Cf. art. 1.375 CC; em sentido semelhante, art. 24, *caput*, da Lei 10.257/2001

Trata-se, portanto, de “unidade imobiliária *autônoma*”, nos termos expressos do art. 1.510-A, §§ 1º e 3º, CC. Surge, aqui, a distinção essencial entre o direito de superfície (que é um direito real sobre coisa alheia) e o direito de laje, que, como se verá, é direito real *sobre coisa própria*, não se sujeitando, portanto, às diversas limitações características do direito de superfície.

Assim, enquanto o superficiário deve respeitar a destinação prevista, sob pena de resolução da superfície (cf. art. 1.374 CC; e art. 24, § 1º, da Lei nº 10.257/2001), *Os titulares da laje [...] poderão dela usar, gozar e dispor* (cf. art. 1.510-A, § 3º CC).

Vê-se que o dispositivo foi moldado a partir do art. 1.228, *caput*, CC, a teor do qual *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*. A omissão da última parte do preceito levou GAGLIANO e VIANA (2017) a sustentar que *não poderá, o titular da laje, pretender ‘reivindicar’ o imóvel ou exercer direito de sequela, eis que tais poderes emanam apenas do direito de propriedade*.

Trata-se de conclusão inaceitável. O poder de sequela, e a respectiva ação reivindicatória, são apanágios não apenas da propriedade, mas de todos os direitos reais, dada a eficácia *erga omnes* destes. Como observa CAMARGO PENTEADO (2014, p. 115-116),

Os direitos reais dizem-se inerentes e dotados de ambulatoriedade. Esta é consequência daquela. A inerência descreve-se como a propriedade de o direito ter por objeto direto e imediato a coisa. *Inerir* significa ficar dentro, permanecer na estrutura constitutiva do bem, aproximando-o do sujeito [...]

Decorrência da inerência é o efeito da ambulatoriedade que têm os direitos reais. Eles acompanham o bem onde quer que ele vá ou se encontre, permitindo a sequela exercitável pelos mecanismos processuais idôneos⁹.

9 Também VANZELLA (2013, p. 81) observa que “[...] os direitos subjetivos reais são definidos como técnicas jurídicas de intitulação do assenhoreamento imediato de coisas, tuteladas por pretensões primariamente absolutas e por imunidades contra disposição e contra execuções judiciais de posições jurídicas subjetivas patrimoniais sobre coisas [...]”.

A autonomia se expressa, inclusive, no Direito Registral, tanto assim que a constituição de direito de superfície é simplesmente registrada na matrícula do imóvel respectivo (cf. art. 1.369, *caput*, CC; art. 21, *caput*, da Lei nº 10.257/2001; e art. 167, I, 39, LRP), que remanesce coisa alheia, ao passo que o direito de laje origina *unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria*, nos termos do art. 1.510, § 3º CC (cf. ainda, art. 176, § 9º, LRP).

São estes os pontos fundamentais para se compreender a disciplina brasileira do direito de laje, que se afasta dos direitos reais limitados (ditos “direitos reais sobre coisa alheia”) para se constituir, verdadeiramente, em *direito real sobre coisa própria*. O título aquisitivo deste direito será, de ordinário, contrato (de Direito das Coisas) que, no Registro de Imóveis, ensejará o surgimento de uma *nova matrícula e, a partir desta*, do direito de laje, tendo em vista o papel do Registro de Imóveis para a constituição e transmissão dos direitos reais *inter vivos*, no sistema do Direito Civil (cf. art. 1245 CC e art. 01º da Lei nº 6.015/73).

Destarte, tratando-se de um direito real sobre coisa própria, resulta perfeitamente possível que o proprietário de um terreno já edificado constitua, por negócio jurídico unilateral, direito de laje, passando a ser titular de dois direitos distintos (o direito de propriedade, relativo ao terreno e à respectiva construção-base, e o direito real de laje), que podem ser transmitidos independentemente um do outro.

4. Direito de laje e direitos reais sobre coisa alheia

Desnecessário, aqui, traçar qualquer paralelo com os direitos reais de garantia, cabendo tratar dos direitos reais de gozo, funcionalmente mais próximos ao direito de laje. Como observa CAMARGO PENTEADO (2014, p. 505),

Os direitos reais de gozo sobre a coisa alheia visam conferir ao titular da situação jurídica a possibilidade de realizar algum tipo de função utilidade sobre o bem objeto de propriedade de outro sujeito de direitos [...] São direitos reais de gozo sobre coisa alheia, no sistema privado a enfiteuse, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso e a habitação.

Ora, a enfiteuse civil é perpétua (cf. art. 679 CC 1916)¹⁰. Todavia, o titular da enfiteuse deve ao senhorio *uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável* (cf. art. 678 CC 1916), além do laudêmio, em caso de venda ou dação em pagamento (cf. art. 686 CC 1916), podendo perder a enfiteuse caso deixe de *pagar as pensões devidas, por três anos constitutivos*” (cf. art. 692, II, CC 1916). A subenfiteuse, por óbvio, *está sujeita às mesmas disposições que a enfiteuse* (cf. art. 694 CC 16)¹¹.

Por conta da tipicidade estrita, nenhuma disposição semelhante pode ser negocialmente fixada para o direito de laje, nem foro periódico, nem laudêmio. Não se pode prever qualquer pagamento para que o titular da laje se valha do que a lei já lhe outorga (*usar, gozar e dispor*, cf. art. 1.510, § 3º CC), mesmo porque se trata de direito real *sobre coisa própria*.

Quanto ao direito de superfície, já se viu ser temporário (determinado ou indeterminado o prazo). São igualmente *temporários* os direitos de usufruto (cf. art. 1.410 CC¹²), de uso (cf. art. 1.410 c./c. art. 1.413 CC) e de habitação (cf. art. 1.410 c./c. art. 1.416 CC). Em todos estes casos (de direitos reais sobre coisa alheia), o caráter temporário é uma decorrência da lei, e uma característica essencial destas figuras. Já o direito

10 A Lei Civil, contudo, previa um “direito de resgate” ao qual o foreiro (= enfiteuta) não podia renunciar (cf. art. 693 CC 1916), permitindo, assim, a consolidação da propriedade em suas mãos. Neste sentido, portanto, o direito de propriedade está subordinado à enfiteuse civil, pelo poder de resgate (irrenunciável), que cabe ao foreiro.

11 Como cedição, o art. 2.038 CC proibiu “a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores”.

12 Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:

I - pela renúncia ou morte do usufrutuário;

II - pelo termo de sua duração;

III - pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer;

IV - pela cessação do motivo de que se origina;

V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2ª parte, e 1.409;

VI - pela consolidação;

VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395;

VIII - Pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399).

de laje, como direito real sobre coisa própria, tem caráter permanente, apenas admitindo eventual limitação temporal por condição ou termo inserto no respectivo negócio jurídico, à semelhança do que ocorre com a propriedade resolúvel (cf. art. 1.359 CC).

Outrossim, não podem alterar a destinação do imóvel o superficiário, nem o usufrutuário (cf. art. 1.399 CC), o usuário (cf. art. 1.399 c./c. art. 1.413 CC) ou o habitador (cf. art. 1.399 c./c. art. 1.416 CC)¹³. Já o titular do direito de laje, direito real sobre coisa própria, dela pode *usar, gozar e dispor* (art. 1.510-A, § 3º CC) do modo mais amplo possível, nos limites permitidos pelo ordenamento e (em termos físicos) pelas características da construção-base, sem prejudicar *a linha arquitetônica ou o arranjo estético do edifício* (art. 1.510-B CC)¹⁴.

Por sua vez, o direito de superfície é transmissível *inter vivos e mortis causa* (embora nos termos do art. 1.372 CC e do art. 21, §§ 4º e 5º, do Estatuto da Cidade), o que não ocorre com o usufruto, o uso, ou a habitação.

Com efeito, os direitos de usufruto, uso ou habitação não são transmissíveis *mortis causa*, extinguindo-se pela morte do titular respectivo, ou pela extinção da pessoa jurídica (cf. art. 1410, incisos I e III, e art. 1.413, todos do CC)¹⁵. Ademais, não se pode transferir a titularidade do usufruto, mas apenas seu exercício (cf. arts. 1.393 e 1.399 CC). Também não se pode transferir a titularidade dos direitos reais de uso (cf. art. 1.393 c./c. art. 1.413 CC), ou de habitação (cf. art. 1.393 c./c. art. 1.416 CC)¹⁶. A

13 Cabe observar que o art. 1.399 CC prevê a possibilidade de mudança, com “expressa autorização do proprietário”, algo que se poderia estender também no uso (*ex vi* do art. 1.413 CC), tanto mais que nele se compreende o direito de fruição (cf. art. 1.412 CC). Já o direito real de habitação não permite nenhuma alteração fundamental da destinação do imóvel, por força dos termos expressos do art. 1.414 CC.

14 No plano dos direitos reais, eventuais limitações às faculdades compreendidas no direito real de laje apenas podem ser instituídas por servidão; outros negócios teriam eficácia apenas obrigacional.

15 O direito real de habitação, evidentemente, não pode ter como titular pessoa jurídica. Outrossim, quando outorgados a pessoa jurídica, o usufruto e o uso estão limitados a um prazo de trinta anos desde o início de seu exercício (cf. art. 1.410, III e art. 1.413 CC).

16 Os arts. 1.393 e 1.399 dispõem, respectivamente, que “Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”, e que “O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário”. Os arts. 1.413 e 1.416 CC, por sua vez, estendem aos direitos reais de uso e de habitação, “no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto”.

transferência do respectivo exercício enseja soluções distintas para uma e outra figura.

O direito real de uso, embora de caráter personalíssimo (cf. art. 1.412 CC, *quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família*), compreende o direito de fruição, pelo que se pode, eventualmente, cogitar de transferência do exercício (não da titularidade!) daquele direito (cf. arts. 1.393 e 1.399, c./c. art. 1413 CC). Quanto ao direito real de habitação, nem mesmo o respectivo uso pode ser cedido (cf. art. 1.414 CC)¹⁷.

Quanto ao direito de laje, a regra é sua transmissibilidade, *inter vivos* (respeitado o direito de preferência previsto no art. 1.510-D, CC) ou *mortis causa*. Como direito sobre coisa própria, o *paradigma do direito real de laje será, sempre, o direito de propriedade*, pelo que a norma relativa ao direito de preferência é excepcional (atendendo às peculiaridades da figura), e de interpretação estrita.

Ademais, nos estritos termos da lei, os direitos reais de usufruto, uso e habitação se extinguem pelo não uso (ou não fruição, nos dois primeiros casos), nos termos dos arts. 1.410, inciso VII, 1.413 e 1.416, todos do CC, algo que também ocorre com as servidões (embora neste caso se requiera dez anos contínuos de não utilização, cf. art. 1.389, III, CC). O direito de superfície não possui disposição semelhante, embora o *descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário* seja causa de extinção (por resolução, cabe apontar) do direito (cf. art. 23, II da Lei nº 10.257/2001).

Já o direito de laje, modelado a partir da propriedade, perde-se pelas mesmas formas por que se perde a propriedade (art. 1.275 CC), sendo que a hipótese de *pericimimento da coisa* (art. 1.275, IV) se traduz na ruína da construção-base, com o tratamento específico que lhe dá o art. 1.510-E CC.

Quanto à *concessão de direito real de uso* (prevista no DL nº 2.167/67), figura típica do Direito Administrativo, é transmissível *inter vivos* ou *mortis causa* (cf. art. 07º, § 4º, do DL nº 267/67). É, todavia, também uma figura temporária (ainda que admitindo prazo indeterminado).

¹⁷ Convém aqui recordar que o direito real de uso, figura do Direito Civil, não se confunde com a “concessão de direito real de uso”, figura de Direito Administrativo.

nado), que implica a outorga de direito real resolúvel (cf. art. 07º, *caput*), pelo qual o *concessionário fruirá plenamente* [sic] *do terreno para os fins estabelecidos no contrato* (cf. art. 7º, § 2º, do DL nº 267/67), expondo-se à resolução do mesmo se der ao imóvel *destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste* (cf. art. 7º, § 3º, do DL nº 267/67).

Em todos estes casos, verificam-se, nos direitos reais sobre coisa alheia, restrições *incompatíveis* com os poderes de usar, fruir, e dispor, atribuídos ao titular do direito de laje pelo art. 1.510-A, § 3º CC. Tais poderes foram modelados sobre os poderes do proprietário (art. 1.228 CC), que são afastados apenas pela disciplina legislativa específica do direito de laje. Portanto, tendo em vista a tipicidade estrita que caracteriza os direitos reais, não é possível modificar as prerrogativas (faculdades) do titular do direito de laje, salvo pelo recurso a outra figura de direito real, a servidão.

Pode ocorrer, contudo, que o título respectivo submeta o direito real de laje a termo ou condição resolutiva, à semelhança do que se passa com a propriedade resolúvel (art. 1.359 CC), pois aí o que se resolve (se extingue) é o *próprio direito real*, que já nasceu condicionado ou atermado¹⁸.

Escrevendo há alguns anos, observou CAMARGO PENTEADO (2014, p. 147) que *A coisa só é, em sentido específico, própria, no domínio*. Assim,

Os outros direitos reais que propiciam ao titular uma função de gozo, de aproveitamento, que não se sujeitam ao domínio, o pressupõem [...] Estes direitos reais são formados a partir das estruturas componentes do domínio. No usufruto, por exemplo, destacam-se particulares elementos da propriedade de um sujeito, para propiciar a outro, o usufrutuário, uma possibilidade de uso e retirada de vantagens do bem, sem a possibilidade de alienação, que é mantida ao proprietário [...] Quando se extingue o usufruto, [o direito de propriedade] volta a se expandir e permitir a situação de exercício pleno de poder. Este dinamismo de expansividade e contração é uma das qualidades da propriedade que se denomina de elasticidade (CAMARGO PENTEADO, 2014, P. 148).

18 Como observa CAMARGO PENTEADO (2014, p. 502), na hipótese do art. 1.359, “[...] a resolubilidade acompanhará a própria situação jurídica, no sentido de que, alienado o domínio [ou o direito de laje], ele carrega a possibilidade de vir a extinguir-se um dia”.

Tal elasticidade se expressa nas hipóteses de extinção da enfiteuse (cf. arts. 692 e 693 CC 1916, inclusive, pelo comisso, nos termos do art. 692, II, CC 1916), das servidões (cf. arts. 1.387-1389 CC, inclusive, pelo não uso, nos termos do art. 1.389, III, CC), e dos direitos (já de si *temporários*) de superfície (cf. art. 1.374 CC e arts. 23 e 24 da Lei nº 10.257/2001), do usufruto (cf. arts. 1.410 e 1411 CC), do uso (cf. art. 1.413 CC) e da habitação (cf. art. 1.416 CC).

Todas estas figuras, portanto, submetem-se a hipóteses de extinção mais numerosas, e distintas, daquelas aplicáveis à perda da propriedade, objeto do art. 1.275 CC¹⁹, ou do direito de laje (art. 1.275 e art. 1.510-E CC).

A única hipótese específica de extinção do direito de laje, decorrente da concepção mesma desta figura, é a ruína da construção-base (cf. art. 1.510-E, *caput*, CC), e isto *se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos* (cf. art. 1.510-E, inciso II, CC; há, portanto, uma fase de *quiescência* do direito de laje, antes de sua extinção). Note-se que a ruína do quanto construído pelo titular do direito de laje não implica a perda de seu direito, já que a faculdade de (re)construir está compreendida no direito de laje, sendo-lhe essencial. E, como se verá adiante, a “laje”, *a que se referem os arts. 1.510-A e ss., CC, não é bem corpóreo*.

Outrossim, os direitos de propriedade ou de laje (entre outras espécies de direito real) podem ser extintos pela usucapião. Com efeito, uma vez que a usucapião é causa de aquisição originária de direitos reais, isto significa que o direito anterior se extingue, surgindo em seu lugar (e sem solução de continuidade) novo direito de propriedade, ou de laje (para não mencionar os demais direitos reais passíveis de usucapião), sem qualquer ligação com o direito anterior²⁰.

19 Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: I - por alienação; II - pela renúncia; III - por abandono; IV - por perecimento da coisa; V - por desapropriação.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.

20 À laje são aplicáveis as mesmas formas e regras de usucapião aplicáveis à propriedade. A matrícula da laje continuará a mesma, apenas se registrando a sentença de usucapião, cujo efeito principal é declaratório, não constitutivo (cf. art. 1.238 CC, “podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença”).

O direito de laje supõe, segundo o art. 1.510-A, *caput*, do CC, uma construção-base, bem assim supõe um direito a partir do qual possa ser constituído, notadamente o direito de propriedade²¹. Todavia, o direito de laje já não supõe um direito de propriedade do mesmo modo que os direitos reais limitados o pressupõem, e isto por uma razão bastante simples, já adiantada supra, e que ora se passa a examinar em detalhe.

5. Laje como objeto de direito real sobre a coisa própria

No direito de superfície, a coisa, com seu respectivo espaço aéreo e subsolo (cf. art. 1.229 CC), não sofre qualquer fracionamento, continuando toda ela sob a propriedade do concedente. O que se destaca da propriedade são *faculdades*, posições jurídicas que passam ao superficiário, e que posteriormente retornarão à propriedade, em manifestação da já referida *elasticidade* dos direitos reais. Passa-se o mesmo com os demais direitos reais limitados. Como observa MAZZEI (2007, p. 211-212),

[...] a figura [direito de superfície] dá ensejo ao *direito real de alguém construir ou plantar no terreno alheio*, consoante interpretação harmônica do *caput* do artigo 1.369 do Código Civil com o *caput* do artigo 21 do Estatuto da Cidade.

[...]

Assim, pela leitura inicial que se faz de nosso ordenamento, tem-se que o superficiário – mediante convenção firmada por instrumento público – pode construir e/ou plantar sobre o terreno do proprietário, de tal forma que a edificação e/ou plantação que o primeiro acrescentar ao imóvel incorporará ao seu [do superficiário] patrimônio durante um prazo, sem que isso afete a propriedade do terreno, que continuará sendo do concedente.

MAZZEI (2007, p. 215) identifica, assim, três momentos no direito de superfície: (a) o direito real de implante (ou direito real de implantar), que permite ao superficiário edificar ou construir; (b) o direito real sobre o implante, que lhe permite manter o quanto construído ou plantado,

²¹ E, talvez, o de enfiteuse, hipótese que, todavia, necessita ser examinada em apartado.

pelo tempo que durar a superfície; e (c) a reversão, que se opera em favor do proprietário ao término do direito de superfície. Este é o conteúdo essencial, característico do direito de superfície.

Diferentemente do que ocorre com o direito de superfície (e outros direitos reais limitados), *o direito de laje não se configura como um conjunto de posições jurídicas subjetivas destacado do direito de propriedade, mas que a esta pode ser reconduzido.*

O que se destaca, para a formação do direito real de laje, não provém do conteúdo do direito de propriedade (entendendo-se por conteúdo o plexo de faculdades, de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas cabentes ao proprietário), *mas sim de seu objeto* (isto é, da coisa sobre a qual recaem as prerrogativas do proprietário), que passa a constituir um bem distinto, com plena individualidade jurídica em relação seja ao bem objeto do direito de propriedade, seja ao direito de propriedade mesmo.

Destarte, onde havia um direito real sobre a coisa própria, passa a haver *dois* (direito de propriedade e direito de laje), cada qual com seu respectivo objeto, terreno e construção-base num caso, e laje no outro.

Evidentemente, o fato de supor uma construção-base determina algumas particularidades (e mesmo restrições) seja ao conteúdo do direito de laje (cf. arts. 1.510-A, §§ 5º e 6º; 1.510-B; e 1.510-C, todos do CC), seja à própria subsistência do direito, no caso de ruína daquela construção. Ainda assim, o direito de laje surge a partir de um destaque *do objeto* do direito de propriedade, *não de seu conteúdo*, constituindo assim um direito real sobre coisa própria.

E esta conclusão, já evidenciada pela interpretação sistemática desenvolvida no Capítulo 4, *supra*, faz-se também expressa no próprio texto do direito positivo, mais especificamente, dos Direitos Civil e Registral.

Como visto, a constituição do direito de superfície decorre simplesmente do registro do título na matrícula do imóvel respectivo (cf. art. 1.369, *caput*, CC; art. 21, *caput*, da Lei nº 10.257/2001; e art. 167, I, 39, LRP). Dá-se o mesmo com a concessão de direito real de uso de imóvel público (art. 167, I, 40, LRP), a enfiteuse (art. 167, I, 10, LRP), as servidões (art. 167, I, 06, LRP), o usufruto, o uso e a habitação (art. 167, I, 07, LRP).

Deve-se recordar, aqui, a eficácia do Registro de Imóveis para a *constituição e transmissão* de direitos reais imobiliários *inter vivos* (cf. art. 1.245 CC e art. 252 LRP), ainda que limitadamente ao âmbito do Direito Civil²². Inclusive, portanto, para o direito de laje, que todavia tem por objeto *unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria*, nos termos do art. 1.510-A, § 3º CC (cf. ainda, art. 176, § 1º, I, e § 9º, todos da LRP). Pela importância, cabe reproduzir estes dispositivos:

Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

[...]

§ 3º Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. (Renumerado do art. 173 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975)

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas: (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 6.688, de 1979)

22 Argumento ex art. 01º, *caput*, LRP, a teor do qual “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos [p. ex., arts. 1245-1247 CC], ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei” (destaque nosso).

Nada obstante, verifica-se certa expansão do registro para algumas figuras do Direito Administrativo que, notadamente, aplicam-se às relações entre entes públicos e particulares (cf. art. 167, I, nn. 40 a 44, LRP).

Contudo, não se deve descurar que, para além destas figuras (“títulos” de transmissão), o Direito Administrativo possui modos próprios de constituição e transmissão de direitos reais, em relação aos quais a eficácia do registro será eminentemente declarativa, não constitutiva. Assim, p. ex., a transmissão *ex lege* de imóveis entre entes públicos, ou certas hipóteses de afetação.

I - cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei;

(...)

§ 9º – A instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

O art. 1.510-A, § 3º CC trata do *objeto* do direito real de laje, definindo a “laje” como uma “unidade imobiliária autônoma”. Esta autonomia se materializa no fato de a laje ser “constituída em matrícula própria”, já que, nos termos do art. 176, § 1º, I, da LRP, *cada imóvel terá matrícula própria*. Nota-se, portanto, que este dispositivo não trata, por elipse, do “direito de laje”. Trata, com técnica adequada, do objeto deste direito, a própria laje.

Portanto, embora a laje suponha uma construção-base (nos termos do art. 1.510-A, *caput*, CC), com esta não se confunde, tratando-se de *dois objetos juridicamente distintos*. Este é o definitivo ponto de rompimento com o sistema dos direitos reais limitados. O direito de laje é um direito real sobre coisa própria, pelo que o paradigma correspondente ao direito de laje é o da propriedade, não o dos direitos reais limitados (como o de superfície, p. ex.).

Com isto, no direito positivo brasileiro, é incabível afirmar que o direito de laje seria apenas uma espécie do direito de superfície, a “superfície por sobrelevação”. Poderia haver sido disciplinado assim, mas não o foi, remanescendo como questão distinta determinar se nosso direito admite ou não a superfície por sobrelevação.

Assim, se no passado era possível afirmar que *A coisa só é, em sentido específico, própria, no domínio* (CAMARGO PENTEADO, 2014, p. 147), a partir de 2017 já não é mais possível entender-se por “domínio” apenas o direito de propriedade referido no art. 1.225, I CC. *No domínio também se inclui o direito real de laje, constante do art. 1.225, XIII, CC*. Em termos mais diretos, a laje é objeto de um direito de domínio (porque direito real sobre uma coisa própria), e o direito de laje é uma espécie de direito de domínio.

6. A “laje” em sentido jurídico

Como visto, a “laje” consiste em “unidade imobiliária autônoma”, dotada de matrícula própria, o que também ocorre com as diversas unidades de um condomínio em edificação (cf. art. 1.331 CC 2002). Todavia, surgem aqui duas diferenças fundamentais.

Por primeiro, a laje não implica qualquer propriedade do solo *natural* (ou da construção subjacente), nem mesmo em fração ideal (cf. art. 1.510-A, § 4º CC), ao contrário do condomínio edilício (cf. art. 1.331, § 3º CC²³). A individualização entre o imóvel subjacente (terreno e construção-base) e a laje é maior, portanto, do que aquela que se verifica relativamente às unidades autônomas em condomínios edilícios.

E, em segundo lugar, nos condomínios edilícios, a unidade autônoma é coisa, no sentido tradicional do termo (bem corpóreo). Já a laje pode se configurar, num primeiro momento (i.e., antes de qualquer construção pelo titular da laje), como bem incorpóreo, supondo a construção-base, mas sem com esta se confundir juridicamente²⁴.

Ou seja, a laje surge como bem incorpóreo, e assim se mantém, enquanto o titular do direito respectivo não exerce sua faculdade de construir. Isto é visível na hipótese mais frequente, em que a laje é sobrejacente à construção-base, e ainda não se procedeu a qualquer constru-

23 Cf. art. 1.331, *caput*: “Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos”. E o respectivo § 1º refere-se às “partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns”.

24 Esse aspecto se depreende, inclusive, do Provimento CGJ 51/2017, que criou a Seção XIII do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, dispondo sobre os “novos Institutos Urbanísticos”, dentre estes o direito de laje (cf. Seção XIII, Subseção I). Assim, dispõe o novo item 437 que “Constitui-se o direito de laje mediante abertura de matrícula própria e poderá ser instituído por requerimento formulado pelo proprietário da construção-base existente, em construção ou projetada”. Ora, se até a construção-base pode ser meramente projetada, bem se evidencia que a laje (isto é, o objeto do direito de laje) pode surgir como um bem incorpóreo.

Por sua vez, o item 438 estabelece que “Caso a construção-base não esteja averbada na matrícula do terreno, ou tenha dimensão inferior à laje projetada, deverá ser averbado o projeto de plataforma a esta correspondente, precedente ou concomitantemente à instituição do direito da laje”. Ora, se o “projeto de plataforma” (sobre a qual o titular do direito de laje poderá edificar) pode ser averbado na matrícula da construção-base concomitantemente à instituição do direito de laje, mais uma vez se evidencia que a laje (i.e., o objeto do direito de laje) surge como um bem incorpóreo.

ção. Todavia, é o que ocorre também na laje subjacente, já que esta não se confunde com a massa de terra que será deslocada para (ou com) a realização das obras do titular da laje.

Laje, portanto, é sempre área, e respectivo volume, como projeção vertical desta área. A demonstração deste ponto, contudo, exige análise mais detalhada da legislação respectiva. Antes, porém, é oportuna uma breve comparação com o Direito Português.

É incompatível com o direito de laje (e também com o direito de superfície), tal como regulado no CC 2002, o art. 1.532 do Código Civil Português, a teor do qual:

Enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação.

À vista deste art. 1.532, parte da doutrina portuguesa considera que o direito de superfície, em seu primeiro momento (isto é, antes de qualquer construção pelo superficiário), não é um direito real, mas apenas um direito potestativo (cf. p. ex. CARVALHO FERNANDES, 2006, item 3.II).

Tal concepção é inadequada para o direito positivo brasileiro. No Brasil, o direito de laje surge, *ab initio*, como um direito real. Portanto, o poder de construir está, desde o início, compreendido no direito real de laje, à semelhança do que ocorre com o direito real de propriedade (cf. art. 1.228 CC).

Feita esta observação, pode-se demonstrar, a partir do art. 1.510-A, *caput* e § 1º, CC, que a laje é sempre área, e respectivo volume, como projeção vertical desta área.

Nos termos do art. 1.510-A, *caput*, CC, o *proprietário de uma construção-base pode ceder a superfície superior ou inferior de sua construção*. Todavia, o respectivo § 1º estabelece que o direito real de laje *contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical*. Necessário verificar, portanto, como se compatibilizam os referidos dispositivos.

À primeira vista, o *caput* do art. 1.510-A parece referir-se a um bem corpóreo, uma coisa que seria o (ou se incluiria no) objeto material do direito de laje, a “superfície superior ou inferior” da construção-base, a partir da qual o titular do direito de laje pode edificar.

Todavia, tal interpretação (que faria da laje um bem corpóreo, físico) acaba sendo afastada pela necessidade de interpretação harmônica entre o *caput* e o § 1º do art. 1.510-A, que se passa a examinar.

Como cedição, o art. 1.510-A, § 1º deve ser interpretado em consonância com o respectivo *caput*. Isto significa que não será possível estabelecer direito real de laje diretamente sobre terreno não edificado. Alguma construção o terreno deverá conter, e sobre ela se estabelece a unidade autônoma ora denominada “laje” (que, como se observou, surge como bem incorpóreo, e assim se mantém, enquanto o titular do direito respectivo não exerce sua faculdade de construir).

Todavia, o art. 1.510-A, § 1º CC abre uma possibilidade importante. Convém reproduzir o teor da norma, para facilitar a análise:

§ 1º – O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

O dispositivo enseja a comparação com o art. 1.229 CC, a teor do qual *A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício [...]*, abrindo duas *aparentes* possibilidades interpretativas:

- (a) o direito de laje compreende a “superfície, superior ou inferior” da construção-base (entendida em seu sentido físico, corpóreo, como a superfície de uma laje de alvenaria ou, mais raramente, de madeira), além do respectivo espaço aéreo ou subsolo, conforme o caso, tomado em projeção vertical; ou
- (b) o direito de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo (conforme o caso), mas a superfície, aqui, não deve ser entendida em seu sentido físico (como em “a”), mas sim como a área disponível ao titular da laje para edificação.

E, como se passa a expor, somente esta última possibilidade se afigura adequada a harmonizar o *caput* e o § 1º do art. 1.510-A CC.

Com efeito, se as condições técnicas o permitirem, a laje, ainda que partindo de uma construção-base, pode ocupar *área maior que a desta*

construção, projetando-se no espaço do terreno circundante à construção-base. Em casos que tais, o direito de laje assenta-se sobre uma construção-base, mas faz todo o sentido estabelecer que tal direito *contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical*, como estabelece o § 1º.

De “terrenos”, note-se, e não apenas da “superfície superior ou inferior” da construção-base, como a leitura isolada do art. 1.510-A, *caput* poderia dar a entender. A laje, portanto, contemplando *o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, pode também se estender, em projeção horizontal, a partir da respectiva construção-base, sobre a qual se assenta*. Exemplo comezinho disto é a construção de varandas, que se projetam para além da superfície da construção-base.

Por isto é que se deve entender a laje como *área disponível, ao titular deste direito, para edificação*, nos termos da alternativa “b”, *supra*. Este é seu sentido primeiro, anterior a qualquer construção pelo titular da laje.

E, ainda que se quisesse admitir um sentido corpóreo, físico, para a “superfície superior ou inferior” da construção-base (como na alternativa “a”), o § 1º do art. 1.510-A demonstra que a laje é *mais que isto*, ao permitir a projeção, no plano horizontal, para além da área da construção-base.

O § 1º, como visto, após expressar que o direito de laje *contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical*, estabelece que tal direito não contempla *as demais áreas edificadas*, dispositivo que deve ser entendido de maneira adequada.

Como esclarece o § 1º, o direito de laje *não contempla* “as demais áreas edificadas”, quer se trate da construção-base, ou de construção sobrejacente (laje posterior), ou mesmo de outras áreas edificadas, compreendidas no mesmo terreno (i.e., na mesma matrícula), mas sobre as quais não se constituiu qualquer direito de laje. Tornaremos a este ponto na seção seguinte, que trata da (in)existência de condomínio.

Neste contexto, o § 1º veda ao titular da laje estender eventual construção (em projeção horizontal, a partir da respectiva construção-base) por sobre áreas (edificadas ou mesmo não edificadas, cabe acrescentar) que *não* foram incluídas (em projeção vertical), no objeto do direito de laje, quando da constituição deste.

7. Laje, construção-base e matrícula(s)

Como visto, a partir da interpretação do art. 1.510-A, § 1º CC, tudo depende da área que se confere a determinada laje, a partir da respectiva construção-base – área esta que, à luz do mesmo § 1º, pode se projetar sobre *outras áreas* (edificadas ou não), compreendidas na matrícula do terreno e da construção-base.

Obviamente, para que tal ocorra, as áreas circundantes à construção-base devem (em princípio) pertencer ao mesmo proprietário, que concorrerá à constituição do direito de laje.

E, ademais, pode parecer *prima facie* imprescindível que toda a área objeto do direito de laje (ou seja, que toda a “laje”, no sentido do item “b”, *supra*) seja decorrente de uma e mesma matrícula. É o que se poderia concluir em interpretação literal do art. 176, § 9º, da LRP, a teor do qual:

A instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca. Note-se, aqui, o uso do singular.

Todavia, este dispositivo deve ser interpretado em consonância ao art. 1.510-A, § 1º CC, ao qual o Registro de Imóveis (por essencial que seja, no âmbito do Direito Civil) deve servir de instrumento, tanto mais à vista dos arts. 1º e 172 da Lei nº 6.015/73²⁵.

Nessa linha, o uso do singular (“na matrícula da construção-base”) representa apenas a hipótese mais comum, o *id quod plerumque accidit*,

25 O art. 1º da Lei nº 6.015/73 dá bem a ideia da natureza instrumental do registro, ao estabelecer que “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei”.

Portanto, onde a legislação civil permite determinado negócio jurídico imobiliário, deve haver para ele uma adequada solução registral. É isto que explica a norma geral do art. 172 da LRP, a teor do qual:

Art. 172. No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, ‘*inter vivos*’ ou ‘*mortis causa*’ quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

e não uma imposição legal. Assim, não é necessário que toda a área outorgada ao titular do direito de laje esteja compreendida em uma única matrícula (referente ao terreno). Necessário é, apenas, que a laje se assente sobre uma construção-base (como visto, sem necessariamente estar limitada à área desta), e que a área ocupada pela laje esteja sob o poder de disposição do respectivo outorgante, isto é, o proprietário do terreno onde se assenta a respectiva construção-base.

Ainda que sejam várias as matrículas de terrenos, se contíguos, unificáveis e pertencentes ao mesmo proprietário, este, em tese, pode instituir um único direito de laje, partindo da construção-base existente (ou projetada) em qualquer dos imóveis. Será imprescindível, todavia, a averbação da instituição do direito de laje em cada uma das matrículas de terreno (com a devida e respectiva descrição).

Com efeito (e sempre considerando que a laje pode abranger área *maior* que a da respectiva construção-base, como visto *supra*), é possível que a matrícula do terreno em que edificada a construção-base sofra posterior desdobro ou desmembramento, e o direito de laje, inicialmente averbado em uma única matrícula, passe a constar das matrículas decorrentes do desmembramento ou desdobro do imóvel originário²⁶.

Nesta hipótese, a averbação, em cada uma das novas matrículas, deve necessariamente conter a *precisa descrição da área* que, em projeção ver-

26 Já se entrevê, aqui, uma hipótese ulterior, qual seja, a possibilidade das matrículas contíguas não pertencerem ao mesmo proprietário. Pode dar-se que uma única laje, partindo da mesma construção-base, projete-se para além da área do terreno respectivo, abrangendo áreas de matrículas vizinhas, e pertencentes a proprietários distintos que, evidentemente, deverão concorrer para a extensão do direito de laje às áreas de seus imóveis, que deverá ser devidamente averbada nas matrículas respectivas.

E pode dar-se, ainda, que cada um destes terrenos, pertencentes a distintos proprietários, possua uma construção-base (existente ou projetada), e o interessado adquira o direito de laje por qualquer das formas em direito admitidas, dando origem a várias lajes *em tese* passíveis de unificação após a instituição.

Surge aqui uma questão: como tratar-se, nestas hipóteses, o direito de preferência, atribuído ao proprietário da construção-base? Tal direito pode resultar funcionalmente inaplicável, ou mesmo inadmissível. Uma das maneiras de se obviar esta questão, *ab initio*, é pela instituição de *servidão*, que tenha por objeto justamente o não exercício deste direito. Convém recordar, ao ensejo, o art. 1386 CC, a teor do qual “As servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro”.

tical do terreno (edificado ou não) resultante do desmembramento, esteja compreendida no direito de laje. Outrossim, e considerando o art. 172 da LRP, deve-se averbar também *a partir de qual altura* foi constituído o direito de laje, elemento fundamental para se determinar o espaço aéreo ainda cabente ao proprietário do terreno (cf. art. 1.229 CC).

Em todo caso, ainda que (*ad argumentandum*) os serviços registrais, ou as respectivas Corregedorias, não admitam a instituição de um único direito de laje decorrente de mais de uma matrícula (contígua), remanesce a possibilidade de regularização do terreno, para que, unificado, passe a representar a dimensão possível da laje a ser instituída.

Outrossim, caso os Registros de Imóveis ou as Corregedorias Gerais de Justiça em princípio não admitam a hipótese de a laje atingir mais de uma matrícula (do mesmo proprietário ou, na hipótese-limite, de proprietários distintos, cf. nota nº 24, *supra*), será possível à União ou aos Estados constituir direito de laje sobre seus próprios imóveis, procedendo à prévia abertura (se o caso) e unificação das matrículas dos terrenos onde estão edificadas as construções-base, nos termos do art. 195-B da Lei nº 6.015/73 (cuja redação, aliás, foi alterada pela Lei nº 13.465/2017)²⁷.

27 Art. 195-B. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão solicitar ao registro de imóveis competente a abertura de matrícula de parte ou da totalidade de imóveis urbanos sem registro anterior, cujo domínio lhes tenha sido assegurado pela legislação, por meio de requerimento acompanhado dos documentos previstos nos incisos I, II e III do *caput* do art. 195-A, inclusive para as terras devolutas, dispensado o procedimento discriminatório administrativo ou judicial. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º. Recebido o requerimento na forma prevista no *caput* deste artigo, o oficial do registro de imóveis abrirá a matrícula em nome do requerente, observado o disposto nos §§ 5º e 6º do art. 195-A. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º. O Município poderá realizar, em acordo com o Estado, o procedimento de que trata este artigo e requerer, em nome deste, no registro de imóveis competente a abertura de matrícula de imóveis urbanos situados nos limites do respectivo território municipal. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 3º. O procedimento de que trata este artigo poderá ser adotado pela União para o registro de imóveis rurais de sua propriedade, observado o disposto nos §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do art. 176 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 4º. Para a abertura de matrícula em nome da União com base neste artigo, a comprovação de que trata o inciso II do *caput* do art. 195-A será realizada, no que couber, mediante o procedimento de notificação previsto nos arts. 12-A e 12-B do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, com ressalva quanto ao prazo para apresentação de eventuais impugnações, que será de quinze dias, na hipótese de notificação pessoal, e de trinta dias, na hipótese de notificação por edital. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Após analisar as relações entre a laje e o terreno, cabe recordar, especialmente a partir dos itens 437 e 438 do Capítulo XX das NS-CGJ, que a construção-base não precisa existir fisicamente ao tempo da constituição do direito de laje, desde que, projetada, tenha seu projeto averbado à margem da matrícula. É a seguinte a redação dos dispositivos:

437. Constitui-se o direito de laje mediante abertura de matrícula própria e poderá ser instituído por requerimento formulado pelo proprietário da construção-base existente, em construção ou projetada.
438. Caso a construção-base não esteja averbada na matrícula do terreno, ou tenha dimensão inferior à laje projetada, deverá ser averbado o projeto de plataforma a esta correspondente, precedente ou concomitantemente à instituição do direito da laje.

Outrossim, o item 438 deixa claro que a laje (i.e., o objeto do direito de laje, que surge como um bem incorpóreo) pode se estender, em projeção horizontal, sobre área maior que a ocupada pela construção base, como já referido. Contudo,

Caso a construção-base (...) tenha dimensão inferior à laje projetada, deverá ser averbado o projeto de plataforma a esta correspondente, precedente ou concomitantemente à instituição do direito da laje.

Evidentemente, e à luz do quanto exposto *supra*, tal “projeto de plataforma” na verdade *define os limites* da laje (i.e., do objeto do direito de laje), eventualmente contemplando as soluções técnicas para a subseqüente construção. Tanto é assim que o item 438 refere-se à *plataforma a esta correspondente*, isto é, correspondente à laje, evidenciando que, seja este projeto, seja a plataforma (construção) dele resultante correspondem, em termos jurídicos, à laje (objeto do direito de laje, que pode surgir como bem incorpóreo), e à subseqüente construção, decorrente da faculdade (ou poder) de construir, compreendida no direito de laje²⁸.

28 Nada impede, contudo, que o titular da construção-base a modifique (ou projete sua modificação), construindo uma tal plataforma, no exercício de seus poderes de proprietário, de maneira que esta plataforma aceda à própria construção-base, tornando-se parte integrante desta. Neste caso, a laje se constitui e se desenvolve a *partir desta* plataforma, sem, todavia, compreendê-la.

8. Direito de laje, uso do solo e servidões

No mais, já se viu que a laje (no sentido da alternativa “b”, *supra*) supõe sempre uma construção-base, ainda que em projeto. É necessário verificar, todavia, se elementos auxiliares à construção que o titular da laje pretende executar podem partir diretamente do solo, ou mesmo do subsolo. Basta recordar, aqui, um exemplo simples e certamente comezinho, o da edificação com dois pavimentos independentes, o segundo dos quais com entrada autônoma, servida por escada exclusiva, externa, que sobe do térreo ao segundo pavimento.

Assim, tendo em vista esta situação (e os problemas urbanos que o direito de laje visa resolver, pela regularização), é possível que se consolide uma interpretação ampliativa, no sentido de que laje necessariamente deverá ser estabelecida a partir de uma construção-base, podendo, todavia, incluir a área de alguns elementos conexos, apoiados diretamente sobre o solo, e mesmo cujas fundações impliquem na utilização do subsolo (situação mais comum).

Nos casos, por exemplo, em que as construções a serem feitas na laje forem de tamanha envergadura que demandem reforço estrutural, novas fundações ou mesmo a instalação de verdadeira plataforma física de apoio, é possível que estes elementos fixados diretamente sobre o solo passem a configurar (e mesmo a integrar) a construção-base, cujas dimensões deverão ser averbadas na matrícula do terreno. Já as construções erguidas na laje (com as dimensões constantes da respectiva matrícula e, portanto, individualizada em relação ao terreno e construção-base) serão essencialmente independentes, sem prejuízo da necessidade de dispor sobre a responsabilidade pela manutenção e conservação das partes que sirvam à construção toda.

De qualquer maneira, elementos como a escada (no exemplo citado), que partam do solo ou do subsolo (e não, diretamente, da construção-base) também poderiam ser objeto de *servidão*, nos termos dos arts. 1.378 ss., CC²⁹, cabendo as obras respectivas ao titular do prédio

29 Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.

dominante (no caso, a laje)³⁰. É importante notar que, como direitos reais limitados, o exercício das servidões se restringe às necessidades do prédio dominante e, se o caso, às finalidades previstas no contrato³¹. Outrossim, podem ser pactuadas servidões tanto em favor da laje (gravando, portanto, o imóvel subjacente), quanto em favor do imóvel subjacente (terreno mais construção-base), gravando a laje.

Por mais que o direito de laje se afigure distinto do direito de superfície, o legislador brasileiro poderia, aqui, haver-se inspirado no art. 1.529, nº 1, do Código Civil Português, a teor do qual:

A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidões necessárias ao uso e fruição da obra ou das árvores; se no título não forem designados o local e as demais condições de exercício das servidões, serão fixados, na falta de acordo, pelo tribunal.

É possível que a doutrina e a jurisprudência acabem se encaminhando para alguma solução de efeitos práticos semelhantes, tendo em vista sobretudo a função do direito de laje. Todavia, no contexto atual, melhor proceder ao estabelecimento negocial de servidões, em favor da laje (considerada, no caso, prédio dominante).

Com efeito, a laje constitui espécie de direito de domínio (o paradigma do direito de laje, como já referido, é o do direito de propriedade), com objeto próprio e distinto do imóvel subjacente. Assim, nada impede que este imóvel subjacente (terreno com a respectiva construção-base, ou laje anterior) seja gravado com servidões em benefício da laje, como prédio dominante (e vice-versa). Tais servidões podem, por exemplo,

30 Cf. art. 1.380 (“O dono de uma servidão pode fazer todas as obras necessárias à sua conservação e uso, e, se a servidão pertencer a mais de um prédio, serão as despesas rateadas entre os respectivos donos”), e art. 1.381 (“As obras a que se refere o artigo antecedente devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser expressamente o título”), ambos do Código Civil.

31 Cf. art. 1.385, CC: Restringir-se-á o exercício da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente.

§ 1º Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro.

§ 2º Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa.

§ 3º Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso.

contemplar a conservação, reforço, melhora ou mesmo substituição dos elementos que servem a todo o edifício, tendo em vista a construção que o titular da laje pretenda erguer.

Observamos, ao ensejo, que as servidões de interesse para o exercício do direito de laje podem ser fixadas já na escritura pública de constituição deste direito, estabelecendo-se, portanto, contratualmente, o que o titular da laje (e das servidões respectivas, se o caso) pode ou não fazer.

Fixados estes pontos, é possível analisar o que o titular da laje pode ou não fazer, relativamente à sua faculdade (poder) de construir, que se compreende no art. 1.510-A, § 3º (*usar, gozar e dispor*).

Nesse sentido, necessário ainda fazer algumas observações acerca das possíveis relações entre o direito de laje e o condomínio, sobretudo tendo em vista que, de fato, a estrutura de madeira ou alvenaria, que constitui o teto de uma unidade (da construção-base, por exemplo, ou de uma laje anterior), servirá como piso da unidade subsequente (uma laje subsequente).

9. Laje e condomínio(s) – Inexistência de condomínio por meação de soalhos e tetos

Com efeito, para melhor caracterização do objeto do direito de laje (i.e., da “laje”), afigura-se necessário analisar, em maior detalhe, as possíveis consequências jurídicas de se *ceder a superfície superior ou inferior de sua construção*, nos termos do art. 1.510-A CC, especialmente com relação ao teto da construção subjacente (construção-base ou laje anterior). Procuramos utilizar o termo “teto” para designar a estrutura de madeira ou alvenaria que serve de base a uma construção sucessiva, um elemento *corpóreo* (em geral preexistente) e, assim, juridicamente distinto da “laje”, i.e., do objeto do direito de laje, tal como definido *supra*.

Portanto, não se faz referência, aqui, ao quanto possa ser construído pelo titular da laje, mas sim àquele elemento já preexistente ou que, projetado e construído pelo titular da construção-base, integra-se a esta, por acessão (cf. nota n. 26, *supra*).

Defendendo a existência de um suposto condomínio por meação de soalhos e tetos, entende ELIAS DE OLIVEIRA (2017, p. 9) que:

A nova norma incorporada ao Código Civil atentou para a semelhança do direito real de laje às figuras dos condomínios no tocante à interligação arquitetônica do objeto desse com a construção-base e para o fato de o direito real de laje implicar a criação de um condomínio necessário sobre a sua face lindeira com a construção-base ou com as lajes sucessivas anteriores (art. 1.327 CC).

O autor aponta, portanto, para uma ampliação sistemática dos casos de condomínio necessário, tratados pelo art. 1.327 ss. CC, a teor do qual *O condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código (arts. 1.297 e 1.298; 1.304 a 1.307)*. Como visto, o artigo se refere, expressamente, apenas às divisas que, incidindo perpendicularmente ao imóvel, limitam seu comprimento e largura, mas não a quaisquer divisas que, em projeção do plano horizontal do imóvel, limitariam sua altura.

Todavia, o art. 5º da Lei nº 4.591/64 estabelece que *O condomínio por meação de parede, soalhos, e tetos das unidades isoladas, regular-se-á pelo disposto no Código Civil, no que lhe for aplicável*, ampliando o alcance do condomínio necessário (ao menos relativamente aos condomínios edilícios). Tal norma, contudo, não foi reproduzida pelo CC na parte concernente ao condomínio edilício, (cf. arts. 1.331-1.358), por razões a serem analisadas a seguir.

A meação pode ocorrer por duas formas, uma decorrente do art. 1.305 CC (*O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo...*), e outra decorrente do art. 1.328 CC (*O proprietário que tiver direito a estremar um imóvel com paredes, cercas, muros, valas ou valados, tê-lo-á igualmente a adquirir meação na parede, muro, valado ou cerca do vizinho...*). *Prima facie*, não ocorrendo estas hipóteses, não haverá meação³².

32 Dispõe o art. 1.305, parágrafo único, CC que: “Se a parede divisória pertencer a um dos vizinhos, e não tiver capacidade para ser travejada pelo outro, não poderá este fazer-lhe alicerce ao pé sem prestar caução àquele, pelo risco a que expõe a construção anterior”.

A *contrario sensu*, portanto, seria possível entender que o dispositivo faculta, ao proprietário do terreno vizinho, travejar a parede divisória, mesmo que não seja condômino desta parede. De nossa parte, contudo, temos que a interpretação isolada deste preceito não leva à conclusão mais acertada, devendo haver interpretação sistemática do art. 1.305, parágrafo único, com o art. 1.328 (que dispõe sobre o poder de adquirir meação na parede do vizinho),

A nosso ver, a menção à “superfície”, superior ou inferior, de uma determinada construção, empregada pelo art. 1.510-A, *caput*, CC, tem por efeito *afastar*, e não atrair, a disciplina do condomínio necessário, ou seja, exatamente o oposto do que sustenta ELIAS DE OLIVEIRA.

A referida norma não trata de cessão do “teto” (estrutura de madeira ou alvenaria), nem mesmo da face superior deste teto, ou de eventual meação deste (entendendo-se o “teto” sempre no sentido corpóreo, físico, como estrutura de madeira ou alvenaria), mas sim de cessão “[d] a *superfície* superior (...) de sua construção”, indicando com isto uma separação juridicamente bastante clara entre a construção-base (ou a laje anterior) e a unidade construída pelo titular do direito de laje.

A interpretação proposta, a partir do art. 1.510-A, *caput*, CC, é a única que se harmoniza com os §§ 1º e 4º do mesmo artigo, como se passa a demonstrar.

Como dispõe o art. 1.510-A, § 1º:

O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.

Tal dispositivo já foi examinado, na parte concernente às *demais áreas edificadas*, interpretando-se o § 1º em conjunção ao *caput* do artigo 1.510-A. Como visto, na parte em que exclui o direito de laje sobre *as demais áreas edificadas*, o § 1º reforça a ideia de que a laje constitui unidade imobiliária autônoma (o que transparece no art. 1.510-A, *caput*, no próprio § 1º, e também no § 3º). Neste passo, o dispositivo contribui para afastar eventual ideia de condomínio, entre o titular da construção-base e o titular da laje, sobre a estrutura física (de madeira ou alvenaria) que divide as duas unidades, sendo o “teto” de uma e o “pisso” (soalho) da outra.

Esta norma, que já se extrai do § 1º, é complementada (ou, antes, explicitada) pelo art. 1.510-A, § 4º, a teor do qual *A instituição do di-*

e também do art. 1.306 CC, a teor do qual “O condômino da parede-meia pode utilizá-la até ao meio da espessura (...)”. Destarte, e pelo teor literal do artigo, não é qualquer confrontante que pode utilizar a parede divisória até o meio de sua espessura, mas apenas o condômino, o assim caracterizado *ex vi* do art. 1.305 ou do art. 1.328 CC.

reito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

Ora, ambos os dispositivos servem a esclarecer que a laje não implica co-titularidade de quaisquer outras áreas construídas, nem participação proporcional (como seria o caso de meação de tetos/soalhos), nem frações ideais. É por isso, aliás, que o art. 1.510-C emprega a expressão *partes que sirvam a todo o edifício*, sem aludir a qualquer forma condominial.

Portanto, ainda que, em termos físicos, a construção decorrente do direito de laje não seja meramente sobreposta à construção-base, *juridicamente se nota o intento do legislador em separar, nitidamente, uma e outra*. Nada obstante, resta traçar a disciplina jurídica das partes que servem tanto à construção-base quanto àquela realizada pela titular do direito de laje.

10. A disciplina das “partes que sirvam a todo o edifício”.

A “laje” em sentido físico

Fixada esta premissa, pode-se passar à interpretação do art. 1.510-C do Código Civil, que trata das “partes que sirvam a todo o edifício”.

Do quanto exposto *supra*, a partir do art. 1.510-A, *caput* e §§ 1º e 4º, verifica-se que o direito de laje *não implica a existência de qualquer condomínio*, nem mesmo por meação de tetos ou soalhos, de maneira que a aplicação das normas sobre condomínio (*edilício*, segundo o art. 1.510-C) se faz apenas por extensão legislativa.

Note-se ao ensejo que, em nenhum momento, o art. 1.510-C se refere a *partes comuns* (como se verifica nas normas referentes ao condomínio edilício³³), mas sim a *partes que sirvam a todo o edifício*, cujas

33 Cf., apenas para comparação, os arts. 1.331 e 1.332, CC (destaques nossos):

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e *partes que são propriedade comum* dos condôminos.

§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelouças, com as respectivas frações ideais no solo e nas *outras partes comuns*, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. (Redação dada pela Lei nº 12.607, de 2012)

respectivas *despesas necessárias à conservação e fruição* devem ser *partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato*.

Portanto, em que pese a referência às normas do condomínio edilício, resta evidente que o art. 1.510-C está em harmonia com o art. 1.510-A, *caput*, e §§ 1º e 4º, todos do CC, e deve ser interpretado de acordo com estes dispositivos. Assim, o Código Civil não pretendeu estabelecer nenhum condomínio entre os elementos (cf. art. 1.510-C, § 1º, I-IV, CC) que servem à construção-base e à construção decorrente do direito de laje.

E tanto não estabelece condomínio que o rateio das despesas não se faz por *meação*, nem de acordo com uma suposta (e inexistente, no caso) *fração ideal das partes que sirvam a todo o edifício*, mas sim *na proporção que venha a ser estipulada em contrato*.

Tem-se, portanto, que as “partes que sirvam a todo o edifício”, *ainda que fisicamente se afigurem como um contínuo* (tal como ocorre com as escadas, colunas, encanamentos, e os tetos/soalhos) *estão compreendidas em direitos distintos* (um, do proprietário do terreno e da construção-base; outro, do titular do direito de laje), conforme os respectivos segmentos se compreendam na construção-base ou a partir da laje (em seu sentido jurídico).

§ 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e *as demais partes comuns*, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, *uma fração ideal* no solo e *nas outras partes comuns*, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 4º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5º O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras *e das partes comuns*;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno *e partes comuns*;

III - o fim a que as unidades se destinam.

Neste contexto, cabe agora tratar da “laje”, *não em seu sentido jurídico*, mas sim em sentido corpóreo, físico, definida em Engenharia como *um elemento plano [estrutural], bidimensional, cuja função principal é servir de piso ou cobertura nas construções, e que se destina geralmente a receber as ações verticais aplicadas [...]* (SANTOS BASTOS, 2014, p. 66). Vale destacar um excerto maior, em que bem se vislumbra a laje como *elemento estrutural*:

4.1.1 Classificação Geométrica dos Elementos Estruturais

Neste item apresenta-se uma classificação dos *elementos estruturais* com base na geometria e nas dimensões, e também as principais características dos elementos estruturais mais importantes e comuns nas construções em Concreto Armado. A classificação dos elementos estruturais segundo a sua geometria se faz comparando a ordem de grandeza das três dimensões principais do elemento (comprimento, altura e espessura).

[...]

4.1.2 Elementos Bidimensionais

São também chamados “*elementos de superfície*”. São aqueles onde a espessura é pequena comparada às outras duas dimensões (comprimento e largura - Figura 4.1c) (NBR 6118, item 14.4.2). Os exemplos mais comuns são as lajes e as paredes, como de reservatórios. *Quando a superfície é plana tem-se a placa ou a chapa. A placa tem o carregamento perpendicular ao plano da superfície, e a chapa tem o carregamento contido no plano da superfície (Figura 4.2). O exemplo mais comum de placa é a laje e de chapa é a viga-parede*¹. Quando a superfície é curva o elemento é chamado casca [...].

[...]

4.1.4 Laje

Laje é um elemento plano, bidimensional, cuja função principal é servir de piso ou cobertura nas construções, e que se destina geralmente a receber as ações verticais aplicadas, provenientes da utilização da laje em função de sua finalidade arquitetônica, como de pessoas, móveis, pisos, paredes, e de outros mais variados tipos de carga que podem existir. As ações perpendiculares ao plano da laje podem ser separadas em: distribuída na área: peso próprio, contrapiso, revestimento na borda inferior

etc; distribuída linearmente: carga de parede apoiada na laje; concentrada: pilar apoiado na laje. As ações são geralmente transmitidas para as vigas de apoio nas bordas da laje [...] mas eventualmente também podem ser transmitidas diretamente aos pilares. As lajes existem em variados tipos, como maciças, nervuradas, lisas, pré-moldadas etc. [...] (SANTOS BASTOS, 2014, p. 64-66; destaques nossos).

Como se viu, os elementos estruturais *não são titulados em condomínio*, nem por meação, nem edifício. Neste contexto, cabe definir se as normas sobre meação de paredes (*p. ex.*, arts. 1.305, 1.306 e 1.328 CC, e art. 5º da Lei nº 4.591/64) ainda poderiam ser aplicadas por *extensão* (o que implica admitir que tais normas integram a disciplina do condomínio edilício), ou apenas por analogia.

A nosso ver, as normas relativas à meação não integram (ou não mais integram) a disciplina legislativa do condomínio edilício, e por uma razão muito simples.

O art. 1.331, § 2º inclui entre as *partes comuns a estrutura do prédio*. Pois bem, as lajes, em seu sentido físico, são *partes estruturais da construção* e, como tal, se afiguram partes comuns a todos os condôminos, e não objetos de meação entre o titular da unidade subjacente e o da unidade sobrejacente. A provável razão disto está em que as forças (e obras) a que cada laje pode ser submetida interessam não apenas à unidade inferior e à superior, mas também às unidades vizinhas e, potencialmente, a todo o condomínio (por exemplo, pela possível mudança de carga sobre outros elementos estruturais).

No mesmo sentido, o art. 1.510-C, § 1º inclui, entre as *partes que servem a todo o edifício*, os *alicerces, colunas, pilares, paredes-mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio*, isto é, todos os elementos estruturais, o que, como já se viu, compreende as lajes. E o respectivo inciso II inclui, entre estas partes, “o telhado ou os terraços de cobertura, *ainda que destinados ao uso exclusivo do titular da laje*”, o que constitui ulterior prova de que as lajes, em seu sentido físico, não são objeto de condomínio³⁴.

34 Note-se, aqui, mais uma evidência legal de que algumas “partes que servem a todo o edifício” podem, não obstante, ser de uso de apenas um ou alguns titulares de direito (no caso, titulares do direito de laje).

Assim, e *se tanto*, as normas sobre meação de paredes apenas poderiam ser invocadas por analogia, pois não integram a disciplina do direito de laje, e (a nosso ver) não mais integram a disciplina do condomínio edilício, restando tacitamente revogado o art. 5º da Lei nº 4.591/64. A questão da analogia, contudo, é bastante complexa por envolver dados que apenas podem ser avaliados no caso concreto, notadamente os relativos ao risco da obra.

Em síntese, portanto, *o direito de laje (em si a por si considerado) não implica qualquer forma de propriedade condominial, nem do terreno subjacente, nem da laje (solo criado), a partir da qual se edifica, nem das partes que servem a todo o edifício.*

Fixados estes pontos, pode-se analisar a incorporação imobiliária e a constituição de condomínio edilício a partir da laje (i.e., do objeto do direito de laje, da laje *em sentido jurídico*). O assunto, por sua relevância, merece capítulos próprios.

11. Direito de laje e incorporação imobiliária

Antes de se examinar a possibilidade de incorporação e instituição de condomínio edilício a partir do direito de laje, deve-se analisar os *limites* desta figura.

Uma única laje (sempre entendida em seu sentido jurídico, como objeto do direito de laje) pode ensejar uma construção de diversos pavimentos, como p. ex. o prédio-sede de uma empresa. Neste exemplo, não se trata de unidades imobiliárias autônomas.

A questão está em saber se este único direito de laje poderia ensejar a edificação de *duas ou mais unidades imobiliárias autônomas*, em um mesmo ou em diversos pavimentos.

Evidentemente, tal somente é possível *sob o regime da Lei nº 4.591/64*, na medida em que, ou bem há desmembramento da laje originária (que não se analisa neste passo) ou bem se atribui, a cada unidade autônoma, fração ideal da laje (sempre entendida em seu sentido jurídico) sobre a qual foram edificadas. E a primeira hipótese, de desmembramento, resulta dificilmente aplicável no caso de se pretender implantar partes de uso comum às diversas unidades autônomas.

Já se verifica, portanto, que a edificação de unidades autônomas, a partir de uma mesma laje, determina *necessariamente* (salva a hipótese de desmembramento) a incidência das normas relativas à incorporação e ao condomínio edilício.

Recorde-se ao ensejo que a laje constitui um imóvel absolutamente distinto seja do terreno (solo natural) e de sua respectiva construção-base (imóvel por acessão), seja de outras lajes, constituindo cada laje verdadeiro *solo criado*, pelo que resulta perfeitamente aplicável à laje (e ao direito real de laje) a legislação de incorporação imobiliária e de condomínio edilício. Nem resta, no direito positivo atual, qualquer óbice a esta aplicação, como se passa a demonstrar.

Comentando a MP nº 759/2016 (posteriormente convertida na Lei nº 13.465/2017), observara Francisco Eduardo LOUREIRO (2017, p. 8) que:

Não pode e não deve o instituto ser utilizado por empreendedores imobiliários como válvula de escape das rigorosas regras do condomínio edilício (art. 1.331 e seguintes) ou do negócio complexo de incorporação imobiliária (Lei nº 4.591/64), muito menos do parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79).

Todavia, muitos dos dispositivos da MP nº 759 *não foram reproduzidos* no texto da Lei nº 13.465/2017, dentre os quais o antigo art. 1.510-A, § 7º, a teor do qual:

§ 7º. O disposto neste artigo não se aplica às edificações ou aos conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não, nos termos deste Código Civil e da legislação específica de condomínios.

A redação atual da Lei nº 13.465/2017, portanto, deixa claro que *o direito de laje não se presta apenas a regularizar situações existentes, mas também, a servir como importante instrumento de planejamento urbano, inclusive para viabilizar a maximização do espaço aéreo de equipamentos públicos antes subutilizados.*

Feitas estas observações, podemos tratar da necessária preocupação, externada por LOUREIRO, acerca de eventual fuga (ou burla) às regras do parcelamento do solo, da incorporação imobiliária, e do condomínio edilício.

Ora, o parcelamento do solo, bem assim o atendimento a toda a legislação urbanística e ambiental, são pressupostos necessários a qualquer empreendimento imobiliário, inclusive ao condomínio edilício. O direito de laje, como qualquer outra figura, não existe (e não se aplica) apartadamente do sistema de direito urbanístico e ambiental. O que pode ocorrer é que, para a regularização de situações pretéritas, mormente as consolidadas, a legislação urbanística ou ambiental permita, excepcionalmente, afastar certos parâmetros. Não, porém, para novos empreendimentos.

Ademais, a disciplina da incorporação imobiliária, tal como definida pela Lei nº 4.591/64 (e legislação pertinente), aplica-se de maneira direta à incorporação a partir do direito de laje, não demandando nem mesmo interpretação extensiva.

Com efeito, o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64, dispõe que:

Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, *de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.*

Tal dispositivo, evidentemente, deve ser lido à luz do art. 1º, *caput*, da mesma Lei, a teor do qual:

Art. 1º. As edificações ou conjuntos de edificações, de *um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si*, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma sujeita às limitações desta Lei.

Neste contexto, os artigos 29 e 30 da Lei nº 4.591/64, que tratam da incorporação³⁵, devem ser interpretados não mais em seu contexto

35 Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de *frações ideais de terreno* objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em *construção sob regime condominial*, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das *frações do terreno* e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

histórico, quando toda incorporação se fazia a partir da “propriedade” (nos termos dos arts. 31 e 32 da mesma Lei) ou, por conta de legislação especial, da enfiteuse. *Atualmente, tais dispositivos devem ser interpretados em consonância com o art. 28, parágrafo único, aplicando-se também à incorporação a partir do direito de laje.*

E, em verdade, os próprios arts. 31 e 32, “a”, da Lei nº 4.591/64³⁶, que tratam da figura do incorporador, necessitam ter sua interpretação sistemática *atualizada*. Quando tais normas se referem-se à “propriedade” (ou à “propriedade do terreno”), tal “propriedade” já não pode ser entendida em seu significado tradicional e restrito (o direito especificamente previsto no art. 1.225, I, CC, ou no correspondente art. 674, *caput*, CC 1916), *porquanto o ordenamento instituiu mais uma figura de direito real (imobiliário) sobre coisa própria, o direito de laje.*

Similarmente, quando a Lei nº 4.591/64 se refere a “terreno”, este termo deve hoje abranger tanto o solo natural, quanto o solo criado, isto é, a laje (objeto do direito de laje), que ensejará a incorporação.

Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

36 Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea “a” do art. 32;

b) o construtor (Decretos nºs 23.569, de 11.12.33, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-Lei nº 8.620, de 10 de janeiro de 1946), ou corretor de imóveis (Lei nº 4.116, de 27.08.62);

c) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º. No caso da “alínea” b o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta lei se transcreva o disposto no § 4º do art. 35, para concluir todos os negócios pendentes à alienação das frações ideais do terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

[...]

Art. 32 – O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de registro de imóveis, os seguintes documentos:

a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta, do qual conste cláusula de emissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado. [...]

Em síntese, *a leitura dos dispositivos da Lei nº 4.591/64 deve ser compatibilizada com o direito de laje*. Aliás, resultaria absurdo o ordenamento admitir a incorporação de terreno objeto de enfiteuse (cf. art. 99, parágrafo único, do DL nº 9.760/46; e art. 16-F da Lei nº 9.636/98) que é direito real sobre coisa alheia (e sujeito a caducidade pelo comisso), e não admiti-la sobre coisa própria, como a laje.

E, de todo modo, esta conclusão se impõe pelo caráter sistemático do Direito, para se evitar disciplinas distintas acerca do mesmo fenômeno (a incorporação imobiliária, caracterizada pelo fornecimento de unidades autônomas em edificação, quer se parta da propriedade, da enfiteuse ou do direito de laje), evitando assim burla às obrigações e controles impostos ao incorporador.

Outrossim, a redação dos arts. 29 (*edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial*) e 30 (*edifícios que se destinem a constituição em condomínio*) não sugere e não contém qualquer grau de liberdade para o incorporador.

Destarte, toda e qualquer nova edificação que se amolde ao art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64 (*edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si*) deve atrair, em princípio, as regras da incorporação e o regime de condomínio edilício.

E são justamente as regras do condomínio edilício que ora se passa a analisar, evidenciando-se a possibilidade (e, à vista do quanto exposto supra, mesmo a *obligatoriedade*, quando se verifique “edificação”) de se estabelecer um condomínio edilício a partir do direito de laje.

12. Direito de laje e condomínio edilício

A viabilidade (e, como se verá, mesmo a *obligatoriedade*) da instituição de condomínio edilício a partir do direito de laje decorre de um cotejo entre as normas gerais daquele instituto (art. 1º, *caput* e § 2º, da Lei nº 4.591/64, e art. 1.331, *caput* e § 3º CC) e do direito de laje (art. 1.510-A, *caput* e § 4º CC), ora reproduzidas:

Art. 1º As *edificações* ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, poderão ser alienados,

no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma sujeita às limitações desta Lei [...].

[...]

§ 2º A cada unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária (...).

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

[...]

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

[...]

§ 4º A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

Deve-se atentar, aqui, a que o art. 1.331 CC definiu o condomínio edilício, mas não definiu (ou não definiu *necessariamente*) o que seja “edificação”. E o próprio artigo se refere a esta figura (“Pode haver, *em edificações* [...]”), que continua definida pelo art. 1º da Lei nº 4.591/64, a teor do qual *As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais [...]. Portanto, aplica-se ao art. 1.331 CC a definição do art. 1º da Lei nº 4.591/64.*

É possível afirmar que o conceito de “edificação” decorre do próprio art. 1.331 CC, já que qualquer construção (mesmo de pavimento único) com pelo menos duas unidades autônomas poderia ensejar a incidência das regras do condomínio edilício. Afinal, onde a lei (ou, mais amplamente, o sistema jurídico) não limitou a incidência da figura, não caberia ao intérprete limitá-la.

Com efeito, deve-se atentar a que o legislador poderia definir “edificação” de maneira mais restritiva, subtraindo assim, à disciplina do condomínio edilício, edificações de poucos pavimentos ou poucas unidades autônomas. *Não é o que ocorre no Brasil*, com bem o evidencia a longa evolução legislativa até o art. 1º da Lei nº 4.591/64 e o art. 1.331 CC³⁷.

Assim, ainda que o Código Civil haja disciplinado exaustivamente o condomínio edilício, temos que o art. 1º da Lei nº 4.591/64 continua em vigor, seja porque o art. 1.331 CC faz referência a um termo (“edificação”), definido naquele art. 1º, seja porque este dispositivo persiste como um importante vetor de interpretação para o art. 1.331 CC. E, caso se quisesse concluir pela revogação do citado art. 1º da Lei nº 4.591/64, o sentido que se extrai da letra do art. 1.331 CC é idêntico ao daquela norma, tanto mais à vista da progressiva generalização do regime de condomínio edilício (cf. nota n. 35).

E o “Pode haver”, do art. 1.331, *caput*, CC (*Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos*) não implica qualquer poder de escolha quanto à instituição ou não de condomínio. O “Pode haver”, aí, simplesmente alude à previsão, em nosso ordenamento, do condomínio edilício.

Assim, o art. 1.331, *caput*, CC deve ser interpretado, histórica e sistematicamente, à luz do art. 1º, *caput* e § 2º da Lei nº 4.591/64 (*idem*, art. 1.331, § 3º CC), que, *impõem*, nas “edificações”, a titularidade de fração ideal do solo e das demais partes comuns³⁸. Aliás, no que diz res-

37 A Lei nº 4.591/64 revogou o vetusto Decreto nº 5.481/28, cujo art. 1º impunha o condomínio edilício aos “edifícios de mais de cinco andares, construídos de cimento armado ou matéria similar incombustível, sob a forma de apartamentos isolados, entre si, contendo cada um, pelo menos, três peças [...]”.

Em seguida, o Decreto-Lei nº 5.234, de 1943, modificou o art. 1º, que passou a se referir aos “edifícios de três ou mais pavimentos [...]”. Pouco depois, a Lei nº 285, de 1948, trouxe nova modificação ao dispositivo, que passou a se referir aos “edifícios de dois ou mais pavimentos [...]”. E, finalmente, o art. 1º da Lei nº 4.591/64 suprimiu quaisquer limites quanto ao número mínimo de pavimentos, ou ao número de “peças”.

38 Anote-se ao ensejo que a interpretação do termo “terreno”, no art. 1º, § 2º da Lei nº 4.591/64, em seu significado tradicionalíssimo de “solo natural” apenas se poderia manter enquanto o ordenamento brasileiro não havia introduzido a repartição dos direitos reais (e dos respectivos *objetos* de direito real) em projeção do plano horizontal (limitando assim a altura do imóvel subjacente), especialmente com a criação de uma nova figura de direito real sobre coisa própria. Com a instituição do direito de laje, “terreno” portanto passa a significar tanto o solo natural, quanto o “solo criado”.

peito à interpretação histórica, a evolução do condomínio edilício, no Brasil, revela sua progressiva – e forçada – generalização.

Portanto, quando se examina a disciplina do direito de laje, o uso do singular, nas respectivas definições (*unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo*, cf. art. 1.510-A, *caput*), ou no estabelecimento de ulteriores regras (“um sucessivo direito real de laje”, cf. art. 1.510-A, § 6º), não configura mera questão de estilo legislativo.

Com efeito, à luz do art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64, os dispositivos do art. 1.510-A, *caput* e § 6º CC revelam um limite a partir do qual estará caracterizada a “edificação” para os fins de incorporação imobiliária (como visto) e também da incidência do regime de condomínio edilício, com sua essencial e impositiva atribuição, a cada unidade autônoma, de fração ideal do solo e das demais partes comuns (cf. art. 1º, § 2º da Lei nº 4.591/64, e art. 1.331, § 3º CC)³⁹.

Portanto, o art. 1.510-A, § 4º CC (a teor do qual *a instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas*) deve ser interpretado de maneira sistemática, significando que, do direito real de laje (isoladamente considerado), não decorre qualquer co-titularidade de frações ideais do solo natural (ou de outras lajes - solo criado), nem de áreas já edificadas. Todavia, uma vez caracterizada “edificação”, no sentido do art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64, a imposição do condomínio edilício (com a conseqüente atribuição de frações ideais) é de rigor.

Destarte, e procurando compatibilizar o art. 1.510-A, § 4º CC e o art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64, temos que as exceções à incidência do regime de condomínio edilício consistem, essencialmente, em duas situações:

- (a) *em princípio*, a *regularização de situações já existentes* quando da entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017 (já que era este o escopo

39 As “partes comuns”, por sua vez, são definidas pelo art. 3º da Lei nº 4.591/64 (“O terreno em que se levantam a edificação ou o conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários [...] constituirão condomínio de todos”) e pelo art. 1.331, § 2º CC (“O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos [...]).

originário do direito de laje), desde que *cada laje* constitua uma única unidade imobiliária independente; e

(b) *a constituição de laje(s) sucessiva(s)* (cf. art. 1.510-A, § 6º CC), desde que *cada laje* constitua uma única unidade imobiliária independente.

Tendo em vista as peculiaridades que a regularização de situações precedentes pode envolver, convém tratar inicialmente da constituição de novas lajes e, inclusive, de lajes sucessivas.

Ex vi do art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64, entendemos que a constituição de uma laje (primeira laje ou laje(s) sucessiva(s))⁴⁰, como figura em si estranha ao condomínio edilício, incorre em um limite essencial – em verdade, um duplo limite: (a) a cada pavimento, deve corresponder uma única laje e, portanto, um único direito de laje; e (b) cada laje (sempre entendida em seu sentido jurídico) deve originar uma única unidade imobiliária funcionalmente autônoma. Deve-se examinar cada uma destas regras.

Pode o proprietário de um imóvel aproveitar a superfície superior de sua construção e nela instituir não apenas uma, mais sim duas (ou mais) lajes distintas⁴¹? Certamente que sim, cabendo verificar, contudo, qual o regime que se deve aplicar a estas lajes (ou a este conjunto, construção-base e lajes). Numa leitura isolada dos dispositivos sobre direito de laje, seria possível concluir que as *partes que servem a todo o edifício* (assim definidas pelo art. 1.510-C, § 1º CC) seriam reguladas nos termos do art. 1.510-C, *caput*, CC, ou seja:

Art. 1.510-C. Sem prejuízo, no que couber, das normas aplicáveis aos condomínios edilícios, para fins do direito real de laje, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Portanto, *não haveria condomínio edilício*. Todavia, entendemos que esta não é a melhor solução, devendo haver interpretação sistemá-

40 Salvo indicação expressa em contrário, “laje” é sempre entendida, neste artigo, em seu sentido jurídico, como objeto do direito de laje, consistente em área (e volume, como projeção vertical desta área) potencialmente disponível ao titular para construção, sempre de acordo com as normas edilícias e urbanísticas aplicáveis.

41 E, portanto, dois ou mais distintos direitos de laje.

tica do art. 1.510-C, *caput*, CC e do art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64, de modo que onde houver, *no mesmo pavimento*, mais de uma unidade funcionalmente autônoma, o regime-base *deve ser o de condomínio edilício*. E, ainda que se trate, aqui, da *primeira* laje, este é o critério interpretativo revelado pelo art. 1.510-A, § 6º CC, a teor do qual *o titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje [...]*.

A interpretação ora fixada tem a vantagem de fixar a mesma regra para todos os pavimentos (o primeiro, a partir da construção-base, ou eventuais pavimentos – lajes – sucessivos), além de reduzir o espaço para potenciais burlas às regras do condomínio edilício, atentando à progressiva generalização desta figura (cf. nota n. 35, *supra*).

Chega-se assim, portanto, à primeira regra, acima indicada: *a cada pavimento, deve corresponder uma única laje e, portanto, um único direito de laje*; do contrário, estará configurada edificação, e haverá incidência do regime de condomínio edilício⁴².

A segunda regra, como visto, é a de que *cada laje (sempre entendida em seu sentido jurídico) deve originar uma única unidade imobiliária funcionalmente autônoma*. Assim, caso o titular de uma mesma laje construa duas ou mais unidades imobiliárias autônomas, *aquela laje* (e, portanto, aquele específico direito de laje) deve subordinar-se ao regime de incorporação e condomínio edilício⁴³.

42 Em *interpretação construtiva*, seria possível cogitar, como *hipótese-limite*, a constituição de lajes distintas, *num mesmo pavimento* (p. ex., sobre o teto de um edifício) *sem se configurar condomínio edilício*, quando tais lajes *não disponham de quaisquer áreas de uso comum* (para lazer, circulação, ou qualquer outra finalidade), *nem mesmo para acesso à via pública*. Trata-se, como dito, de *interpretação construtiva*, pois ainda haverá uma séria de elementos (estruturas, tubulações), que servem às duas lajes, e que então serão disciplinados na forma do art. 1.510-C, *caput*, CC, e não segundo as regras do condomínio edilício.

E mesmo esta interpretação se afigura *problemática*, tendo em vista que o art. 2º da Lei nº 4.591/64 prevê a possibilidade de condomínios edilícios *em que cada unidade tenha saída independente para a via pública*: “Cada unidade com saída para a via pública, *diretamente* ou por processo de passagem comum, será sempre tratada como objeto de propriedade exclusiva [...]”.

43 Ou então (caso admitida a hipótese-limite a que se refere a nota nº 40, *supra*), ao *desmembramento*, que se nos afigura incabível se existem partes de *uso comum*, como entradas e áreas de circulação.

A solução é a mesma, quer tais unidades estejam em um mesmo pavimento, quer estejam em pavimentos distintos (ainda que uma única por pavimento). Todavia, caso haja *uma única unidade autônoma por pavimento*, será em princípio possível a constituição de lajes sucessivas (i.e., mais de uma laje, e mais de um direito de laje), na forma do art. 1.510-A, § 6º CC, afastando assim o regime de condomínio edilício.

Evidentemente, é necessária toda cautela nesta matéria, para não se permitir situações de fraude à Lei nº 4.591/64.

Portanto, o critério para a incidência da disciplina relativa à incorporação imobiliária (e ao condomínio edilício) é, *em cada pavimento*, e em *cada laje* (e portanto em cada respectivo direito de laje), a existência ou não de edificação, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64. Recorde-se, ao ensejo, que o solo natural (com a respectiva construção-base) e cada uma das lajes constituídas configuram objetos absolutamente distintos uns dos outros.

Ademais, uma vez que se tenha atentado ao fundamento para a aplicação das regras de incorporação e do condomínio edilício (o citado art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64), seria *prima facie* de rigor concluir pela aplicação das mesmas regras (ou, pelo menos, das regras do condomínio edilício, uma vez que se trata de construções já existentes) à *regularização de situações pretéritas*.

Assim, caso se pretenda regularizar, em uma única laje (sempre no sentido de objeto do direito de laje) duas ou mais unidades autônomas entre si (em um mesmo pavimento ou em pavimentos distintos), haverá “edificação” nos termos do artigo 1º, da Lei nº 4.591/64 e, consequentemente, imposição do regime de condomínio edilício, limitadamente àquela laje, e àquele específico direito de laje.

Uma vez caracterizado o âmbito de aplicação das regras da incorporação e do condomínio edilício, é necessário examinar, ainda que brevemente, as características da *incorporação imobiliária e de condomínio edilício, instituídos a partir da laje*, para referir o texto do Cap. XX, item 436.1 das NSCGJ, que adiante se analisará.

É fundamental notar que as frações ideais, previstas na Lei nº 4.591/64 (e ora nos arts. 1.331 ss. CC), serão da área *daquela específica laje* (i.e., daquele específico objeto de direito de laje), não do solo natural (o que é veda-

do pelo art. 1.510-A, *caput* e §§ 1º e 4º CC), nem do “solo criado” de lajes anteriores, que configuram objetos distintos, de direitos também distintos.

Outrossim, em condomínio edilício constituído a partir de direito de laje, *cada uma das unidades autônomas constituirá uma distinta laje*, objeto, portanto, de um distinto e específico direito de laje, representado por matrícula individualizada. Isto porque, sendo a propriedade (art. 1.225, I, CC) e o direito de laje (art. 1.225, XIII, CC) figuras distintas de direitos reais, o que pode surgir do direito de laje uma laje é, necessariamente, laje (ou outro direito real, limitado, o que não necessita ser examinado neste ponto).

13. Direito de laje e condomínio edilício à luz das NSCGJ/TJSP

É com base nestas observações que se deve ler os itens 436 e 436.1 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça (NSCGJ) do E. TJSP, instituídos pelo Provimento CGJ nº 51/2017. É a seguinte a redação dos dispositivos:

436. A instituição do direito de laje não implica reconhecimento de condomínio, com atribuição de fração ideal do terreno ao titular da laje, ou na participação proporcional em áreas já edificadas.

436.1. As disposições acima se aplicam também às lajes sucessivas, salvo se estas forem submetidas ao regime de incorporação imobiliária e de condomínio edilício, instituídos a partir da laje.

Tais dispositivos têm o mérito de evidenciar que a incorporação imobiliária e o regime de condomínio edilício são aplicáveis à laje (cf. especialmente o item 436.1, parte final) – e, como já observado, é o art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64 que estabelece o limite a partir do qual esta aplicação é mandatória.

Ademais, tendo em conta o referido art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64, deve ficar claro que o citado item 436.1 (*salvo se estas forem submetidas ao regime de incorporação imobiliária e de condomínio edilício*) não confere nenhuma liberdade ao titular do direito de laje para instituir ou não um condomínio edilício. Não há poder de escolha.

Assim, havendo duas ou mais unidades imobiliárias autônomas, no mesmo pavimento e/ou na mesma laje (isto é, no mesmo objeto de um direito de laje), entende-se de rigor a aplicação das regras da incorpora-

ção e do condomínio edilício, *tal como ocorre com qualquer construção-base erguida sobre o solo natural*. Trata-se, em síntese, de *aplicar as mesmas regras ao solo natural e ao solo criado*.

Feitas estas observações, pode-se examinar o item 446 do Capítulo XX das NSCGJ, também, instituído pelo Provimento CGJ nº 51/2017, a teor do qual:

446. É vedada a abertura de matrícula correspondente a direito de laje para fins de implantação de empreendimentos imobiliários ou edificações de um ou mais pavimentos, em que haja divisão do terreno da construção-base, ou de partes comuns, em frações ideais, hipótese em que será aplicada a legislação específica de incorporações imobiliárias e de condomínios edilícios.

Como se evidencia, o referido item 446 deve ser interpretado conjuntamente aos citados itens 436 e 436.1. Em princípio, não cabe a atribuição de frações ideais, nem do terreno (solo natural), que *não integra o objeto do direito de laje*, nem do solo criado, nem das *partes que sirvam a todo o edifício* (cf. Capítulo XX, item 436 das NSCGJ), o que é uma decorrência do tipo legal do direito de laje (cf. art. 1.510-A, § 4º CC).

Assim, a atribuição de frações ideais apenas tem cabimento no caso de condomínio edilício *instituído a partir da laje*, hipótese já referida pelo Cap. XX, item 436.1 das NSCGJ. E, como demonstrado, tal condomínio se caracteriza sempre que se verifique “edificação” nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64, com duas ou mais unidades *autônomas*⁴⁴. O norte, portanto, para a incidência das regras de incorporação e do condomínio edilício é, sempre, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.591/64.

14. Direito de laje, condomínio edilício e direito de preferência

Uma questão de necessário exame, para a análise da *incorporação imobiliária e de condomínio edilício, instituídos a partir da laje* (cf. item

44 Ou, como preferimos dizer, *funcionalmente* autônomas (ainda que *de jure* não instituídas como tal), já que o projeto ou mesmo a utilização *de facto* da construção podem evidenciar eventual fraude à Lei nº 4.591/64, com partes distintas *de facto* atribuídas a (e utilizadas por) pessoas também distintas.

436.1, Capítulo XX das NSCGJ) é o direito de preferência instituído pelo art. 1.510-D do Código Civil, de conveniente reprodução:

Art. 1.510-D. Em caso de alienação de qualquer das unidades sobrepostas, terão direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, os titulares da construção-base e da laje, nessa ordem, que serão **cientificados por escrito** para que se manifestem no prazo de trinta dias, salvo se o contrato dispuser de modo diverso. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º O titular da construção-base ou da laje a quem não se der conhecimento da alienação poderá, mediante depósito do respectivo preço, haver para si a parte alienada a terceiros, se o requerer no prazo decadal de cento e oitenta dias, contado da data de alienação. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º Se houver mais de uma laje, terá preferência, sucessivamente, o titular das lajes ascendentes e o titular das lajes descendentes, assegurada a prioridade para a laje mais próxima à unidade sobreposta a ser alienada. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Tecnicamente, como se nota, *não se exige qualquer anuência para a alienação*, mas apenas adequada cientificação, do proprietário da construção-base (ou do(s) titular(es) da(s) laje(s) anterior(es)), acerca do negócio, com todas as suas cláusulas e condições, dando-lhe adequada oportunidade de exercer, ou não, seu direito de preferência (em verdade, um poder jurídico), contido no direito de propriedade, ou num anterior direito de laje. *Nem cabe qualquer previsão negocial de anuência*, tendo em vista o direito de “usar, gozar e dispor” modelado a partir da propriedade e atribuído ao titular da laje *ex vi* do art. 1.510-A, § 3º CC.

Todavia, o direito de preferência, resulta não apenas estranho, mas *contrário à disciplina do condomínio edilício*, uma vez que, neste, as unidades autônomas podem *ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários* (cf. art. 1.331, § 1º CC). Daqui a necessidade de se examinar a possibilidade de renúncia ao direito de preferência (ou a seu exercício), ou mais ainda sua *pré-exclusão*, em virtude da incidência do regime de condomínio edilício.

Primeiramente, a questão da renúncia ao direito de preferência (ou a seu exercício) surge não apenas em relação ao proprietário da constru-

ção-base, mas também relativamente aos outros titulares de direito de laje, como se nota do art. 1.510-D. E esta hipótese pode se revelar muito mais frequente, tendo em vista o grande número de unidades que podem ser construídas em regime de condomínio edilício, sendo que *cada uma destas unidades configurará uma laje*, como apontado *supra*.

Observe-se, ao ensejo, que o objeto deste direito de preferência é, sempre, um direito de laje, *não havendo direito de preferência relativamente à construção-base*, pois, como já dito anteriormente, trata-se de direitos distintos e autônomos.

É possível renunciar-se ao direito de preferência, previsto no art. 1.510-D? *Prima facie*, partindo-se da tipicidade estrita dos direitos reais, e ainda sem analisar este artigo específico, a resposta seria negativa *no plano dos Direitos Reais*. Ou seja, o tipo da propriedade (da construção-base) ou do direito real de laje não poderiam ser amputados do direito de preferência previsto em lei, já que esta consequência vai se projetar para todos os futuros titulares da construção-base, ou das demais lajes, alterando a fisionomia do direito real⁴⁵. No máximo, seria possível cogitar-se do estabelecimento de servidão com este conteúdo; mas o recurso à figura é desnecessário, como se verá.

Com efeito, um exame mais detalhado do art. 1.560-D, *caput*, CC permite, segundo nos parece, *estabelecer a renúncia ao direito de preferência* (e não apenas a seu exercício) *no próprio plano dos Direitos Reais*. A nosso ver, a disposição do art. 1.560-D, *caput*, CC (*salvo se o contrato dispuser de modo diverso*), permite não apenas a modificação do prazo para o exercício do direito de preferência, *mas também a renúncia ao mesmo*.

45 Neste contexto, os resultados pretendidos pela Consulente poderiam ser buscados no plano do Direito das Obrigações, aí sim dizendo respeito não à existência mesma, mas ao *exercício* do direito de preferência. Afinal, como observa VANZELLA (2013, p. 68), “Se o proprietário se obrigou, mediante contrato, ao não-exercício ou ao exercício de determinado modo de seus poderes, ele autodeterminou seus interesses econômico-sociais. Pelo princípio da autonomia contratual, é óbvio que ele tem de estar, pelo menos, obrigacionalmente vinculado”.

No plano do Direito das Obrigações, portanto, a resposta é *afirmativa*, ou seja, o proprietário da construção-base (ou o titular de uma laje anterior) pode renunciar, desde logo, “ao exercício do direito de preferência”, já que se trata de direito patrimonial disponível. A questão, aqui, consiste na maneira de se estender esta obrigação aos *futuros* titulares de cada unidade autônoma, o que, como se verá, não necessita ser examinado nesta sede.

E tal renúncia será eficaz *no plano dos direitos reais*, por corresponder a uma hipótese legal predeterminada (tipicidade estrita!) e estar inserta em contrato de disposição (contrato hábil a permitir a constituição do direito de laje), que será levado à matrícula da laje respectiva, ou mesmo ensejará a constituição desta. Evidentemente, a renúncia deve constar da matrícula de cada laje, isto é, de cada unidade autônoma, e também da respectiva construção-base⁴⁶.

Vale notar que o direito de preferência tem função apreciável em casos de uma laje, ou poucas lajes sucessivas. Nestes casos, é em tese possível que o proprietário do terreno, exercendo seu direito de preferência, termine por consolidar novamente a propriedade. Ou, ao menos, haverá redução no número de titulares, caso seja outro titular do direito de laje a exercer a preferência. O fato de o legislador privilegiar (ainda) a propriedade é visível pelo fato de que não há direito de preferência relativamente à eventual alienação do terreno (e respectiva construção-base).

Ao contrário, em uma situação em que são muitas as unidades, tal direito acaba por se revelar completamente *disfuncional*, já que a alienação de uma única laje implicaria a necessidade de dezenas ou centenas de avisos, aumentando os custos de transação, desestimulando potenciais adquirentes, e prejudicando (ou, no limite, inviabilizando) um dos mercados mais relevantes que existem.

Todavia, e no rigor da técnica, diante de um condomínio edilício a questão não é nem mesmo de “renúncia” ao direito de preferência, mas sim de sua *pré-exclusão*. Em verdade, *a própria submissão ao regime do condomínio edilício enseja a derrogação do direito de preferência a que alude o artigo 1510-D, em razão da incidência da legislação específica que rege a implantação, comercialização e relação entre os condôminos*.

Com efeito, o direito de preferência serve à disciplina geral do direito de laje. Todavia, caracterizada uma “edificação”, no sentido do art. 1º da Lei nº 4.591/64 (com a consequente aplicação da disciplina do condomínio edilício), *a exclusão do direito de preferência se nos afigura não apenas*

46 MARINHO COUTO (2017, p. 19, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33 e 35), Oficial do Registro de Imóveis de Tarumirim/MG, adota posição semelhante, admitindo a renúncia ao direito de preferência com fundamento no art. 1.510-D.

uma faculdade, mas sim uma imposição legal, por conta do citado art. 1.331, § 1º, CC, bem assim do art. 1.335, I, CC que estabelece, entre os direitos (poderes) do condômino, o de “livremente dispor de suas unidades”.

Pode-se, portanto, dizer que, neste caso, a disciplina geral do condomínio edilício se faz *específica* em relação ao direito de laje, de maneira que a norma especial (art. 1.335, I) afasta a norma geral do direito de laje (art. 1.510-D).

E, especificamente no que diz respeito ao titular (proprietário) da construção-base, deve-se recordar que a possibilidade de incorporar a partir do direito de laje (afastando assim o direito de preferência daquele proprietário) decorre da natureza deste direito, bem assim do art. 1.510-A, § 3º, CC (“usar, gozar e dispor”). A exclusão do direito de preferência é, portanto, *uma decorrência legal do regime de condomínio edilício*. Nada impede, todavia, que tal “renúncia” seja pactuada na escritura de constituição do direito de laje, *ex vi* do art. 1.510-D, CC.

Portanto, mais que mera renúncia, há verdadeira pré-exclusão do direito de preferência, por conta da disciplina do condomínio edilício, que se deve aplicar integralmente, sem derrogações voluntárias não admitidas pelas normas de regência daquela modalidade condominial.

De toda maneira, e para evitar ulteriores controvérsias, no caso de incorporação imobiliária para edificação sob o regime de condomínio edilício, os atos de instituição e especificação do condomínio podem prever desde logo essa renúncia pelos adquirentes das unidades autônomas, de modo que, por ocasião da aquisição, os limites do direito de laje já estarão delimitados no que se refere à inexistência de qualquer direito de preferência.

15. Conclusão

Do quanto exposto, o direito de laje resulta uma *nova modalidade de direito real sobre coisa própria*, implicando um destaque não das faculdades contidas em algum outro direito, mas sim da *res*, do *objeto* de um anterior direito (especificamente, o direito de propriedade).

A laje, em seu sentido jurídico, surge como *bem incorpóreo*, antes portanto de qualquer construção pelo titular respectivo (mesmo por-

que tal poder de construir está contido no direito de laje), consistindo em *área*, disponível ao titular do direito de laje para edificação, e *volum*, como projeção vertical desta área. E, mesmo depois que o titular da laje exerce seu poder de construir, não se estabelece qualquer forma de condomínio com a construção-base, nem mesmo por meação de soalhos e tetos.

Isoladamente considerado, portanto, o direito real de laje não implica o estabelecimento de qualquer forma de condomínio. Quando, todavia, *num mesmo pavimento, ou a partir de um mesmo direito de laje* (portanto, de uma mesma “laje”, em sentido jurídico), são construídas duas ou mais unidades funcionalmente autônomas, incidem o regime da incorporação imobiliária e do condomínio edilício. Isto porque tais hipóteses caracterizam uma “edificação”, no sentido do art. 1º da Lei nº 5.491/64.

Neste caso, as frações ideais, previstas no condomínio edilício, serão da área *daquela específica laje* (i.e., daquele específico objeto de direito de laje), não do solo natural, nem do “solo criado” de lajes anteriores, que configuram objetos distintos, de direitos também distintos. Outrossim, em condomínio edilício constituído a partir de direito de laje, *cada uma das unidades autônomas constituirá uma distinta laje*, objeto, portanto, de um distinto e específico direito de laje, representado por matrícula individualizada.

Ademais, verificada uma “edificação”, a disciplina do condomínio edilício, que então incide, tem por efeito *pré-excluir* o direito de preferência do proprietário, ou do titular de laje anterior, previsto pelo art. 1.510-D do Código Civil.

16. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície*. In: Consultor Jurídico, coluna Direito Civil Atual, 2 jan. 2017. Disponível em: <<www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em: 22/12/2018.

CAMARGO PENTEADO, Luciano de. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. A situação jurídica do superficiário-condômino. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, v. II, setembro/2006. Disponível em: <<<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/carvalho-fernandes-a-situacao-juridica-do-superficiario-condomino-star/>>>. Acesso em: 23/12/2018.

ELIAS DE OLIVEIRA, Carlos Eduardo. *Direito real de laje à luz da Lei n. 1.3465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica* (Textos para Discussão nº 238). Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2017. Disponível em: <<www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238>>. Acesso em: 19/12/2018.

GELCER, Fernando; PACHECO, Bruno; WAGNER, Dalila. *Direito de superfície e sua função social*. São Paulo: PUC, COGEAE, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<<http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2013/11/Direito-Real-de-Superficie.pdf>>> Acesso em: 18/12/2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 6. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito de Superfície e Laje. In: *ARISP JUS*, ano II, n. 12, abril de 2017. Disponível em: <<https://issuu.com/arisjus/docs/arisjus_12>>. Acesso em: 21/12/2018.

MARINHO COUTO, Marcelo de Rezende Campos. *O direito (de propriedade) de laje* (palestra). In: XXVI Congresso Estadual da SERJUS, 20 de outubro de 2017. Disponível em: <<www.corimg.org/files/palestra/Direito-de-propriedade-de-laje-Marcelo-Couto.pdf>>. Acesso em: 23/12/2018.

MARTINS DA SILVA, Américo Luís. *Do regime de concessão do direito de superfície*. Disponível em: <<www.agu.gov.br/page/download/index/id/580102>>. Acesso em: 28/12/2018.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. Mestrado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2007. Disponível em: <<www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040916.pdf>>. Acesso em: 22/12/2018.

SANTOS BASTOS, Paulo Sérgio dos. *Estruturas de concreto armado* (apostila), Bauru: UNESP, 2014. Disponível em: <<www.feb.unesp.br/pbastos/concreto1/Elem.%20Estrut.pdf>>. Acesso em: 27/12/2018.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; VIANA, Salomão. Direito Real de Laje – Finalmente, a Lei! – Análise sob os ângulos do Direito Material e do Direito Processual. In: *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 207, set. 2017. Salvador: UNIFACS, 2017. Disponível em: <<<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5066>>>. Acesso em: 26/12/2018.

VANZELLA, Rafael Rodrigues Faiardo. *O contrato e os direitos reais*. São Paulo: RT, 2013.

VIEGAS LIMA, Frederico Henrique. *O Direito de Superfície Como Instrumento de Planificação Urbana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WEINGARTEN, Marcelo; CYMBALISTA, Renato. *Direito de laje: desafios*. Disponível em: <<<http://outrosurbanismos.fau.usp.br/direito-de-laje/>>>. Acesso em: 17/12/2018.

MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM ÉPOCAS DE CRISE ECONÔMICA E FISCAL NO BRASIL

Danilo Gaiotto¹

Resumo: A crescente judicialização do direito à saúde nos tribunais brasileiros expressa a permanente controvérsia entre a premência da necessidade de proteção do mínimo existencial referente à saúde dos pacientes e a possibilidade material de atendimento por parte da Administração Pública. O presente artigo pretende abordar, de maneira crítica, a influência que o grave quadro de crise financeira e econômica que atinge o Brasil nos últimos anos exerce sobre a ponderação entre os princípios do mínimo existencial e o da reserva do possível.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Mínimo existencial; Reserva do possível.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O incremento nos gastos públicos decorrente da judicialização do direito à saúde e o impacto da crise econômica no orçamento público; 3 – A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no contexto da crise financeira e econômica; 4 – Conclusão; 5 – Referências bibliográficas.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Itu. Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. Introdução

O permanente conflito entre o mínimo existencial alegado pelos pacientes e a reserva do possível defendida pela Administração Pública representa elemento central da controvérsia que permeia a judicialização do direito à saúde no Brasil.

Historicamente, a ponderação judicial de tais institutos tem se revelado expressivamente favorável à proteção do mínimo existencial em detrimento do argumento da capacidade material para atendimento das diversas demandas judiciais em andamento no País.

O presente artigo pretende demonstrar de que modo essa relação de ponderação, inserida no contexto do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde, é afetada por um componente atual e de extrema relevância: a grave crise econômica e fiscal por que passa o Brasil.

Se de um lado o aumento do desemprego e a precarização das relações de trabalho induz à ideia de uma maior demanda pelos serviços públicos de saúde, tanto pela via administrativa quanto pela judicial, por outro, a queda na arrecadação de tributos e o incremento das limitações orçamentárias, especialmente em razão da edição da Emenda Constitucional nº 95/2016, tornam ainda mais complexas as já difíceis escolhas dos administradores do Sistema Único de Saúde (SUS).

A questão ganha ainda mais relevo ao se notar que as despesas públicas decorrentes do cumprimento de decisões judiciais têm crescido vertiginosamente nos últimos anos, justamente no período em que as receitas públicas decaíram de forma sensível em razão da crise.

O estudo abordará dados estatísticos referentes ao tema da judicialização da saúde, aspectos orçamentários e a evolução da doutrina na apreciação do tema.

2. O incremento nos gastos públicos decorrente da judicialização do direito à saúde e o impacto da crise econômica no orçamento público

Para que melhor se possa compreender o quadro que se pretende delimitar no presente estudo, imprescindível o cotejo analítico das informações que serão abaixo apresentadas.

Dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo revelam que a procura de medicamentos gratuitos na rede pública municipal de saúde cresceu em 30% nos oito primeiros meses de 2016, apresentando como um dos fatores preponderantes para tal incremento a migração de pacientes da rede privada para a rede pública em razão da crise econômica.²

De acordo com estatísticas divulgadas à imprensa pelo Ministério da Saúde, o crescimento no gasto público do Sistema Único de Saúde (SUS) para atendimento de demandas judiciais entre 2012 e 2015 foi de 176%, partindo de R\$ 367 milhões em 2012 para R\$ 1,013 bilhão em 2015 (sendo que, neste último, 95% dos recursos foram destinados à compra de apenas 22 medicamentos), com um acumulado de R\$ 2,776 bilhões, em todo o período. Apenas nos cinco primeiros meses de 2016, o dispêndio foi de R\$ 666,3 milhões, montante equivalente a 66% de todo o ano anterior.³

Oportuno frisar que, somente em 2015, o Estado de São Paulo foi compelido a cumprir cerca de 18 mil novas decisões judiciais que, incluídas às anteriormente proferidas, representam atendimento individual e fora do sistema administrativo de gerenciamento da saúde a 79.500 pessoas. O custo representa cerca de R\$ 1,2 bilhão por ano, valor que seria suficiente para custear mais um Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, onde são atendidas 35 mil pessoas por dia.⁴

Há, ainda, informações oficiais dando conta de que 90% do valor no custeio da judicialização no Estado de São Paulo atende a apenas 4% do total de medicamentos requeridos na via judicial. O que equivaleria a afirmar que cerca de R\$ 900 milhões são gastos para atendimento de uma camada ínfima da população, ao passo que todos os demais

2 O ESTADO DE SÃO PAULO. *Procura de remédio na rede pública cresce 30% em São Paulo*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,procura-de-remedio-na-rede-publica-cresce-30,10000072549>>. Acesso em: 30 set. 2017.

3 O GLOBO. *Ações judiciais contra o SUS elevam em 176% gastos com compra de remédios*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/acoes-judiciais-contra-sus-elevam-em-176-gastos-com-compra-de-remedios-19584023>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

4 UIP, David; SANTOS, Renata. WhatsApp, Justiça e saúde. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 set. 2016, Tendências e Debates, p. 3.

programas de assistência farmacêutica gratuita do Estado consomem R\$ 600 milhões de reais para o atendimento de 700.000 pacientes⁵

Esse incremento nos gastos públicos com saúde em consequência do cumprimento de decisões judiciais, todavia, não encontra a necessária correspondência no crescimento nas receitas orçamentárias e, por isso, a importância de se realizar o cotejo analítico antes mencionado.

A título de exemplo, a arrecadação de tributos no Estado de São Paulo, que atingiu o montante de cerca de R\$ 174 bilhões em 2013, teve expressiva queda para cerca de R\$ 149 bilhões em 2016 (ambos os valores atualizados para dezembro de 2016).⁶

No âmbito federal, os números não são diferentes: a arrecadação decaiu de aproximados R\$ 1 trilhão e 460 bilhões em 2013 para R\$ 1 trilhão e 315 bilhões em 2016 (também em valores atualizados para dezembro de 2016).⁷

Nota-se, portanto, que há um flagrante descompasso entre o crescimento dos gastos decorrentes do cumprimento de ordens judiciais proferidas em demandas relacionadas ao direito à saúde e a disponibilidade orçamentária para atender a tais comandos.

3. A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no contexto da crise financeira e econômica

A discussão em torno da necessidade de equilíbrio entre as demandas de saúde e a capacidade material de atendimento do Estado não é nova, porém os dados acima permitem inferir que o expressivo decréscimo do nível

5 SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Saúde. *SP cria ofensiva para combater 'judicialização' da Saúde*. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2016/abril/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializac-ao-da-saude>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

6 SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Fazenda. *Relatórios da Receita Tributária do Estado de São Paulo*: janeiro de 2017. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Downloads/Relatorios-da-Receita-Tributaria/2017/janeiro/Relat%C3%B3rio%20da%20Receita%20tribut%C3%A1ria%20-%20INTERNET_janeiro17.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

7 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Análise da arrecadação das receitas federais*: dezembro de 2016, p. 43. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

de receitas nos entes públicos em razão da crise representa uma variável que deve ser objeto de maior análise, posto que ostenta potencial de interferir diretamente no resultado da ponderação que tem sido feita até os dias atuais.

Em termos sintetizados, o entendimento que prevalece nas instâncias ordinárias do Judiciário brasileiro é o de que as previsões constitucionais de “acesso universal” e “atendimento integral” à saúde, consagradas no artigo 196 e 198, inciso II, da Carta Magna, representam direito público subjetivo a toda e qualquer prestação de serviços de saúde. Sua fruição, portanto, seria autônoma e imediata, não dependendo de contingências políticas, administrativas ou orçamentárias.⁸

A prática forense em feitos judiciais relacionados ao direito à saúde evidencia que a quase totalidade das pretensões dos pacientes é deferida, independentemente dos bens ou serviços constarem de programas abrangidos em políticas públicas e sem se perquirir acerca dos reais impactos financeiros para o cumprimento das decisões.

A reforçar essa percepção, registra-se recente estudo divulgado pela Unicamp referente à ações da área da saúde na comarca de Campinas/SP, indicando que 89,5% das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em grau de recurso foram totalmente favoráveis aos autores, 7% parcialmente favoráveis e apenas 1% desfavoráveis, apontando-se, inclusive, a padronização das decisões proferidas pela Corte.⁹

O fundamento fulcral a justificar esse entendimento dominante é a evocação do princípio do mínimo existencial dentro da interpretação do direito à saúde como direito fundamental às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade, admitindo-se a fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira.¹⁰

8 ROSA, Lucas Costa da. *A judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública*. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p.116.

9 GARDENAL, Isabel. Judicialização da Saúde expõe divergências entre instâncias. *Jornal da UNICAMP*, Campinas, 13 de jun. a 19 de jun. 2016, n.º 659. Disponível em: <http://www.unicamp.br/un_unicamp/ju/659/judicializacao-da-saude-expoe-divergencias-entre-instancias>. Acesso em: 21 dez. 2016.

10 SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.º 24, jul. 2008, p. 6. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61269/reserva_possivel_minimo_existencial.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

Ao que se nota, há uma interpretação jurisprudencial cada vez mais expansiva acerca do conceito de mínimo existencial a justificar a concessão das mais variadas prestações relacionadas à saúde pública, independentemente de considerações efetivas sobre a capacidade financeira do orçamento público.

Em importante precedente do Supremo Tribunal Federal, contudo, ponderou o Ministro Gilmar Mendes que, apesar de o direito à saúde se tratar, de fato, de direito público subjetivo, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento de saúde de forma dissociada de uma política pública preexistente.¹¹

E tal ressalva ecoa de modo mais intenso na doutrina, defluindo produtivo debate sobre a necessária distinção entre o exercício do controle jurisdicional mediante a mera coerção ao cumprimento de políticas públicas já editadas (e não cumpridas) ou mediante a determinação de cumprimento de decisões individuais que impõem o fornecimento de tratamentos de forma apartada de política pública prévia, o que notáveis estudiosos classificam de “ativismo judicial despreparado”¹² ou de “voluntarismo irracional”¹³.

Assim, entre a proteção ao direito do paciente com base na evocação do princípio do mínimo existencial e a efetiva possibilidade material de atendimento pelo sistema público, subjaz a discussão travada entre os defensores do direito à saúde como direito a prestações estatais que gozam de plena e ilimitada possibilidade de proteção jurisdicional (como vem sendo o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de mar. de 2010. DJe n. 76, Brasília, DF, 30 de abr. de 2010.

12 SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596.

13 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 142, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596.

no Brasil¹⁴) e aqueles que advogam a tese da estrita tipicidade¹⁵ de tais direitos em relação a políticas públicas preexistentes.

Nesse contexto, muito embora sejam as decisões judiciais amplamente favoráveis aos demandantes, salienta considerável parcela da doutrina a relevância de se observar que as prestações positivas referentes aos direitos sociais, ainda que por via jurisdicional, exigem para sua concretização a existência material de recursos financeiros para que não se configurem em verdadeiras “promessas piedosas”¹⁶.

É dentro desse cenário que se cogita do debate acerca da ponderação entre o mínimo existencial (a proteger a fundamentalidade do direito à saúde) e a reserva do possível (a amparar a necessidade de se enquadrar as demandas por direitos sociais dentro das possibilidades materiais da Administração Pública).

Apesar de renomada vertente doutrinária defender que não há que se falar em relativização na aplicação de direitos fundamentais em razão de ausência de recursos financeiros¹⁷, há crescente discussão acerca da necessidade de compatibilização entre os anseios judiciais dos titulares do direito à saúde e a efetiva capacidade material de atendimento do poder público, especialmente em épocas de crise.

Nesse sentido, haveria a necessidade de se encarar os direitos sociais como direitos a prestações estatais de forma relacionada a sua dimensão economicamente relevante, posto que vinculados à destinação, distribuição e criação de bens materiais.¹⁸

14 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014, p. 566.

15 RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan. 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758/70366>>. Acesso em: 30 sep. 2017.

16 NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, p. 12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>> Acesso em: 01 out 2017.

17 KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 45 e ss., apud MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

18 SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *op. cit.*, p. 15 e ss.

Não parece razoável, pois, conceber-se o crescente impacto financeiro das decisões judiciais em matéria de saúde de modo dissociado da queda do orçamento disponível para atender tais demandas.

No ponto, destaca Inocêncio Mártires Coelho, em análise crítica, que doutrinadores como Sérgio Pinto Martins e José Afonso da Silva não fazem qualquer referência à reserva do financeiramente possível no tocante ao direito público subjetivo à saúde calcado no artigo 196 da Constituição Federal, *mesmo sabendo que ela representa incontornável condição de viabilidade dessa e de tantas outras promessas constitucionais de igual natureza*¹⁹.

No âmbito jurisprudencial, menciona-se outro relevante julgado do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF n° 45, da relatoria do Ministro Celso de Mello, apontando-se que, embora a cláusula da reserva do possível não possa ser alegada de forma genérica pelo Estado em juízo com vistas a exonerar-se da obrigação constitucional referente a direitos fundamentais, há que se observar que, comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não seria razoável se exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.²⁰

É de se trazer a lume, ainda, a expressa previsão contida na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), internalizada por meio do Decreto Federal n° 678/1992, que prevê que a concretização dos direitos sociais se dará de forma progressiva de acordo com recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Não por outro motivo, a doutrina brasileira especializada pondera acerca da *dimensão tríplex* da cláusula da reserva do possível, a qual abrangeria: a efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras); e, sob a ótica do

19 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.421.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira. Argdo: Presidente da República. Brasília, DF, 29 de abr. de 2004. DJe n. 84, Brasília, DF, 04 mai. 2004.

titular do direito a prestações sociais, a questão da proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade.²¹

É também nesse contexto que se veicula o debate acerca da teoria dos custos dos direitos²² e suas implicações na efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional, especialmente os relacionados ao direito à saúde, sendo relevante mencionar, também, a discussão acerca do chamado “efeito Buchanan”²³ na judicialização da saúde no país.²⁴

Exsurge, pois, da análise que, antes mesmo da grave crise econômica que abateu o Brasil nos últimos anos, já se denotava fértil e candente debate doutrinário acerca da necessidade ou não de serem considerados os óbices materiais para a efetiva concretização das políticas públicas relativas a direitos sociais.

Na seara jurisprudencial, ainda que de forma minoritária, verifica-se o gradual surgimento de decisões em tribunais de justiça estaduais já sopesando os efeitos da atual crise sobre a sindicabilidade das políticas públicas de saúde.²⁵

21 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 17.

22 GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

23 Referência à contradição entre o comportamento de excesso de demanda por parte do cidadão e sua relutância em aceitar as implicações fiscais desse comportamento, conforme BOGOSSIAN, André. *Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas*. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>>. Acesso em: 06 out. 2017.

24 No mesmo sentido, confira-se, entre outros: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

25 Nesse sentido, recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro revendo as decisões de primeira instância que haviam concedido a antecipação de tutela para o fornecimento de *home care* pelo Estado: “Cediço que o Brasil enfrenta a maior crise política e econômica de sua história, crise refletida nos estados e nos seus respectivos municípios. Desse modo, se os entes municipais forem obrigados a prestar *home care*, os outros serviços de saúde deixarão de ser prestados.” (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 0054890-25.2016.8.19.0000, Rel. Des. Cláudia Pires dos Santos Ferreira, j. 26.04.2017). E ainda, após mencionar o quadro de “penúria” financeira do Estado: “(...) diante da conjuntura política, social e econômica do Estado do Rio de Janeiro, é óbvio que a limitação de recursos existe e não se pode ignorá-la, não devendo o Poder Judiciário se imiscuir e afirmar que o Estado deve prestar toda e qualquer atividade, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e da reserva do possível.” (TJRJ, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 0058051-43.2016.8.19.0000, Rel. Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, j. 13.09.2017).

Há de se perquirir, portanto, de que maneira a tradicional ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível passa a ser afetada por essa variável da crise econômica e fiscal, posto que, *em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais*²⁶ e que *a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar*²⁷.

Assim, conquanto admitida a fundamentalidade do direito à saúde dentro do sistema constitucional brasileiro, não se pode desconsiderar a efetiva influência da reserva do possível como condicionante para o atendimento à crescente demanda decorrente do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde.

Ainda, evidencia-se a necessidade de se inserir a ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no contexto dos demais princípios constitucionais, notadamente os da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia.

Nesse panorama, salienta-se que a universalidade do direito à saúde não deve acarretar necessariamente a gratuidade das prestações materiais a toda e qualquer pessoa e que a integralidade não pode significar que toda pessoa deva ser atendida em seus anseios em termos maximizados, especialmente num país com graves desigualdades sociais.²⁸

Vale dizer: a compatibilização do direito ao mínimo existencial com a cláusula da reserva do possível deve ser feita de forma condizente com a realidade econômica e fiscal do país e não a partir de modelos teóricos ideais em que todas as prestações de saúde são consideradas devidas a todos os cidadãos em níveis de excelência e de máxima inovação tecnológica.

Isso porque a garantia ilimitada de bens e serviços relacionados à saúde para aqueles que ingressam em juízo em detrimento dos que se sujeitam às dificuldades inerentes ao atendimento administrativo acaba por acarretar ofensa a outro princípio constitucional: o da isonomia.

26 SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 596.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira. Argdo: Presidente da República. Brasília, DF, 29 de abr. de 2004. DJe n. 84, Brasília, DF, 04 mai. 2004.

28 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *op. cit.*, p. 30.

Por essa razão, ressalta Luís Roberto Barroso que, a pretexto de promover os direitos fundamentais de determinados cidadãos, não pode o Poder Judiciário causar lesão a direitos de mesma natureza de outros tantos.²⁹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresentou nítida evolução no sentido acima exposto, ao estabelecer nos autos do Tema 106 de Repercussão Geral (Recurso Especial de nº 1.657.156) quatro requisitos essenciais para o fornecimento de medicamentos não-padronizados pelo Poder Público, entre eles a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS, bem como a prova da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito.

Ou seja, através do julgado com força de repercussão geral, houve evolução jurisprudencial no sentido de limitar o entendimento verificado em diversos tribunais estaduais de garantia irrestrita a toda e qualquer prestação relacionada ao fornecimento de medicamentos, exigindo-se, inclusive, prova da hipossuficiência econômica do paciente demandante.

Impende registrar o avanço dos julgamentos dos Recursos Extraordinários de nº 566.471³⁰ e nº 657.718³¹ pelo Supremo Tribunal Federal, os quais ostentam potencial de consolidar de maneira perene o entendimento jurisprudencial acerca da judicialização da saúde, em especial no tocante ao fornecimento de medicamentos não incluídos em listas de dispensação.

A questão ganha matiz diferenciado considerando-se as consequências da edição da Emenda Constitucional nº 95/2016 sobre o financiamento das ações e serviços públicos de saúde nos próximos anos.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

30 Tema 6 de Repercussão Geral, no qual se decidirá acerca do dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

31 Tema 500 de Repercussão Geral, no qual se decidirá acerca do dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.

Referida emenda dispõe sobre o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, com previsão de vigência por vinte exercícios financeiros e regras que estabelecem sensíveis restrições aos gastos públicos.

Pesquisas recentes preveem a queda média nos recursos para financiamento da saúde após a alteração constitucional em R\$ 415 bilhões em 20 anos, em comparação com a alocação de recursos prevista na vigência da Emenda Constitucional nº 86/2015, sendo R\$ 69 bilhões nos primeiros dez anos e R\$ 347 bilhões no decênio seguinte.³²

Verifica-se, dessa forma, que há imperiosa necessidade de se readequar a tradicional ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, visto que o decréscimo dos recursos materiais para a garantia do cumprimento das milhares de decisões judiciais é real e incompatível com o vertiginoso aumento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde.

4. Conclusão

O estudo exposto permite notar que o sedimentado entendimento jurisprudencial, especialmente em cortes estaduais, acerca da garantia judicial ilimitada às prestações relacionadas ao direito à saúde precisa ser redimensionado.

Não se trata mais de sustentar a mera alegação genérica de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal como obstáculo ao atendimento das demandas sanitárias.

O contingenciamento dos recursos públicos decorrente da crise econômica é efetivo e comprometerá os orçamentos públicos ainda por diversos anos ou décadas, exigindo que seja repensada a tradicional visão do Estado como garantidor universal e sem qualquer limitação das obrigações relacionadas ao cumprimento do comando insculpido no artigo 196 da Constituição Federal.

32 VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/21860>>. Acesso em: 03 out. 2017.

A garantia constitucional não pode ser interpretada de forma dissociada das cláusulas que prescrevem a isonomia, a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência na prestação do serviço público essencial.

O estabelecimento de filtros relacionados à capacidade financeira do paciente, à existência de listas públicas de dispensação, aos critérios técnicos utilizados pelo Poder Público para o atendimento administrativo das demandas e ao custo total do fármaco ou serviço pretendido revelam-se necessários e condizentes com as notórias limitações materiais do orçamento público.

A tradicional visão de que o orçamento público tudo suporta no tocante ao tema do direito à saúde se revela dissociada da efetiva possibilidade de atendimento por parte do Poder Público, cujos crescentes gastos nas mais diversas áreas não encontram o equivalente incremento proporcional na disponibilidade financeira.

Não se busca negar a garantia ao direito à saúde e sim adequar a dimensão das pretensões dos cidadãos de forma a permitir a maximização do atendimento ao maior número possível de pacientes com o menor custo possível para o erário, ainda mais em épocas de severa crise fiscal e econômica.

5. Referências bibliográficas

ALVES, Cândice Lisbôa; Assis, Christiane Costa. Direitos fundamentais e mínimo existencial: uma crítica à vinculação econômica do direito, *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 7 jun. 2013. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1161>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Ricardo Barreto de. *Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata, *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 1 - n. 1, p. 133-160, jul./dez. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

BOGOSSIAN, André. *Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas*. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>>. Acesso em: 06 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, I/II: 259 – 294, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://www.oa.pt/upl/%7B3b5c2948-c1e2-41db-b892-0a97b602b483%7D.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Análise da arrecadação das receitas federais: dezembro de 2016*. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitada/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/analise-mensal-dez-2016.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno*. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Argte: Partido da Social Democracia Brasileira. Argdo: Presidente da República. Brasília, DF, 29 de abr. de 2004. DJe n. 84, Brasília, DF, 4 de mai. de 2004.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno*. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de mar. de 2010. DJe n. 76, Brasília, DF, 30 de abr. de 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional, *Revista da PGRS*, Porto Alegre, v.30 n.63, janeiro/junho, 2006.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário na sua efetivação*. 2011. 15 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 out. 2017.

FERREIRA, Patricia Alves. *Direito fundamental à saúde: a questão de sua exigibilidade*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARDENAL, Isabel. Judicialização da Saúde expõe divergências entre instâncias, *Jornal da Unicamp*, Campinas, 13 de jun. a 19 de jun. 2016, n.º 659. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/659/judicializacao-da-saude-expoe-divergencias-entre-instancias>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

GOLDBERG, Daniel K. *Controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito*. In: SALGADO, Lucia Helena; DA MOTTA, Ronaldo Seroa. *Regulação e concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. 2009. 13 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

LEAL, Rogerio Cesta. Trindade, Antonio Cesar. *As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais*

sociais. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/uils/article/view/4033>>. Acesso em: 04 out 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, p. 113-143, 1994.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil, *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, ago. 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; Souza, Luciana Camila de. O mínimo existencial como limite a aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais, *Revista Virtual da AGU*, Brasília, a. 16, n. 116, set. 2011. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065>. Acesso em: 06 jul. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Eduardo. *Remédio ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde*. Jota, 27 de set. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito humanos fundamentais: teoria geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>> Acesso em: 01 out 2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Procura de remédio na rede pública cresce 30% em São Paulo*. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,procura-de-remedio-na-rede-publica-cresce-30,10000072549>>. Acesso em: 30 set. 2017.

O GLOBO. *Ações judiciais contra o SUS elevam em 176% gastos com compra de remédios*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/acoes-judiciais-contrasus-elevam-em-176-gastos-com-compra-de-remedios-19584023>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI, *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, 2015, p. 216-237. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitosedesenvolvimento/article/download/296/278/>>. Acesso em: 04 out. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988, *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan., 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758>>. Acesso em: 04 out. 2017.

ROSA, Lucas Costa da. *A judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública*. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Fazenda. *Relatórios da Receita Tributária do Estado de São Paulo: janeiro de 2017*. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Downloads/Relatorios-da-Receita-Tributaria/2017/janeiro/Relat%C3%B3rio%20da%20Receita%20tribut%C3%A1ria%20-%20INTERNET_janeiro17.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Saúde. *SP cria ofensiva para combater 'judicialização' da Saúde*. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2016/abril/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61269/reserva_possivel_minimo_existencial.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos, *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 32, n. 7, jun. 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814>>. Acesso em: 02 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 587-599, 2008.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, a. 27, n. 3, v. 76, jul.-set., p. 45-56, 2010. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/10_17.pdf> Acesso em: 06 jul. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, jul.-set., p. 29-49, 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

UIP, David; SANTOS, Renata. *WhatsApp, Justiça e saúde*. Folha de São Paulo, São Paulo, 05 set. 2016, Tendências e Debates, p. 3.

VIEIRA, Fabíola S.; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado, *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/21860>>. Acesso em: 03 out. 2017.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Nota Técnica nº 28. Brasília: Ipea, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, *Rev. Adm. Pública* [online]. 2014, vol.48, nº 5, pp.1191-1206. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000500006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 set. 2017.

WANG, Daniel Wei L. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses, *Direito GV Research Paper Series*, n. 75, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11198>>. Acesso em: 04 out. 2017.

OS TÍTULOS DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL SOB A ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA

Thamy Kawai Marcos¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a estrutura jurídica dos títulos de desenvolvimento social sob a ótica de direito e economia. Para tanto, será analisado (i) o contexto de criação e uso dos títulos de desenvolvimento social; (ii) a definição e a estrutura de funcionamento dos títulos de desenvolvimento social e (iii) as inovações dos títulos de desenvolvimento social no que concerne ao reconhecimento da assimetria de informações, dos comportamentos oportunistas e dos incentivos para o alinhamento de interesses entre Estado e setor privado.

Palavras-chave: Títulos de desenvolvimento social; Pagamento; Risco; Eficiência; Custos.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Breves notas sobre o contrato sob a perspectiva de direito e economia; 2.1 – Contratos administrativos: considerações sobre a concepção administrativista; 2.2 – Contratos: considerações sobre a perspectiva de direito e economia; 2.3 – Novos modelos contratuais para superação de antigos problemas; 3 – títulos de desenvolvimento social; 3.1 – A estruturação jurídica do título de desenvolvimento social; 3.2 – O TDS sob a ótica de direito e economia; 3.3 – A estruturação do título de desenvolvimento social dentro da moldura administrativista; 4 – Conclusão; 5 – Referências bibliográficas.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Bolsista do Deutscher Akademischer Austauschdienst - DAAD na Ludwig-Maximilians-Universität München - LMU de 2009 a 2010. Graduada pela Universidade de São Paulo.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo descrever a estrutura jurídica dos títulos de desenvolvimento social e analisá-la sob as óticas do direito administrativo brasileiro e do direito e da economia.

Este instrumento jurídico é conhecido no cenário internacional sob a denominação de *social impact bonds* (SIB), tendo-se adotado, neste trabalho, a tradução proposta por Adib² de “títulos de desenvolvimento social” (TDS).

Trata-se de uma relação contratual por meio da qual o Poder Público, o terceiro setor e a iniciativa privada compartilham um plexo de direitos e obrigações, cada qual dentro de seu rol de competências.

As experiências estrangeiras envolvendo o SIB foram realizadas com o fito de implementar programas sociais de natureza preventiva, tendo-se em vista as dificuldades estatais em concretizar este tipo de ação.

Neste trabalho, serão abordados brevemente os seguintes pontos: (i) uma análise do contrato sob a perspectiva de direito e economia; (ii) uma avaliação do contrato administrativo sob a concepção administrativista; (iii) uma tentativa de superação dos problemas tradicionais dos contratos administrativos por meio da utilização de novos modelos contratuais; (iv) o contexto de criação e uso dos títulos de desenvolvimento social; (v) a definição e a estrutura de funcionamento dos títulos de desenvolvimento social e (vi) uma análise das inovações dos títulos de desenvolvimento social no que concerne ao reconhecimento da assimetria de informações, dos comportamentos oportunistas e dos incentivos para o alinhamento de interesses entre Estado e setor privado.

Deste modo, verificando-se a relevância dos títulos de desenvolvimento social para a implementação de pautas sociais e a possibilidade de enriquecimento do estudo a partir das lições de direito e economia, o presente trabalho busca destrinchar os principais aspectos dos *social impact bonds* sob as perspectivas jurídica e de *law and economics*.

2 ADIB, Luccas Augusto Nogueira. *Títulos de desenvolvimento social – uma abordagem societária*. Tese de Láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Prof. Doutor Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: 2014, p. 12.

2. Breves notas sobre o contrato sob a perspectiva de direito e economia

As transações humanas podem ser efetuadas de modo informal, instantânea – no entanto, caso algum dos deveres acordados não seja cumprido, inexistente proteção aos partícipes: o descumpridor resta irresponsável, e a parte lesada não pode arguir qualquer tipo de compensação.

Ou seja, nestas situações inexistente credibilidade suficiente para que comportamentos oportunistas sejam dissuadidos, e muitos compromissos eficientes não são assumidos por receio do descumprimento de alguma das partes.

Por outro lado, nas transações humanas revestidas de forma contratual, as partes assumem compromissos recíprocos que pretendem ser vinculantes. O contrato, para os interesses do direito e economia, pode ser designado como “um conjunto de compromissos interdependentes que gozam de algum tipo de proteção legal: em caso de incumprimento, o prejudicado pode socorrer-se do Estado para, dependendo das circunstâncias e do ordenamento jurídico, exigir o cumprimento, o ressarcimento, ou a punição para o incumpridor”³.

Neste capítulo, será inicialmente feita uma análise do contrato sob a perspectiva do direito administrativo, para confrontá-la, ato contínuo, com a visão do instituto sob o prisma do direito e economia.

2.1. Contratos administrativos: considerações sobre a concepção administrativista

Para os fins do presente estudo, será utilizada uma abordagem dogmática do contrato administrativo, com o foco de contextualizar o instituto e, posteriormente, compará-lo.

A positivação das contratações administrativas no Brasil teve início com a promulgação do Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), o qual determinava que o empenho da despesa deveria ser precedido de contrato e concorrência pública

3 RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 119.

para fornecimentos e obras públicas acima de determinado valor. Ademais, apresentava requisitos de validade para os contratos administrativos.

A pormenorização do tema foi feita por meio do Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, que aprovou o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública da União.

Após, foi promulgado o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que reorganizou a Administração Pública Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa. Ele apresentava regulamentação específica referente às licitações para compras, obras, serviços e alienações.

Com o início do processo de redemocratização no Brasil, houve o advento do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, o qual disciplinou licitações e contratos administrativos, revogando o título XII do anterior Decreto-Lei nº 200/67.

Anos após, no conturbado contexto de escândalos de corrupção e do *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, foi promulgada a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabeleceu um regime jurídico único para as licitações e contratos administrativos.

Nessa linha, pode-se afirmar que a evolução do regime legislativo brasileiro dos contratos administrativos se iniciou em um contexto de baixa densidade normativa, que conferia ampla margem de discricionariedade à Administração para redigir as avenças obrigacionais da forma mais adequada para cada caso concreto. A título de exemplificação, observa-se que o Código de Contabilidade Pública da União preocupava-se em grande parte com a organização das finanças públicas, de modo que o contrato era interpretado como mera formalização prévia ao empenho de despesas.

Por sua vez, no Decreto-Lei nº 200/67 já era possível verificar uma maior preocupação com a positivação de elementos mínimos para formalização do contrato. Nesse momento, o foco legal centrava-se no detalhamento do procedimento licitatório, a partir da tipificação de modalidades, critérios de habilitação, garantias contratuais, modalidades de execução das avenças e regime sancionatório do contratado.

Ou seja, paulatinamente, reduziu-se a discricionariedade do gestor público para redação contratual, privilegiando-se os elementos do edital de licitação, que deveriam espelhar os critérios previstos em lei.

Por fim, tanto o Decreto-Lei nº 2.300/86 quanto a Lei Federal nº 8.666/93 sedimentaram um regime legislativo que privilegiou o maior detalhamento possível do procedimento licitatório e o estabelecimento de diversas diretrizes para o instrumento contratual.

Todos os elementos pertinentes à contratação passaram a ser previstos em lei, a partir de um regime jurídico único para qualquer tipo de contratação, independentemente do grau de complexidade de seu objeto. Sobre as desvantagens do regime jurídico único, afirma Marques Neto⁴:

Essa tendência (seria mesmo uma maldição) leva a doutrina a predicar um único regime jurídico para os cargos e os empregos públicos (rejeitando modulações necessárias a tão diversificadas funções hoje exercidas pelos agentes públicos); a defender que o estatuto das licitações deve ser uno, invariável, não obstante as compras governamentais serem diversificadas ao extremo; a sustentar que as entidades da Administração indireta devem seguir um figurino único, independentemente da Constituição, a qual expressamente determina que a Lei é que deverá criá-los ou autorizar sua criação em seu art. 37, inciso XIX, (o que supõe dispor sobre seu regime jurídico) ou, ainda, faz-nos dizer que os bens públicos seguem um único regime jurídico, malgrado a discrepância de utilidades públicas a que podem servir.

Em suma, pode ser afirmado que a evolução do contrato administrativo no Brasil passou por uma transição de um regime de liberdade para um regime formalista, no qual a figura do contrato perdeu importância⁵.

Os contratos disciplinados pela Lei nº 8.666/93 são adequados para um segmento específico: obras públicas de pequeno e médio porte, como se pode denotar do inciso II do artigo 9º, do artigo 45, dentre outros.

Por sua vez, para as contratações complexas, que demandam o desenvolvimento de uma nova tecnologia ou a especialização de um produto, para atendimento das necessidades da Administração, os dispositivos da Lei nº 8.666/93 não se mostram adequados. Para essa finalidade, a lei não previu um regulamento próprio que permitisse o aprimoramento

4 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, n. 107, ano XXIX, p. 74-82, dez. 2009, p. 80.

5 ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

de um objeto ou serviço contratado, a ser realizado após a adjudicação pelo vencedor da licitação.

Sabe-se que a aquisição de produtos diferenciados, com *players* de mercado reduzidos, traz empecilhos para a Administração, uma vez que, caso o projeto básico apresente os elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou o serviço (inciso IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/93), corre-se o risco de direcionamento do empreendimento. Por outro lado, se o projeto básico for “espartano”, há o risco de aquisição de um objeto que não atende às demandas públicas.

Dentro desta moldura legal a que se sujeita a Administração por força do artigo 37 da Constituição Federal, é possível inferir as dificuldades práticas encontradas pelo Poder Público para inovar e buscar novos modelos contratuais com o fito de suprir as necessidades sociais. É de se perguntar: seria viável a elaboração de novos paradigmas contratuais dentro dos limites da lei posta?

Para a compreensão deste problema e construção de uma possível solução, serão avaliadas as contribuições de direito e economia quanto ao tema dos contratos.

2.2. Contratos: considerações sobre a perspectiva de direito e economia

A relevância do contrato para os fins econômicos, e da economia para o contrato, não passaram despercebidos ao Direito, tampouco à Economia.

Na esfera do Direito, é de relevo trazer a lição de Enzo Roppo, que já em 1977 lecionava que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas, *donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato*⁶. Roppo identifica tal ferramenta jurídica como o instrumento para circulação de riquezas, compreendidas como utilidades suscetíveis de avaliação econômica.

Por sua vez, para a Economia, os contratos existem porque nenhum ser humano é autossuficiente: é necessária a ocorrência de trocas entre as partes para que elas tenham acesso àquilo que necessitam. Nessas tro-

⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

cas, os bens tendem a passar da pessoa que lhe dá um valor menor para aquela que lhe dá valor maior⁷.

Tais trocas geram riqueza, entendida como o incremento de utilidade gerado pela troca a partir das avaliações das partes a respeito do bem (objeto do contrato). O aumento da riqueza total da sociedade é chamado de excedente econômico – o qual, quando maior que zero, denota um resultado eficiente da transação.

Destas características, é possível afirmar dois benefícios gerados pelo contrato: (i) ele permite a divisão do trabalho, que viabiliza a especialização e o incremento de produtividade, gerando a economia de escala e (ii) gera riqueza na sociedade, direcionando os bens àqueles que mais os valorizam.

Quanto a este segundo benefício, trata-se de reconhecer que os contratos ensejam melhorias de Pareto: se as partes contratam, o fazem porque acreditam que encontrarão uma situação melhor que aquela de inexistência de contrato⁸. Pela melhoria de Pareto, pelo menos um dos indivíduos ficará em melhor situação e não haverá outro indivíduo em situação pior.

No entanto, há fatores que podem impedir que o mercado gerado pelos contratos chegue ao nível ótimo: as falhas de mercado. Três delas interessam para o presente estudo: (i) as externalidades; (ii) as assimetrias de informação e (iii) os custos de transação.

As externalidades são os efeitos gerados sobre terceiros: os terceiros podem ser positivamente ou negativamente afetados pelos contratos. Nesses casos, os excedentes econômicos dos contratos necessitam, para refletir o bem-estar social causado, incluir também a variação na situação de terceiros.

Nos casos em que há externalidades positivas, o excedente econômico é maior do que as partes inicialmente levaram em consideração. Por outro lado, se o contrato gerar externalidades negativas, prejudi-

7 TIMM, Luciano Benetti, GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: _____. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158-179, p. 160.

8 RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 125.

cando terceiros, o contrato somente será eficiente, no sentido de Kaldor-Hicks, se o benefício que proporciona às partes for superior ao prejuízo causado aos demais não contratantes⁹.

Nos casos de externalidade negativa, em que terceiros são desfavorecidos pelos contratos, o direito tem o papel de internalizar a externalidade, fazendo com que as partes contratantes arquem com esses prejuízos.

Por sua vez, a assimetria de informações pode ser compreendida como uma diferença de acesso a conhecimento relevante entre dois agentes¹⁰ e está normalmente atrelada a alguns efeitos, interessando-nos em especial o risco moral (*moral hazard*).

O risco moral é a tendência de um indivíduo inadequadamente monitorado apresentar um comportamento desonesto ou indesejável. Ele se instala quando o agente, insuficientemente supervisionado, realiza uma tarefa por outra pessoa, o principal¹¹.

O ponto nodal da relação entre o agente e o principal, relevante para este trabalho, se encontra no conceito de *oportunismo*, o qual descreve a discrepância entre o comportamento *ex ante* e *ex post* dos indivíduos em uma relação contratual. Uma boa definição do conceito é dada por Mackaay e Rousseau¹²:

No conjunto, é possível dizer que uma parte contratante age de maneira oportunista quando procura, por trapaça (meios diversionistas) ou mediante força, coerção, modificar em seu proveito e em detrimento da outra, a repartição dos ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão. Tenta obter ‘mais do que sua parte’. O ato oportunista consiste em explorar de forma significativa uma assimetria na relação de pessoas em detrimento de outros participantes. A assimetria pode existir no momento da conclusão do

9 RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 127.

10 MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 6. ed. São Paulo: Cenag Learning, 2016, p. 442.

11 RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 442.

12 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise Económica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 223.

contrato ou ser a ele superveniente, aparecer no curso da sua execução, como resultado de circunstâncias imprevistas em um contrato – imperfeito – que não admite precisão sobre o objeto. Frequente que as dificuldades de se informar de alguns, ou de fiscalizar de outros, facilitem, abram a porta, para comportamentos oportunistas. O oportunismo consiste em levar o contratante a concluir um acordo que não teria aceitado facilmente se estivesse perfeitamente informado (oportunismo *ex ante*), ou por modificar no curso da execução, a repartição implicitamente acordada no momento da conclusão do contrato (oportunismo *ex post*).

Como as pessoas (físicas e jurídicas) têm *asset specificity* — uma dotação única e peculiar de fatores sobre a qual só eles têm informação completa — e, concomitantemente, há uma assimetria de informação entre agente e principal, surge espaço para o mencionado oportunismo.

Por último, os custos de transação são aqueles necessários para a efetivação de transações comerciais. Os custos de transação pesam sobre uma parte da negociação, mas não beneficiam a outra parte: são puras ineficiências, *mero atrito na relação comercial entre dois agentes, indisponível para uso útil*¹³.

Os custos de transação podem ser de três tipos: (i) custo de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação e (iii) custos para garantir a execução do contrato. Diante de custos de transação, os mercados não atingem resultados eficientes quando o excedente econômico da transação for menor do que os custos de transação. Em outras palavras, na presença destes custos, ocorrem menos transações do que o nível eficiente. Segundo o teorema de Coase, numa situação em que inexistam estes custos e que as partes sejam racionais em relação aos seus interesses individuais, as transações de mercado levam a uma alocação eficiente do bem, independentemente da alocação inicial dos direitos de propriedade.

Os custos de transação também geram outros tipos de dificuldades aos contratos, sendo uma das principais a eficiente alocação de risco do contrato. Normalmente, a distribuição de direitos e obrigações das partes em um contrato segue o mesmo padrão de distribuição de bens: na ausência

13 TIMM, Luciano Benetti, GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: _____. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*, p. 158-179, p. 167-168.

de custos de transação, os direitos serão direcionados às partes que mais os valorizam, enquanto as obrigações e riscos serão encaminhados à parte que com eles possa lidar de forma menos onerosa (*cheapest cost avoider*).

Nos contratos, um dos maiores custos é aquele relacionado à redação das cláusulas contratuais: é necessário calcular as probabilidades de eventos futuros, seus benefícios e custos etc., de modo que o custo de redação destes termos será sempre superior a zero. E, em face da inviabilidade de antever todos os óbices referentes à execução contratual, conclui-se que os contratos nunca serão completos: serão escritas somente as cláusulas cujo benefício estimado seja superior ao seu custo de redação¹⁴.

Por sua vez, no que pertine à execução contratual, para que o contrato seja apto a gerar credibilidade, a lei faz uso de sanções aplicáveis em caso de descumprimento. Dentre estas sanções, pode-se nomear: (i) a obrigação de indenização que coloque a parte cumpridora na situação em que ficaria caso o contrato fosse cumprido (*expectation damages*); (ii) a obrigação de colocar a parte cumpridora na situação em que ficaria se não tivesse confiado no cumprimento do contrato (*reliance damages*); (iii) a lei pode impor uma regra de propriedade, impondo o efetivo cumprimento dos compromissos assumidos (execução específica) e (iv) a lei pode impor o pagamento de uma indenização fixada no próprio contrato (cláusula penal)¹⁵.

Feito este pequeno apanhado das contribuições da análise econômica do direito sobre os tópicos que interessam ao presente trabalho, passa-se a analisar um possível novo paradigma de contratos administrativos para o enfrentamento de desafios.

2.3. Novos modelos contratuais para superação de antigos problemas

Com frequência, aponta-se a dificuldade do Estado em agir preventivamente em relação às necessidades sociais, seja em função do descom-

14 TIMM, Luciano Benetti, GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: _____. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*, p. 158-179, p. 168.

15 RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*, p. 137.

passo entre a realidade e o aparato burocrático estatal, seja em função dos óbices legais e financeiros à pronta resposta das demandas.

As lacunas não supridas pela atuação estatal são, por vezes, preenchidas pelo setor privado ou paraestatal (terceiro setor). Esta participação no incremento de políticas sociais tem aumentado no Brasil¹⁶ não apenas em função de um posicionamento ético, mas também em função da repercussão econômica positiva atreladas a estas ações, gerada pela melhoria da reputação do agente no mercado.

Tradicionalmente, a atuação dos agentes privados e do terceiro setor envolvidos com ações sociais tem viés filantrópico: o foco imediato da ação é o ganho social, a melhoria da qualidade de vida daqueles envolvidos em determinados projetos e programas – as vantagens econômicas decorrentes (tais como o capital reputacional) são mediatamente consideradas.

No entanto, percebeu-se que o âmbito de atuação destes agentes poderia ser ampliado por meio de outro instrumento capaz de aliar, de forma imediata, (i) a preocupação social e (ii) a percepção de lucro por meio de investimentos de risco. É neste ponto de intersecção que se encontram os títulos de desenvolvimento social, objeto deste estudo.

Como dito alhures, será utilizado o termo “título de desenvolvimento social”, tradução não literal do termo *social impact bond*, como proposto por Adib. O uso desta terminologia se justifica para que se evite uma correlação equivocada do tema com os fundos de investimento de impacto social no Brasil, os quais são fundos de investimento em participações regulares.

3. Títulos de desenvolvimento social

3.1. A estruturação jurídica do título de desenvolvimento social

Em sentido estrito, o título de desenvolvimento social pode ser descrito como *um instrumento contratual que envolve os três setores da economia, quais sejam, o primeiro setor (Estado), o segundo setor (ini-*

16 IPEA. *Bondade ou interesse? Como e por que as empresas atuam na área social*. Brasília: 2001. Disponível em: https://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_bondade.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

*ciativa privada) e, em diversas hipóteses, o terceiro setor (organizações públicas não estatais)*¹⁷.

Embora aponte-se, em geral, a existência de sete *stakeholders* na operação (a população atingida, o governo, entidades sem fins lucrativos, investidores, intermediário, os conselheiros de operação e do avaliador independente), em breves e gerais linhas, as principais partes envolvidas assumem as seguintes posições neste instrumento jurídico:

- a) A parte privada (chamada comumente de intermediário ou emissor) observa a oportunidade de atuação em determinado segmento de cunho social em que o Estado apresenta debilidades, provocando-o por meio da proposição de algum projeto (o que não exclui a possibilidade do caminho inverso, em que a proposta parte do Estado para o mercado). O intermediário é responsável pela contratação, gestão e pagamento dos prestadores de serviços envolvidos no projeto, sendo sua atribuição a organização do programa em todos os seus aspectos.
- b) Estado: por meio de processo licitatório próprio, o Estado aceita a proposta e estabelece níveis de eficiência atrelados às metas que se espera do intermediário. Com o atingimento das metas, o Estado compromete-se a remunerar o emissor com um valor equivalente ao seu investimento somado a certo ágio (*performance-based payments*). Caso o projeto não atinja quaisquer das metas, pagamento algum é feito ao contratado, de forma que o risco da atividade recai inteiramente sobre o privado – trata-se de um contrato de pagamento pelo sucesso.
- c) Investidores privados: o intermediário financia suas operações por meio da emissão de um título ou valor mobiliário, lastreado no contrato celebrado com o Estado, ou celebra um contrato de investimento coletivo com o investidor.
Ou seja, o intermediário lança ao mercado o título de desenvolvimento social, lastreado na remuneração prevista no contrato de pagamento pelo sucesso.

17 SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; ADIB, Luccas Augusto Nogueira. Títulos de desenvolvimento social: utilizando a lógica do mercado de capitais para financiar políticas públicas no Brasil. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, p. 74. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 20. abr. 2017.

- d) Avaliador independente: considerando-se que as partes terão incentivos contrapostos para interpretar os resultados (a favor do atingimento das metas para pagamento integral do valor contratado; contra o atingimento das metas para não pagamento de qualquer valor), normalmente escolhe-se um terceiro neutro, que fará a avaliação dos resultados de forma imparcial.
- e) Terceiro garantidor: em alguns casos, o investidor privado pode se sentir excessivamente inseguro com o projeto, cujo cunho social pode fugir à habitualidade do investidor. Nestas situações, é possível que um fundo filantrópico, que já utilizaria seus recursos em projetos sociais, participe como garantidor da operação, reduzindo os riscos do investidor.

Dessa forma, percebe-se que a estrutura jurídica e financeira do TDS insere o risco da operação na esfera do particular, isentando o Estado de responsabilidades sobre projetos malsucedidos.

Como ressaltado por Monteiro e Rosillo¹⁸, a premissa deste contrato é a possibilidade simultânea de (i) gerar um impacto social positivo (aprimoramento de atividades e serviços prestados pelo Estado), (ii) retorno financeiro ao investidor privado (que alcançará sua remuneração caso obtenha sucesso nas intervenções, justificando-se assim que o contrato autorize que ele tenha governança sobre a avença) e (iii) economia ao poder público.

3.2. O TDS sob a ótica de direito e economia

O nicho em que proliferam as experiências internacionais de TDS se refere às demandas sociais nas quais o Estado encontra dificuldades. As primeiras situações em que os TDS foram utilizados tratavam da redução de reincidência de egressos do sistema carcerário (caso de Peterborough, no Reino Unido, e de Nova Iorque, nos Estados Unidos).

Os TDS têm sido utilizados com maior frequência em intervenções de ênfase preventiva:

Much discussion has been revolved around whether SIBs are more appropriate or stimulating for preventive or remedial interventions.

18 MONTEIRO, Vera, ROSILHO, André. Como o Estado pode celebrar contrato de impacto social / CIS?. In: WALD, Arnaldo, JUSTEN FILHO, Marçal, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade – Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 1172-1188; p. 1174.

Considering the fact that budgetary constraints hampers oftentimes preventive investments from governments, emphasis has been placed on the potential of SIBs for programmes with such nature. This is of particular importance for governments for two reasons. The first, evidently, is that it aims at improving the well-being of their citizens in the long-term. The second one, and closely linked to the first one, is that it may prosper “cashable savings” or “cost avoidance” for the government in the short and long-run as it will be explained below. Overall, the positive effect of prevention can be harnessed not only by the governments but also by the beneficiaries and the services providers¹⁹

No entanto, como se observa dos dados mais recentes do Instituto Instiglio²⁰, a gama de temas tem sido fortemente ampliada, abrangendo públicos e ênfases diversos, tais como as mulheres vítimas de violência doméstica na Áustria e os imigrantes refugiados na Alemanha.

Trata-se, dos casos já existentes, de situações em que os problemas são derivados de diversos fatores, sendo o setor público inábil para atuar de forma eficiente. Nestas situações, o poder público não conhece, de forma profunda, as causas e as possíveis soluções para os problemas tradicionalmente enfrentados.

Denota-se, então, a existência de assimetria de informações, a qual é, como já dito, uma diferença de acesso a conhecimento relevante entre dois agentes. Esta assimetria de informações e o atrelado risco moral são extremamente relevantes no que tange à tentativa do Poder Público para agir preventivamente em relação às ações sociais. A Administração, que

19 Tradução livre: “Houve muita discussão em torno de se os TDS são mais apropriados ou estimulantes para intervenções preventivas ou corretivas. Considerando-se o fato de que restrições orçamentárias dificultam investimentos preventivos por parte dos governos, tem-se colocado a ênfase no potencial dos TDS para programas com essa natureza. Isto é de particular importância para os governos por duas razões. O primeiro, evidentemente, é que visa melhorar o bem-estar de seus cidadãos a longo prazo. O segundo, e intimamente ligado ao primeiro, é que ele pode prosperar em “economias casuais” ou “evitar custos” para o governo a curto e longo prazo, como será explicado abaixo. No geral, o efeito positivo da prevenção pode ser aproveitado não apenas pelos governos, mas também pelos beneficiários e pelos provedores de serviços”. OCDE. *Understanding social impact bonds*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/cfe/leed/UnderstandingSIBsLux-WorkingPaper.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

20 INSTIGLIO. *Impact Bonds Worldwide*. Disponível em: <http://www.instiglio.org/en/sibs-worldwide/>. Acesso em: 01 dez. 2017.

não detém o conhecimento necessário sobre o tema, elabora projetos imperfeitos, os quais, quando executados por particulares, podem agir de forma oportunista para retirar maiores vantagens do ajuste, desonegando-se dos resultados não alcançados pela empreitada.

Nos casos que interessam ao presente estudo, verifica-se a existência de duas fontes relevantes de custos de transação: *de um lado, o custo da ineficiência resultante de má alocação dos direitos e, de outro, o custo de gerar e recolher informações necessárias para determinar a melhor atribuição de direitos e escapar de tal ineficiência*²¹.

As corriqueiras soluções do poder público para os problemas sociais ignoram a assimetria de informação, e os problemas da agência e do risco moral se instalam.

Por sua vez, ao analisar a questão dos custos de transação como impeditivos para acordos, Calabresi formula a seguinte proposta:

[...] sendo custoso identificar a pessoa que melhor possa minimizar os custos [...], contentemo-nos com tornar responsável, se pudermos identificar com facilidade, uma classe de pessoas que possam influenciar, profundamente, tais custos sem que sejam, necessariamente, as mais bem colocadas para evitá-los.

[...] Interessa, além disso, escolher a forma dos direitos de modo a minimizar as perdas resultantes da má alocação e maximizar as possibilidades de fazer correções²².

Parece-nos que esta é a lógica do mecanismo do TDS. Nestes casos, o emissor vislumbra a possibilidade de atuar em determinado segmento em que o Estado tem deficiências para intervir. O intermediário, conhecedor da área, tem liberdade para atuar e tentar atingir as bandas de eficiência delimitadas pelo contrato com o Estado. Ele organiza as operações correlatas do projeto, definindo, por exemplo, equipes para prestação dos serviços que já estejam habituadas com o tema e com o público que desejam impactar. Assim, o intermediário, *embora não possa controlar todos os custos envolvidos no contrato*, é o mais apto a *influenciar* tais custos, por sua *expertise*.

21 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*, p. 441.

22 *Ibidem*, p. 420.

Deve-se, neste ponto, ressaltar que a *expertise* do contratado não anula os custos de transação envolvidos na operação (principalmente em virtude do ineditismo do TDS): apenas aloca-se os custos do projeto sob o sujeito mais apto a influenciá-los, bem como maximiza-se a possibilidade de correções em caso de equívocos:

Apart from the abovementioned standard costs, there are also associated or transaction costs. These costs may concern intermediaries' fees, legal and evaluation expenses. They can be either part of, or additional to the SIB deal. As there is very limited precedent on the deal development, these costs may vary significantly across SIBs. On this point, it has to be noted that there is very limited information about transaction costs as well. Intermediaries can charge a closing fee or a success fee included in the budget of the SIB contract. They can also be paid for their technical assistance for structuring the deal or for performance management during the implementation phase. Setting up the mechanism can be funded by the intermediaries themselves or through external grants. Legal services have been provided in most instances pro bono or on a very low cost so far. Service providers may, also, receive bonuses if they achieve more than expected outcomes. Some argue that as SIBs become more mainstream and their development processes streamline, it is likely that a market around standard and associated costs will be developed. Some transaction costs will be reduced due to process standardisation while others, which were offered pro bono, may start charging fees. Until this point, however, SIBs may actually entail more costs, which are not widely known and anticipated, than traditional commissioning.²³

23 Tradução livre: "Além dos custos-padrão acima mencionados, também há custos de transação. Estes custos podem dizer respeito a honorários de intermediários, despesas legais e de avaliação. Eles podem ser parte ou adicionais ao negócio do TDS. Como há precedentes muito limitados sobre o desenvolvimento deste negócio, esses custos podem variar significativamente entre os TDS. Neste ponto, deve-se notar que também há informações muito limitadas sobre os custos de transação. Os intermediários podem cobrar uma taxa de fechamento ou uma taxa de sucesso incluída no orçamento do contrato do TDS. Eles também podem ser pagos por sua assistência técnica para estruturar o negócio ou para o gerenciamento de desempenho durante a fase de implementação. A criação do mecanismo pode ser financiada pelos próprios intermediários ou por meio de doações externas. Os serviços jurídicos foram fornecidos na maioria dos casos *pro bono* ou a um custo muito baixo, até o momento. Os prestadores de serviços também podem receber bônus se atingirem resultados acima do esperado. Alguns argumentam que à medida que os TDS se tornam mais recorrentes e seus processos de desenvolvimento são simplificados, é provável que um mercado em torno dos

Prosseguindo, para capitalizar-se, o intermediário pode emitir um título lastreado no contrato celebrado com o poder público, ou celebrar um contrato de investimento coletivo com o investidor.

Como se pode observar, o intermediário (e seus investidores) tomam para si o risco da atividade econômica, responsabilizando-se pelas variáveis que possam interferir no projeto, as quais refogem à noção previsível de sua habitual gestão de riscos.

Esta repartição diferenciada de riscos *desincentiva* comportamentos oportunistas: com efeito, se os riscos do insucesso da operação estão alocados com o particular, ocorre um alinhamento de interesses entre o Estado e o intermediário, ambos com foco no atingimento do ganho social.

No entanto, o excesso de riscos imputados ao particular poderia, em tese, afastar os interessados neste tipo de contratação. Para amenizar os riscos e viabilizar a contratação, é comum que um fundo filantrópico compareça como garantidor da operação, trazendo mais segurança para os atores privados e possibilitando a expansão do potencial capital a ser introduzido na indústria de impacto.

Para o agente filantrópico, a participação como garantidor não gera maiores riscos do que aqueles comumente assumidos: isso porque, em regra, seus recursos já são utilizados em ações que não lhe geram qualquer retorno financeiro. A atuação como garantidor, ao revés, abre-lhe a oportunidade de alguma contrapartida pelos gastos efetuados, nos casos de sucesso.

Por seu turno, o Estado não assume quaisquer pagamentos em caso de não atingimento das metas predefinidas. Ao contrário dos demais casos em que o Estado, por conta própria, age para o atingimento de determinados fins, no TDS o risco da atividade é totalmente direcionado ao intermediário e aos investidores, isentando o setor público.

Ademais, a regra de não pagamento em caso de não atingimento das metas de eficiência é consentânea com a situação supramencionada

custos-padrão e associados seja desenvolvido. Alguns custos de transação serão reduzidos devido à padronização do processo, enquanto outros, que foram oferecidos gratuitamente, podem começar a cobrar taxas. Até este ponto, no entanto, os TDS podem na verdade implicar mais custos, que não são amplamente conhecidos e antecipados, do que o comissionamento tradicional". OCDE. *Understanding social impact bonds*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/cfe/leed/UnderstandingSIBsLux-WorkingPaper.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

de *reliance damages* (obrigação de colocar a parte cumpridora na situação em que ficaria se não tivesse confiado no cumprimento do contrato), gerando (i) ao Estado o conforto de não prejudicar a si ou à população no caso de descumprimento contratual e (ii) incentivando o particular a atingir as bandas de eficiência predefinidas.

Ademais, além da consecução do objeto do contrato em si (ganho social), por vezes a atuação do privado gera economia orçamentária ao setor público – por exemplo, nas experiências em que o TDS foi utilizado para combater a reincidência de egressos do sistema carcerário nos Estados Unidos²⁴.

Aponta-se os seguintes incentivos ao Estado nos TDS:

Governments and public authorities can be attracted by the outcome focus in areas difficult to reach combined with cost-savings, accountability of taxpayer funds, and value-for-money. Another strong incentive is that SIBs may provide the governments with the capacity to invest more in preventive programmes and social interventions, especially when remedial (or “symptoms driven”) interventions may seem more urgent and with immediate results. Investing in preventive interventions can have a sound effect on citizens’ well-being while yielding savings in the medium and long-term, as it will be discussed below. Moreover, although public authorities are keen on participating in SIBs in times of budgetary constraints, they may also experience as a ripple effect an efficiency increase in their service delivery and savings in their budgets even in times of growth. Last but not least, SIBs can enhance cross-sector and cross-authority cooperation breaking the silos and providing integrated solutions to long-term challenges. This collaborative process may also generate savings across multiple authorities. It has to be noted, at the same time, that governments and public authorities should conduct costbenefit analysis or preliminary assessments regarding whether engaging in a SIB is a value-for-money option for them (Liebman et al., 2013). They would also need to consider the fact of paying back

24 ADIB, Luccas Augusto Nogueira. *Títulos de desenvolvimento social – uma abordagem societária*. Tese de Láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Prof. Doutor Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: 2014, p. 30.

the investors with an interest rate. To this end, they need to foresee and include this kind of expenditure in future budgets.²⁵

Alerta-se, no entanto, que esta economia orçamentária verificada em países desenvolvidos por meio do TDS pode não se repetir *na mesma monta* nos países em desenvolvimento:

First, developing countries in general have smaller social safety nets than developed countries. As a result, the costs associated with vulnerable populations are absorbed by the population as a whole and, in particular, by vulnerable populations, rather than by the state. SIBs may therefore play a particularly important role in developing countries by improving welfare, but the service they provide is less likely to lead to future cost-savings for the government.²⁶

25 Tradução livre: “Os governos e as autoridades públicas podem ser atraídos pelo foco nos resultados em áreas difíceis de serem alcançadas, combinado à economia de custos, à responsabilidade dos fundos dos contribuintes e à boa relação custo-benefício. Outro forte incentivo é que os TDS podem fornecer aos governos a capacidade de investir mais em programas preventivos e intervenções sociais, especialmente quando intervenções corretivas (ou “dirigidas por sintomas”) podem parecer mais urgentes e com resultados imediatos. Investir em intervenções preventivas pode ter um efeito positivo no bem-estar dos cidadãos, ao mesmo tempo em que gera economias no médio e longo prazo, como será discutido abaixo. Além disso, embora as autoridades públicas estejam interessadas em participar dos TDS em tempos de restrições orçamentárias, elas também podem experimentar, como um efeito cascata, um aumento de eficiência em sua prestação de serviços e economias em seus orçamentos, mesmo em tempos de crescimento. Por último, mas não menos importante, os TDS podem melhorar a cooperação intersetorial e entre autoridades, quebrando os silos e fornecendo soluções integradas para desafios de longo prazo. Esse processo colaborativo também pode gerar economias em várias autoridades. Deve-se notar, ao mesmo tempo, que governos e autoridades públicas devem conduzir análises de custo-benefício ou avaliações preliminares sobre se o envolvimento em um TDS é uma opção de bom custo-benefício para eles (Liebman et al., 2013). Eles também precisam considerar o fato de pagar de volta os investidores com uma taxa de juros. Para este fim, eles precisam prever e incluir esse tipo de despesa em orçamentos futuros”. OCDE. *Understanding social impact bonds*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/cfe/leed/UnderstandingSIBsLux-WorkingPaper.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

26 Tradução livre: “Em primeiro lugar, os países em desenvolvimento, em geral, têm redes de segurança social menores do que os países desenvolvidos. Como resultado, os custos associados às populações vulneráveis são absorvidos pela população como um todo e, em particular, pelas populações vulneráveis, e não pelo Estado. Os TDS podem, portanto, desempenhar um papel particularmente importante nos países em desenvolvimento, melhorando o bem-estar social, mas o serviço que eles prestam tem menor probabilidade de levar a futuras economias de custo para o governo”. BELINSKY, Michael; CHASKEL, Sebastian. *Designing a Social Impact Bond in the Tropics*. Disponível em: https://ssir.org/articles/entry/designing_a_social_impact_bond_in_the_tropics. Acesso em: 05 dez. 2017.

Como se pode verificar, a estrutura jurídica do TDS pode ser analisada e até mesmo aprimorada por uma interpretação sob a luz de *law and economics*, especialmente em função das inovações em termos de repartição de riscos, de alinhamento de interesses e de incentivos às partes envolvidas.

Da breve avaliação feita, pode-se sugerir que o TDS aparenta ser um instrumento inovador para atingir objetivos sociais que, pelas vias tradicionais, não são alcançadas pelo poder público. Nesse sentido, (i) políticas sociais de longo prazo podem ser objeto destes projetos, (ii) sem gerar ao Estado a responsabilidade por atuações malsucedidas e (iii) ampliando o rol e o viés de atuação de entidades que, até então, detém apenas um caráter filantrópico.

3.3. A estruturação do título de desenvolvimento social dentro da moldura administrativista

Como supraexposto, as principais diferenças do *social impact bond* em relação aos contratos administrativos tradicionais se refere à forma de remuneração do contratado, o qual apenas receberá a contraprestação se atingidas as metas de eficiência predefinidas pelo Poder Público. Os pagamentos são feitos somente *se e na medida* de atingimento das bandas de eficiência – caso não se atinja meta alguma, o contratado não percebe qualquer remuneração.

Esta formatação de remuneração e de alocação de riscos se diferencia, sobremaneira, dos contratos tradicionalmente firmados pelo Estado. A disciplina geral das avenças administrativas onerosas é dada pela Lei nº 8.666/93, de modo que cabe avaliar se a instrumentalização dos títulos de desenvolvimento social encontraria ou não respaldo na legislação posta.

Parece-nos que o principal questionamento a ser enfrentado no presente caso se refere à forma de remuneração do contratado e a repartição de riscos envolvida na estruturação jurídica do título de desenvolvimento social. Isso porque, como sabido, contratos de remuneração variável e contratos de eficiência se encontram disciplinados nos artigos 10 e 23 da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – e não na Lei Geral de Licitações.

No contrato de eficiência,

(...) o contratado é remunerado com base em percentual da economia financeira gerada à Administração Pública. (...) O seu objetivo primário

é proporcionar uma economia à Administração Pública mediante a redução de suas despesas correntes. Trata-se de uma contratação de risco, uma vez que a remuneração do contratado depende dos resultados obtidos com a prestação de seus serviços podendo, inclusive, sofrer algum tipo de sanção caso a economia não seja alcançada²⁷.

Por outro lado, no contrato de remuneração variável *é possível determinar outras metas, como padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade e prazos de entrega*²⁸.

A questão que se coloca é: seria possível a celebração de contratos de eficiência ou de remuneração variável no bojo da Lei nº 8.666/93? Ou tais contratos estariam abrangidos apenas pela Lei nº 12.462/2011?

No âmbito do Estado de São Paulo, o tema já foi analisado pela Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado por ocasião do Parecer PA nº 101/2013. Naquele caso, tratou-se da inviabilidade de celebração de contrato administrativo em que a remuneração do privado era variável: havia o pagamento de um valor fixo correspondente ao seu custo e de um valor variável correspondente à porcentagem, proposta pelas empresas, incidente sobre o valor em reais da economia com gastos de telefonia. Naquela circunstância, havia previsão de pagamento de valor variável superior ao custo dos serviços, caso a meta fosse atingida ou superada, o que não encontraria respaldo na sistemática estabelecida pela Lei nº 8.666/93.

Não obstante, quanto à questão supraexposta, a Procuradoria Administrativa²⁹ manifestou-se no seguinte sentido:

17.1. Esse diploma legal não traz qualquer disposição que enseje a avaliação e valoração dos serviços após a sua execução. Ainda que sujeita à obtenção de um resultado, a contratação sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993 não possibilita premiar qualidade/meta superior àquela intentada pela Administração.

27 SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; ADIB, Luccas Augusto Nogueira. Títulos de desenvolvimento social: utilizando a lógica do mercado de capitais para financiar políticas públicas no Brasil. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 20 abr. 2017, p. 96.

28 *Ibidem*, p. 96.

29 BRASIL, SÃO PAULO, PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer PA n. 101/2013*. 12 dez. 2012, Contrato Administrativo. Gestão de Recursos e Serviços de Telecomunicação, p. 12-13.

17.2. Não há que se entender que com isso mitigada estaria a observância aos princípios da eficiência e da vantajosidade nas contratações realizadas com fulcro na Lei Federal nº 8.666/1993. Nesta norma, ao exigir da Administração a precisa identificação do objeto e respectiva individualização de seus custos, o legislador atribuiu ao administrador a responsabilidade pela identificação da solução adequadamente eficiente, priorizando a economicidade da contratação e o controle de sua execução para obtenção do resultado ajustado.

18. Saliento que, sob a luz da Lei Federal nº 8.666/1993, o impedimento de contratação com remuneração variável não se dá em razão do modelo ser atípico, mas por prever a possibilidade de obtenção de resultados com grau de eficiência superior à mínima intentada pela Administração, com conseqüente acréscimo no preço a ser pago, divergindo, assim, do custo orçado do objeto.

18.1. A doutrina reconhece que o *conceito de remuneração variável acolhido pelo RDC rompe com o paradigma da exata correspondência entre custo e preço, que permeia a prática administrativa em torno da Lei Federal nº 8.666/93, apostando no ganho de eficiência que a nova sistemática poderá trazer para as contratações públicas, mormente quando o fator tempo tiver um custo relativo bastante elevado.*³⁰

É elucidativa a nota de rodapé nº 33 daquele opinativo:

Existem circunstâncias em que, dependendo do interesse público a ser alcançado, o modelo contratual eficiente e econômico não se enquadra exatamente no tipo legal, não chegando, porém, a conflitar com a sistemática da Lei Federal nº 8.666/1993. É o caso, por exemplo, de contratos vinculados ao alcance de resultado, sem o qual (resultado) não haverá remuneração. Vide, a esse respeito, julgados do TCE/SP: Processos TC-8226/026/09, TC-035 123/026/10, entre outros.

Assim, a Procuradoria Administrativa, ancorada inclusive em julgados do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, responde à questão de forma a permitir contratos que

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *apud*, BRASIL, SÃO PAULO, PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer PA n. 101/2013. 12 dez. 2012, Contrato Administrativo. Gestão de Recursos e Serviços de Telecomunicação, 13.

prezem pela eficiência e vantajosidade, mesmo que tais ajustes não sejam típicos. O impeditivo, pela Lei Federal nº 8.666/93, seria a celebração de contratos com acréscimo dos valores pagos, caso haja grau de eficiência superior à mínima intentada pela Administração. Isso porque tal mecanismo geraria divergência do custo orçado do projeto.

No caso dos títulos de desenvolvimento social, por sua vez, o pagamento somente seria feito se atingida a meta estabelecida: não há diferenciação entre parte fixa e variável da remuneração, pois a efetivação do pagamento e o seu montante máximo são preliminarmente previstos no edital e no contrato *apenas e na medida* do atingimento das bandas de eficiência.

Ademais, os valores máximos a serem pagos são prefixados pelo edital, do qual já consta o custo orçado do projeto. Não há previsão de pagamento superior ao previsto. Deste modo, pode-se afirmar que o fato de o contrato não ser típico não impede que seja celebrado no bojo da Lei Federal nº 8.666/93.

Esta interpretação da Lei Geral de Licitações permite que o Estado formule novos paradigmas para a modulação de seus contratos administrativos, optando por um modelo que favoreça o atingimento de resultados e o emprego de recursos públicos em projetos que efetivamente cumpram o objetivo proposto.

4. Conclusão

O presente trabalho buscou analisar os títulos de desenvolvimento social sob a ótica do Direito e da Economia.

Fez-se a análise abstrata do instituto, contrapondo suas características principais com aquelas dos tradicionais contratos administrativos, bem como foi feita uma abordagem do instituto sob a perspectiva de análise econômica do Direito.

Foram tratados os seguintes pontos, tendo-se alcançado as seguintes conclusões:

- (i) uma avaliação do contrato administrativo sob a concepção administrativista: verificou-se que o direito positivo brasileiro paulatinamente afastou-se de uma situação de baixa densidade normativa e ampla liberdade de contratação para uma situação atual de alta densidade normativa, em que a lei determina todos

os aspectos do edital e do contrato de forma homogênea. Observou-se que a Lei Geral de Licitações traz o mesmo regramento para todos os tipos de contratações, e que o formalismo que a reveste retira a importância do instrumento contratual para regulação das transações administrativas;

- (ii) uma análise do contrato sob a perspectiva de Direito e Economia: os contratos, quando firmados por agentes racionais em um ambiente de transparência, geram riqueza à sociedade (há uma melhoria de Pareto). No entanto, o ambiente em que ocorrem as trocas não é perfeito: há falhas de mercado que inviabilizam o atingimento do nível ótimo do mercado. Para os fins deste trabalho, são relevantes as seguintes falhas de mercado: externalidades, assimetria de informação e custos de transação.

As externalidades são relevantes para o estudo dos contratos porque eles são instrumentos hábeis a internalizar tais efeitos sobre terceiros, visando que apenas as partes contratantes sejam afetadas pela avença.

A assimetria de informação ganha importância em função da possibilidade de risco moral e comportamentos oportunistas das partes contratantes, que devem ter incentivos para agirem de acordo com o convencionado (e não apenas em prol de seus próprios interesses).

Por fim, os custos de transação são relevantes por influenciarem na própria viabilidade de realização dos contratos, para a melhor alocação dos bens entre os interessados e dos riscos nos contratos (que devem ser direcionados segundo o critério do *cheapest cost avoider*) e para a análise da conveniência de redação das cláusulas contratuais até mesmo para a redação de contratos incompletos.

- (iii) uma tentativa de superação dos problemas tradicionais dos contratos administrativos por meio da utilização de novos modelos contratuais: verificou-se que o Estado possui debilidades em atender demandas sociais e agir preventivamente em relação a essas necessidades. Os contratos administrativos tradicionais, de marcante rigor formal, via de regra, não são aptos para solucionar tais problemas.

- (iv) o contexto de criação e uso dos títulos de desenvolvimento social: experiências internacionais utilizando os *social impact bonds* visaram atender preventivamente às demandas sociais. Nesses modelos, os particulares interessados em projetos de cunho social são incentivados a buscarem, além dos fins sociais, lucro por meio da contratação com o Estado. O Poder Público, por sua vez, não apresenta amarras ao particular, garantindo-lhe para agir – a contrapartida, no entanto, é o pagamento do contratado, que é realizado somente no caso de atingimento de metas de eficiência. Caso não sejam atingidos os objetivos predefinidos, os pagamentos não são feitos e o risco da atividade remonta apenas ao contratado.
- (v) a definição e a estrutura de funcionamento dos títulos de desenvolvimento social: tradicionalmente, aponta-se a existência de sete *stakeholders* na estrutura jurídica dos TDS. Para o presente trabalho, interessam apenas as figuras do emissor (intermediário) e do Estado. O Poder Público, após regular procedimento licitatório, firma contrato com o particular, em que este se responsabiliza pelo atingimento de metas de eficiência em projetos de cunho social. Atestado o atingimento de metas por um terceiro neutro (o avaliador independente), os pagamentos são feitos ao contratado, sendo que tal pagamento confere lastro aos títulos que eventualmente o emissor tenha feito aos investidores no mercado.
- (vi) uma análise das inovações dos títulos de desenvolvimento social no que concerne ao reconhecimento da assimetria de informações, dos comportamentos oportunistas e dos incentivos para o alinhamento de interesses entre Estado e setor privado: como dito, o Estado reconhece que não detém todas as informações e toda a *expertise* necessária para uma exitosa ação social (assimetria de informações). Reconhece, outrossim, que a busca por tais informações pode ser excessivamente custosa, e que este custo de transação pode inviabilizar sua atuação. Para superação desta situação de inércia, é interessante a contratação de particular que detém o conhecimento necessário para o sucesso da ação – no caso das experiências internacionais do SIB, trata-se de particulares com atuação filantrópica que passaram a agir também em busca de lucro.

O Poder Público define as metas que pretende ver atingidas pelo contratado – o qual somente será pago caso alcance os objetivos definidos previamente. Nesse caso, o particular tem, bem como o Estado, o interesse em ver as demandas sociais plenamente atendidas, pois só assim será remunerado. O alinhamento de interesses entre as partes evita que a assimetria de informações enseje a prática de comportamentos oportunistas e o problema da agência.

A estrutura jurídica dos títulos de desenvolvimento social, embora não prevista expressamente na Lei Federal nº 8.666/93, não a contraria: o fato de um contrato ser atípico não implica em sua ilegalidade.

De todo o exposto, pode-se concluir que os títulos de desenvolvimento social são, *do ponto de vista do direito e economia*, (i) uma ferramenta interessante para o alinhamento dos interesses das partes contratantes e para o atingimento das metas de eficiência propostas pelo Poder Público, bem como, *do ponto de vista do direito*, (ii) um instrumento contratual viável, no bojo da Lei Geral de Licitações, para a construção de um novo paradigma das avenças estatais.

5. Referências bibliográficas

ADIB, Luccas Augusto Nogueira. *Títulos de desenvolvimento social – uma abordagem societária*. Tese de Láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Prof. Doutor Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: 2014.

BELINSKY, Michael, CHASKEL, Sebastian. *Designing a Social Impact Bond in the Tropics*. Disponível em: https://ssir.org/articles/entry/designing_a_social_impact_bond_in_the_tropics. Acesso em: 05 dez. 2017.

INSTIGLIO. *Impact Bonds Worldwide*. Disponível em: <http://www.instiglio.org/en/sibs-worldwide/>. Acesso em: 01 dez. 2017.

IPEA. *Bondade ou interesse? Como e por que as empresas atuam na área social*. Brasília: 2001. Disponível em: https://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_bondade.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017.

LIEBMAN, Jeffrey, SELLMAN, Alina. *Social Impact Bonds: a guide for state and local governments*. Harvard Kennedy School – Social Impact Bond Technical Assistance Lab, June 2013. Disponível em: <http://govlab.hks.harvard.edu/files/siblab/files/social-impact-bonds-a-guide-for-state-and-local-governments.pdf?m=1419347623>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stephane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 6. ed. São Paulo: Cenag Learning, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual, *Revista do Advogado*, n. 107, ano XXIX, p. 74-82, dez. 2009.

MONTEIRO, Vera, ROSILHO, André. *Como o Estado pode celebrar contrato de impacto social / CIS?*. In WALD, Arnaldo, JUSTEN FILHO, Marçal, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade – Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 1172-1188.

OCDE. *Understanding social impact bonds*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/cfe/leed/UnderstandingSIBsLux-WorkingPaper.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

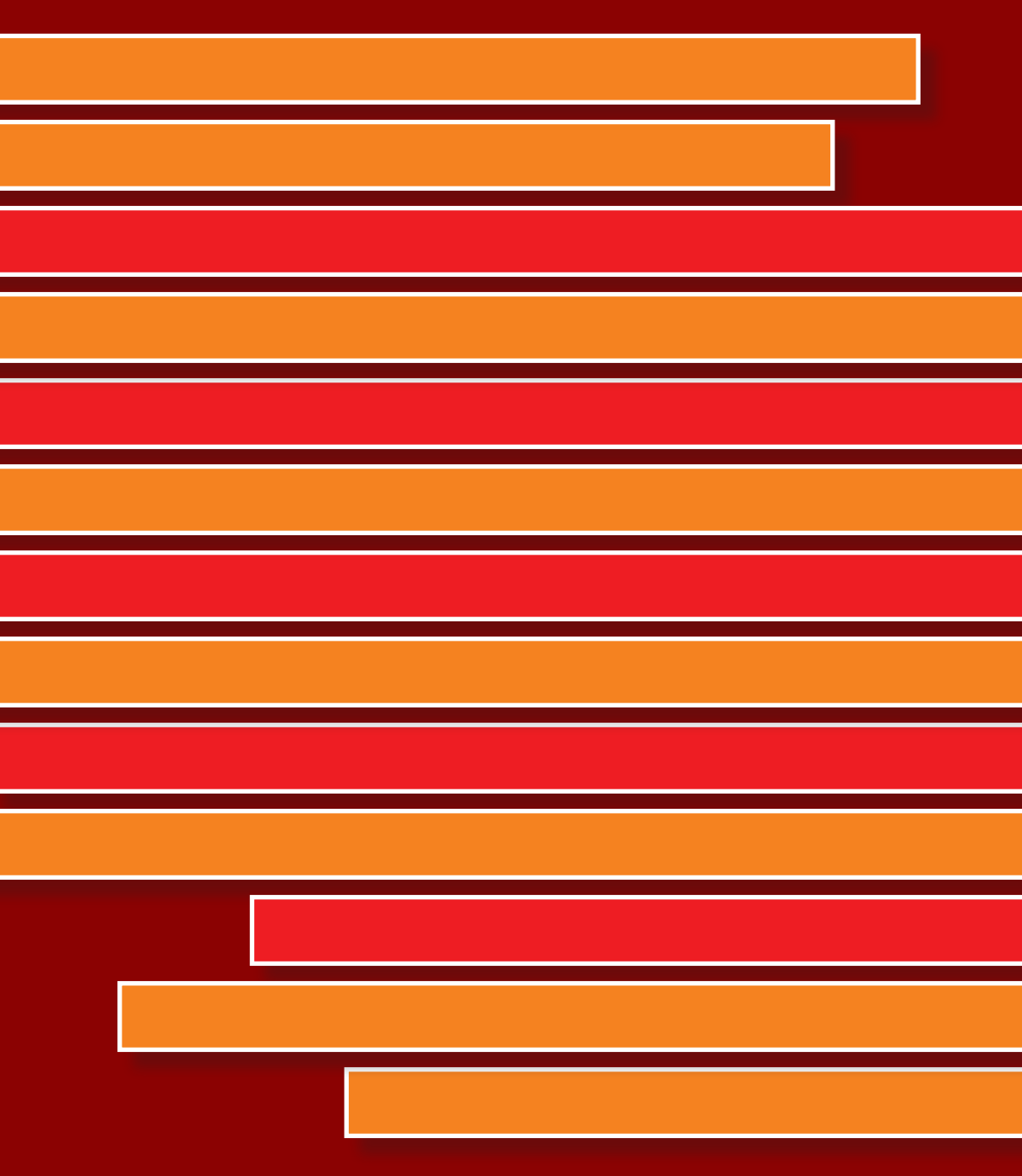
RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSilHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; ADIB, Luccas Augusto Nogueira. Títulos de desenvolvimento social: utilizando a lógica do mercado de capitais para financiar políticas públicas no Brasil. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 20 abr. 2017.

TIMM, Luciano Benetti, GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: _____. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 158-179.



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO