



R E V I S T A D A

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

VOLUME 4

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 4, n. 4, 2º semestre 2005



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Cristiane Mendonça

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

MEMBROS

Cristiane Mendonça

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

Gustavo Calmon Holliday

Bruno Colodetti

Rafael Induzzi Drews

EQUIPE TÉCNICA:

Claudia de Oliveira Barros Feitosa

Isabela Ribeiro Bessa

Vera Caser

EQUIPE DE PRODUÇÃO:

Revisão: Hesio Pessali

Projeto gráfico: Contemporânea

Capa: Ana Paula Castro

Editoração: Bios

Impressão: Departamento de Imprensa Oficial
do Estado do Espírito Santo
(DIO-ES)

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2005. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

1. Direito – Periódicos. I. Procuradoria Geral do Estado
do Espírito Santo.

CDD: 340

Tiragem: 1.500 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Centro de Estudos/Biblioteca

Av. Governador Bley, 236, 11º and. – Centro

29.010-150 Vitória – ES

Fone: (27) 3380-3032

Home page: www.pge.es.gov.br

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, às orientações oficiais da Procuradoria Geral do Estado.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Paulo César Hartung Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Cristiane Mendonça

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

RELAÇÃO DE PROCURADORES DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

GABINETE DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Cristiane Mendonça - Procuradora Geral
Rafael Induzzi Drews

SPGA - SUBPROCURADORIA GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Ana Maria Carvalho Lauff - Subprocuradora Geral para Assuntos
Administrativos

SPGJ - SUBPROCURADORIA GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Maria Christina de Moraes - Subprocuradora Geral para Assuntos Jurídicos

CORREGEDORIA

Lúcia Machado Guimarães Gozzi - Corregedora

CEI - CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

Rodrigo Marques de Abreu Júdice - Procurador Chefe
Bruno Colodetti

PPI - PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO

Arlette Uliana - Procuradora Chefe
Katuska Mara Oliveira Zampier
Luciana Marques de Abreu Júdice
Natanael Baptista Cruz
Roger Faiçal Ronconi

PTR - PROCURADORIA TRABALHISTA

Valéria Reisen Scardua - Procuradora Chefe
Bruno Gomes Borges da Fonseca
Clarita Carvalho de Mendonça
Cláudio Cesar de Almeida Pinto
Edmundo Oswaldo Sandoval Espíndula
Flávio Augusto Cruz Nogueira
Joemar Bruno Francisco Zagoto
Leandro Moreira Batista
Márcio Cândido Costa de Souza
Maria Madalena Selvatici Baltazar
Robson Fortes Bortolini

PROCURADORIA DO ESTADO NA CAPITAL FEDERAL

Erfen José Ribeiro Santos - Procurador Chefe
André Luis Garoni de Oliveira

PSJ - PROCURADORIA DE SERVIÇOS JURÍDICOS, SETORIAIS, AUTÁRQUICOS E FUNDACIONAIS

José Luiz Figueiredo - Procurador Chefe

SCA - SUBPROCURADORIA DE CONSULTORIA ADMINISTRATIVA

Kátia Boina - Procuradora Chefe
Antônio Júlio Castiglione Neto
Christiano Dias Lopes Neto
Evandro Maciel Barbosa
Fabiano Geaquinto Herkenhoff
Gabriel Boavista Laender
Horácio Augusto Mendes de Sousa
José Fernando Vescovi
Juliana Paiva Faria Faleiro
Robespierre Foureaux Alves

SCJ - SUBPROCURADORIA DO CONTENCIOSO JUDICIAL

Carlos Henrique Stabauer Ribeiro - Procurador Chefe
Alexandre Nogueira Alves
Bruno Guerra de Oliveira
César Eduardo Barros de Siqueira
Cezar Pontes Clark
Evelyn Brum Conte
Henrique Rocha Fraga
Jocelan Alves Corrêa
José Alexandre Rezende Bellote
Luiz Fernando Nogueira Moreira
Maria da Penha Borges
Namy Carlos de Souza Filho
Paulo Sergio Avallone Marschall
Pedro Sobrino Porto Virgolino

SPFI - SUBPROCURADORIA FISCAL

Rodrigo Rabello Vieira - Procurador Chefe
Adnilton Jose Caetano
Alemer Jabour Moulin
Antônio José Ferreira Abikair
Artênio Merçon
Cláudio Penedo Madureira
Douglas Gianordoli Santos
Gustavo Luis Teixeira das Chagas
Jorge Antônio Saad Filho
Leonardo de Medeiros Garcia
Luiz Carlos de Oliveira

SPT - SUBPROCURADORIA TRIBUTÁRIA

Santuzza da Costa Pereira - Procuradora Chefe
Adriano Frisso Rabelo
Carla Giovannotti Dorsch
Daniela Ribeiro Pimenta
Francisco Augusto Teixeira de Carvalho
Gustavo Calmon Holliday
Jorge Gabriel Rodnitzky
José Ricardo de Abreu Júdice
Klauss Coutinho Barros
Leonardo Gustavo Pastore Dyna

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial	13

1 DOCTRINA

1.1 A Advocacia de Estado Revisitada Essencialidade ao Estado Democrático de Direito	21
<i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	
1.2 Parceria Mediante Contratação Direta de Concessão de Serviço Público com Empresa sob Controle Estatual de outra Entidade Federada	65
<i>Marcos Juruena Villela Souto e Flávio Amaral Garcia</i>	
1.3 As Provas no Processo Ambiental	91
<i>Leonardo Greco</i>	
1.4 Contornos Jurídicos do Projeto Básico da Lei de Licitações	119
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.5 Monitória contra a Fazenda Pública: Inadmissibilidade do Rito para Acertamento de Obrigações de Pagar	137
<i>Claudio Penedo Madureira</i>	
1.6 A Natureza Jurídica da Compensação Financeira pela Exploração Mineral (CFEM) e o Entendimento do STF sobre o Assunto	191
<i>Leonardo de Medeiros Garcia</i>	
1.7 Anotações sobre a Greve dos Funcionários Públicos e suas Possíveis Conseqüências Jurídicas	221
<i>Leonardo Gustavo Pastore Dyna</i>	
1.8 Precatório: a Perda da Natureza Alimentícia dos Créditos Objeto de Cessão	255
<i>Gustavo Calmon Holliday</i>	

2 PARECERES

2.1 Dispensa de Licitação para Contratação de Renovação de Seguros	279
<i>Christiano Dias Lopes Neto</i>	
2.2 Autógrafo de Lei Nº 37/2005, referente ao Projeto de Lei Nº 238/2003, que dispõe sobre a Obrigatoriedade de Encaminhamento de Dados para a Criação de Cadastro Positivo de Consumidores. Inconstitucionalidade	285
<i>Bruno Colodetti</i>	

2.3	Análise do Parecer/Consulta TC 018-2003, tendo em vista as Disposições da Constituição Federal e da Lei de Responsabilidade Fiscal	319
	<i>Rodrigo Marques de Abreu Júdice</i>	

3 JURISPRUDÊNCIA

3.1	Supremo Tribunal Federal	343
3.1.1	Decisão Monocrática na Íntegra	343
3.1.2	Ementário	352
3.2	Superior Tribunal de Justiça	356
3.2.1	Ementário	356
3.3	Outros Tribunais	375
3.3.1	Jurisprudência na Íntegra - TJES	375
3.3.2	Ementário - TJES	397

APRESENTAÇÃO

A dúvida é o ponto de partida do percurso reflexivo. Ela não comunica que está a caminho ou que vai chegar. Em determinado átimo se instala no espírito humano e só se despede após o esforço de reflexão do sujeito cognoscente, que muitas vezes dura dias, meses e anos... Em qualquer área do conhecimento é assim. De repente a mente do investigador é invadida por um incômodo que se materializa na contraposição de possíveis respostas para uma mesma pergunta. As idéias vão e vêm, caminham num fluxo incessante. E se põe o profissional a estudar e a desbravar o problema que, independente de tê-lo “conquistado”, clama por uma solução.

A advocacia pública é mar aberto para aqueles que gostam de nadar na dúvida. A cada momento de sua atuação, o advogado estatal depara com um sem-número de problemas jurídicos distintos e inusitados de alta complexidade, que precisam ser resolvidos — normalmente em curto espaço de tempo — em prol da coletividade e do interesse comum. Muitas vezes não há sequer o tempo necessário para que a empreitada reflexiva conclua o seu ciclo. A sociedade — última destinatária dos serviços executados pelo aparelho estatal — espera uma solução!

A dinamicidade da realidade social exige, cada dia mais, a utilização de novas alternativas para fazer frente às crescentes demandas populares nas áreas da saúde, da educação, da cultura, do esporte, da segurança pública, da assistência social, da previdência social, da ciência e da tecnologia, dentre outras. Resulta daí a necessidade de constante qualificação por parte daqueles que atuam na área pública.

Construir caminhos jurídicos consistentes, que permitam a firme atuação do administrador público em direção

ao cumprimento das tarefas constitucionais relativas à prestação de serviços públicos de qualidade, é tarefa exercida dia a dia, minuto a minuto pelos advogados estatais.

Desde a edição da Emenda Constitucional de nº 19/98, que deu nova redação ao *caput* do art. 37, um novo paradigma jurídico se estabelece para a administração pública no Estado Brasileiro: **a eficiência**. Não basta que o agente administrativo aja dentro dos parâmetros da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da moralidade. É preciso mais! Tenho a absoluta convicção de que uma “Banca de Advocacia Pública” de elevado nível técnico e de firme formação ética é pré-requisito para a ação eficiente do Estado.

As funções exercidas pelo Centro de Estudos e Informações Jurídicas e pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo são de fundamental importância neste aspecto. O aprimoramento técnico-científico e a reciclagem dos profissionais que integram a carreira surgem como incumbência de ambos.

E estão de parabéns os seus atuais condutores: Rodrigo Marques de Abreu Júdice e Gustavo Calmon Holiday. O curto espaço de tempo de convivência na Procuradoria — um ano e seis meses — é suficiente para que eu possa testemunhar a preocupação, o afinco e a dedicação dispensados ao trabalho de aperfeiçoamento profissional daqueles que integram o “Escritório Público de Advocacia Capixaba”.

O leitor que compulsar as páginas que compõem o volume 4 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo poderá atestar o que afirmo. Além de estar muito bem formatado do ponto de vista estético — o que se deve ao apoio da Superintendência Estadual de Comunicação Social, da Assessoria de Imprensa da PGE e da artista plástica capixaba que assina a obra da capa —, o periódico reúne textos jurídicos (artigos e pareceres) de talentosos advogados que integram e dignificam a Procuradoria do

Estado do Espírito Santo, alguns deles com sólida formação científica e atuação acadêmica na área do Direito do Estado. A qualidade da obra sobressai ainda pela presença de artigos de autores de renome nacional como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto, Flávio Amaral Garcia e Leonardo Greco.

Por fim, não poderia deixar de mencionar que a edição deste volume é mais um degrau na escalada exitosa que vem sendo efetuada pelo atual Governo do Estado do Espírito Santo — conduzida pela batuta do Exmo. Sr. Governador Paulo César Hartung Gomes — em busca de um Estado melhor para os capixabas, com dias mais felizes e menos desiguais.

Vila Velha (ES), 12 de outubro de 2005

Cristiane Mendonça

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

Sinto-me gratificado por fazer parte de uma equipe de trabalho coesa e aguerrida.

Esses, sem sombra de dúvidas, foram, e são, os pilares que possibilitaram o Centro de Estudos e Informações Jurídicas – CEI – editar o 4º volume da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

O último volume circulou em outubro de 2001 e, dentre seus objetivos, o primordial foi robustecer a imagem da PGE/ES perante a comunidade jurídica nacional, pois naquele mesmo mês, e ano, o Estado do Espírito Santo sediou, digase de passagem, com sucesso, o XXVII Encontro Nacional dos Procuradores de Estado. A edição daquela revista decorreu de um trabalho árduo, praticamente solitário e amador do presente subscritor.

No decorrer dos outros anos a circulação da revista ficou prejudicada ante a falta de recursos.

Iniciada a gestão do Governador Paulo César Hartung Gomes, a Procuradoria Geral do Estado passou a receber tratamento adequado a sua importância e responsabilidade constitucional. Num primeiro momento, mediante esforços da então Procuradora Geral do Estado, a talentosa Dra. Gladys Joufroy Bitran e, posteriormente, até os dias de hoje, pela competência gerencial da Procuradora Geral do Estado Dra. Cristiane Mendonça. Temas acadêmicos e proposições da categoria passaram a ser ouvidos e, dentro do possível, atendidos, dentre os quais se cita a modernização do sistema de informática, a criação da página da PGE/ES na internet, a implantação de uma assessoria de imprensa voltada a divulgar as realizações do órgão, a estruturação da Escola da Procuradoria Geral do Estado – ESPGE – bem como a feitura de concurso público para Procurador do Estado.

Exercendo, com maestria, desde o ano de 2000, a função de se pronunciar em todas as matérias constitucionais, mediante a elaboração de pareceres e as iniciais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – o Governo do Estado do Espírito Santo está entre os que mais apresentaram proposições, segundo informações do site do STF, totalizando aproximadamente 150 ADIs – faltava ao CEI receber o tratamento adequado a sua função legal e primordial de promover o aperfeiçoamento profissional dos Procuradores do Estado.

Nessa nova emolduração estrutural desenhada para a PGE/ES, o CEI vem sendo atendido nos seus reclames, recebendo o apoio e a estrutura mínima necessária, que até então faltava, para reocupar a tarefa de fomentar e atualizar cultural e juridicamente a categoria. Dois novos Procuradores do Estado recém-ingressados na categoria, Dr. Rafael Drews e Dr. Bruno Colodetti foram designados para atuar na setorial, bem como o Procurador do Estado Dr. Gustavo Calmon Holliday foi convidado para coordenar a Escola da Procuradoria Geral do Estado, recém-implantada. Relativamente à biblioteca, após passar anos sem contar com a coordenação de um profissional da área, a bibliotecária Claudia Barros Feitosa foi contratada para reorganizar sua estrutura e acervo, que, inclusive está sendo atualizado mediante a compra de mais de 1.000 livros e periódicos.

É óbvio: a edição regular da Revista da PGE/ES não poderia ficar de fora desse novel contexto. Agora, diferentemente da forma como foi editado o último exemplar, conseguimos agregar a ajuda de profissionais da área de Comunicação, que associados aos Procuradores do Estado e funcionários do CEI, deram o suporte necessário à realização do intento, criando uma edição com estrita obediência às normas técnicas da ABNT, com diagramação moderna focalizando na capa uma obra de arte da artista plástica capixaba Ana Paula Castro, onde se destacam os símbolos e recantos do Estado do Espírito Santo.

Quanto ao conteúdo da revista, fizemos uma seleção de jurisprudências, textos e assuntos atuais afetos à advocacia e à administração pública, passíveis de contribuir para o aperfeiçoamento intelectual da categoria, dentre os quais: “A Advocacia de Estado Revisitada”, “Contratação Direta de Concessão de Serviço Público com Empresa sob Controle Estatal”, “Provas no Processo Ambiental”, entre outros. Para tanto, contamos com a colaboração de Procuradores do Estado e outros profissionais da área jurídica de renome nacional, como os professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto, Flávio Amaral Garcia e Leonardo Greco.

Temos a consciência de que desafios estão por vir, a testar nossa capacidade de superação. Não é fácil exercer a Chefia de uma setorial que – ante a falta de recursos e material humano para cumprir suas funções legais – precisa se valer da criatividade no desempenho de suas tarefas. Essa, infelizmente, é a realidade de muitos órgãos públicos do país.

Sem trocadilhos, sabemos que muito já foi feito, mas que muito mais precisa ser feito. É por isso que contamos com o entendimento e principalmente a colaboração de todos, porque melhor do que apenas sugerir e cobrar, é agir. O alcance de metas não se reverbera apenas com idéias, mas com ações concretas.

A certeza de que continuaremos a contar com o apoio institucional e financeiro do Governo do Estado para que o CEI possa desempenhar com eficiência sua função legal nos alimenta de encorajamento e esperança de que não se está a viver um sonho passageiro. Essa convicção decorre da percepção ululante de que somente um corpo jurídico forte, capacitado e atualizado tem capacidade e estímulo para dar suporte legal às políticas públicas que nossa sociedade capixaba anseia.

Não podemos nos furtar de lembrar do *status* constitucional reservado à autuação dos Procuradores do Estado,

onde lhes é atribuída a função essencial e privilegiada – dentro do estado democrático de direito – de atuar antes de qualquer outro órgão, no controle da legalidade dos atos administrativos. Somente isto bastaria para motivar todos os governantes a olharem atentamente suas atitudes, respaldando-as em pareceres e pronunciamentos de procuradorias estaduais devidamente aparelhadas e capacitadas, sob pena de se enveredarem em caminhos tortos.

Mas, indo mais além e fugindo da doença do pragmatismo dominante e casuísmo didático, temos que estar vigilantes para não criarmos uma casta de profissionais que se limitam a (des)fazer do seu raciocínio uma mera citação e/ou imitação jurisprudencial, onde a toga dos julgados parece ser a razão das razões. Como profissionais do direito, vinculados a orientar e principalmente a **criar mecanismos legais e eficazes** de ação para as políticas públicas, temos que dar um passo além. E é exatamente aí que entra a importância do ensino (pensamento) do direito e, no caso do CEI, o aperfeiçoamento do debate jurídico. Por isso não foi despreziosamente que há tempos o mestre Roberto Lyra Filho, em artigo intitulado “*Por que estudar direito, hoje?*”, publicado na obra “*O direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1987, p. 26”, nos chama a atenção de que o discurso da norma, tanto quanto o discurso do intérprete e do aplicador, estão inseridos num contexto que os condiciona. “A moderna lingüística, a semiologia, a nova retórica, a nova hermenêutica já assentaram, há muito, que o procedimento interpretativo **é material criativo, não simplesmente verificativo** e substancialmente vinculado a um só modelo supostamente ínsito na edição da lei”.

Assim, rogamos que o CEI possa e tenha condições de exercer seu papel institucional, ou ao menos iniciar o debate do contexto do pensamento jurídico e sua importância como modelo motriz de motivar e agregar profissionais que criem e não simplesmente verifiquem. Que o novo tempo

que agora parece realmente emergir abra os feixes das nossas mentes para a função plurívoca que nos proporciona as diversas leituras.

Por último, agradeço a todos os Procuradores do Estado, em especial à equipe do CEI: Caroline Frizzera, Cristiane Sarmiento, Lilian Bertolani e Mariane Vianna, bem como a assessora de imprensa Vera Caser e sua fiel estagiária Isabela Bessa pelo apoio despendido.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS



1

DOCTRINA



1.1

A ADVOCACIA DE ESTADO REVISITADA* ESSENCIALIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O dever ser: aspectos do *status* constitucional da Advocacia de Estado. 3 O ser: a realidade do descumprimento e a falácia da “advocacia dos governantes”. 4 O devir: resgate e aperfeiçoamento da Advocacia de Estado. 5 Contingências do Estado Democrático de Direito: as legitimizações pelo exercício e pelo resultado e o dever de aperfeiçoamento. 6 Como, do princípio constitucional da eficiência, decorrem deveres específicos para os membros das Procuraturas constitucionais. 7 O dever constitucional de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito pela atuação dos Advogados de Estado. 8 Considerações sobre o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e o desempenho da representação judicial do Estado. 9 Considerações sobre o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e o desempenho da consultoria jurídica de Estado. 10 Algumas chegadas sobre aspectos éticos da atuação de Advogados e Procuradores de Estado: 10.1 O *status* de Advogado. 10.2 O *status* de Advogado ou Procurador de Estado. 10.3 O *status* de servidor público estadual. 10.4 Simples regras para a Advocacia de Estado, decorrentes de seu tríplice *status*, aplicáveis em aparentes hipóteses de conflito entre deveres funcionais. 11 Conclusões.

1 Introdução

O desconhecimento demonstrado por alguns setores políticos brasileiros, quando dos recentes debates havidos so-

* Atualizada especialmente para publicação pela Revista da PGE do Estado do Espírito Santo. Texto consolidado a partir de duas conferências pronunciadas em Seminários realizados no País versando sobre **Advocacia de Estado**, provocados pelos debates suscitados pela Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário: **A Independência Técnico-funcional da Advocacia de Estado** – proferida no Seminário “**A Procuradoria do Estado na Reforma do Judiciário**”, promovido pela Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – APERJ, em 19 de novembro de 2004, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, e **A Advocacia Pública e a Reforma do Judiciário** – proferida no Seminário “**Advocacia Pública em Debate**”, promovido pela Procuradoria Regional da União na 4ª Região, em Porto Alegre, em 10 de dezembro de 2004.

** Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo da Faculdade Candido Mendes (RJ). Procurador Aposentado do Estado do Rio de Janeiro.

bre a Reforma do Judiciário, a respeito da moderna e adequada compreensão que se deve ter sobre o conceito de **Estado Democrático de Direito** e, em consequência, sobre a relevância da missão de zeladoria de valores, que incumbe às Procuraturas constitucionais, notadamente a cometida à **Advocacia de Estado**, é assunto que a todo cidadão deve preocupar, mas, de modo especial, aos que estão diretamente dedicados à realização de um autêntico **Estado de Justiça** de que possamos todos nos orgulhar.

Nessa linha, é necessário insistir, o que aqui volto a fazer, com muito empenho e com muita esperança nas reservas morais deste País, que os **Estados** não se confundem com seus **Governos** e, muito menos, com seus **governantes** e, por consequência, **Advogados de Estado** não podem ser tidos como **advogados de governos** ou, com mais razão, como **advogados de governantes**.

A **Advocacia de Estado**, tanto quanto os demais ramos constitucionais das **Funções Essenciais à Justiça**, serve à **sociedade**, pois zela, no desempenho de seus respectivos cometimentos fundamentais, a **representação judicial** e a **consultoria**, por suas mais importantes instituições – **Estado e Direito** – em todas e em cada uma das múltiplas relações da Administração.

Assim, enquanto **governos e governantes** são **transitórios** e refletem segmentos de maiorias, **Estado e Advocacia de Estado** são projeções institucionais **permanentes** de toda a sociedade, o que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investiduras constitucionais.

Esta exposição envolve, assim, três visões do problema da compreensão do tema: o **dever ser**, o **ser** e o **dever** da **Advocacia de Estado**, para através delas sublinhar a sua imprescindibilidade à realização da **justiça** e da **democracia** e o sentido de sua **independência técnico-funcio-**

nal, por ser esta essencial à sua própria existência e eficiência institucionais.

2 O dever ser: aspectos do *status* constitucional da Advocacia de Estado

Nunca é demais lembrar que a Constituição de 1988 teve o inegável mérito de definir com clareza o imprescindível **elo jurídico operativo** que deve existir entre a **sociedade** e o **Estado**, ao desmembrar a **Procuratura Pública do Estado**, historicamente una, distribuindo entre **três órgãos distintos** o exercício do que, apropriadamente, designou como **funções essenciais à justiça**, inconfundíveis com todas as demais funções cometidas aos órgãos dos tradicionais Poderes do Estado, bem como aquelas exercidas pelos demais órgãos constitucionalmente autônomos.

Para tanto, esses três órgãos **foram geneticamente investidos**, pela própria Constituição, da necessária **independência funcional** para desenvolver suas respectivas atividades, na parcela do processo de **realização do Direito** que lhes passou a caber, **em benefício da sociedade**.

Observe-se que, então, para o constituinte, teoricamente, tanto fazia instituir apenas **um órgão** para esse fim, desdobrado em várias **funções** de cura de diferentes interesses juridicamente protegidos, tal como já existira no passado, inclusive no passado recente, antes de 1988, no plano da União, quanto, alternativamente, criar **um número plural de órgãos**, neste caso, especializando funções e definindo especificamente como deveriam ser vocacionados, cada um desses órgãos, **ao atendimento de distintos subconjuntos de interesses juridicamente protegidos**.

Desde logo, manteve-se, assim, e por óbvio, na Constituição, a básica distinção entre **Advocacia Privada e Pública**, na grande clivagem entre interesses privados e interesses públicos. Institui-se, porém, na **Advocacia Pública**, aqui tomada ainda em seu pleno e lato sentido – **de cura e de representação de interesses de terceiros** – uma divisão em três ramos: o **Ministério Público**, a **Advocacia de Estado** e a **Defensoria Pública**.

Foram, com isso, criadas três **Procuraturas constitucionais independentes**, para que exercitassem, cada uma delas, em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, os **poderes tipicamente estatais** de cura, promoção, provedoria e controle, pois que referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, e nem por outra razão inseridas todas essas funções, sob a qualificação de **Essenciais à Justiça**, como um Capítulo distinto do Título IV, que é o que trata exatamente **Da Organização dos Poderes**, pretendendo o constituinte que nesse Título se contivessem **todas as definições cratológicas fundantes da organização estatal**, independentemente de obrigatória continência em qualquer dos três ramos em que, por tradição, repartia-se o **exercício** de qualquer parcela do poder estatal.

Explicado o correto alcance da histórica metonímia, melhor se pode entender este explosivo fenômeno contemporâneo da multiplicação de **órgãos constitucionalmente independentes**, o que, na visão iluminada de MASSIMO SEVERO GIANNINI, era marca da pluralização dos centros de poder, o que denominava de poliarquia, e de aperfeiçoamento dos mecanismos de controle recíproco no exercício das funções públicas.

Observe-se, de passagem, que o legislador constitucional reformador da Emenda Constitucional nº 19/98, ao

alterar o título original da Seção II, do Capítulo IV do Título IV, equivocadamente **reduziu o conceito de Advocacia Pública**, ao identificá-lo equivocadamente com o de **Advocacia de Estado**, possivelmente mais por descuido que por indústria, já que desse baralhamento não resultou qualquer vantagem prática ou teórica, mas, ao contrário, deixou apenas a enganosa impressão de que os demais ramos capitulados **não exercem advocacia** – por certo aqui, como se expôs, entendida em seu amplo e originário sentido, como o **patrocínio de interesses alheios**, o que engloba, no gênero, portanto, tanto a advocacia dos **interesses difusos e indisponíveis da sociedade** (atribuída à instituição do Ministério Público) como a advocacia dos **interesses dos hipossuficientes** (atribuída à Defensoria Pública) e a advocacia dos **interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado**, daí, logicamente, decorrendo o tratamento tópico unitário de **todos esses ramos** no mesmo Capítulo da Carta Magna.

O importante, porém, é que, na Constituição, o art. 131 (que ficou intacto) e o art. 132 (com sua redação emendada), **mantiveram, ambos, explicitada a dupla missão fundamental** desse sub-ramo estatal da advocacia pública, que é a **Advocacia de Estado**, ou seja: **fundamentalmente, a representação judicial e a consultoria jurídica** da União, dos Estados, do Distrito Federal e, por compreensão, no que couber, a dos Municípios, entes políticos, que também são, em nossa federação, de três graus.

Fundamentalmente, como se qualificou acima, porque nada obsta que a esses órgãos possam ser cometidas ainda **outras funções** afins, como, por exemplo, a **assessoria jurídica** (tal como prevista constitucionalmente para a Advocacia Geral da União), a **direção jurídica de empresas** (tam-

bém prevista no Estatuto da OAB) e, até mesmo, **atribuições ancilares meramente burocráticas** (como as previstas nas Constituições dos Estados e Leis Orgânicas setoriais ou locais), mas, e aqui é preciso toda a atenção: esses cometimentos só são válidos **desde que não conflitantes com as duas missões fundamentais da advocacia dos interesses públicos estatais** que lhes são constitucionalmente cometidos e são a razão de sua própria existência.

Infelizmente, como já de há muito observou o Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, um dos pioneiros da organização da Advocacia de Estado no Brasil, meritoriamente alçado ao Supremo Tribunal Federal, ocupando curul que muito ilustrou, a nossa literatura jurídica permanece escassa no tratamento desse tema, não obstante tão visceralmente ligado à realização da **justiça** e da **democracia**, pelo papel que essas instituições representam, com crescente nitidez, para a sustentação e o aperfeiçoamento da legalidade, da legitimidade e da cidadania.

Permito-me abrir aqui, com a devida permissão, um parêntese para um registro pessoal. Desde 1988, motivado pela grandiosidade das promessas cívicas acenadas em cada uma das inúmeras possibilidades e desdobramentos das novas instituições públicas, que vinham a lume com a Carta Política promulgada naquele ano, muito me dediquei, a partir de então, à reflexão e à descosida elaboração de um modesto **esboço de doutrina**, até então quase inexistente, **sobre as Procuraturas constitucionais**, mais particularmente, deste ramo, a **Advocacia de Estado**.

Tal foi a tarefa que me impus, com um entusiasmo que jamais esmoreceu, cujo resultado acabou disseminado em inúmeras teses, artigos e textos de conferências, dos quais deixo aqui listados, para facilitar o bem-vindo trabalho de estudiosos, os seguintes vinte e três, que minha precária

organização pessoal me permitiu recuperar, depois de ter arrostado algumas catastróficas infestações viróticas em computador.¹

Como se pode deduzir desse longo e visceral envolvimento com o tema central deste trabalho, o constante re-

¹ Em relação atualizada em junho de 2005: (1) Tese: **O Procurador do Estado na Constituição de 1988**, apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989 (a mais antiga).

- (2) Artigo: **As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988**, publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30 e 40.
- (3) Conferência: **Advocacia Pública e Advocacia do Estado – Perfil Constitucional**, no Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em 1º de setembro de 1992.
- (4) Conferência: **Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça**, no Simpósio sobre Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, em Corumbá, em 18 de setembro de 1992.
- (5) Conferência: **Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça**, no IV Congresso Nacional de Defensoria Pública e IV Encontro de Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul, outubro de 1992.
- (6) Conferência: **Funções Essenciais à Justiça**, no Encontro Regional de Procuradores do Estado de São Paulo, em Ubatuba, SP, outubro de 1992.
- (7) Conferência: **Funções Essenciais à Justiça e a Advocacia Pública**, Manaus, AM, dezembro de 1992.
- (8) Conferência: **As Funções Essenciais à Justiça na Constituição**, Porto Velho, RO, dezembro de 1992.
- (9) Artigo: **Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais**, publicado em separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, a. 29, n. 116, out./dez. 1992.
- (10) Conferência: **Aspectos Constitucionais da Defensoria Pública**, na Procuradoria de Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, março de 1993.
- (11) Conferência: **Defensoria Pública e Revisão Constitucional**, no VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, 13 de maio de 1993.
- (12) Tese: **As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo – Guardiãs da Ética e da Cidadania**, apresentada ao XIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Manaus, AM, maio de 1993.
- (13) Tese: **Defensoria Pública e a Revisão Constitucional**. Publicada nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *Suelto*, maio de 1993.
- (14) Artigo: **Defensoria Pública e a Revisão Constitucional**, publicado nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *Suelto*, maio de 1993.
- (15) Artigo: **Ética e Funções Essenciais à Justiça no Presidencialismo Moderno**, in *Advocacia de Estado*, órgão da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, a. II, n.º 5, julho de 1993, e na Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, DF, a. 30, n. 120, out./dez. 1993, p. 67.
- (16) Tese: **A Cidadania e a Advocacia no Estado Democrático de Direito**, aprovada no XXII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Belo Horizonte, MG, novembro de 1996.
- (17) Artigo: **Advocacia de Estado e as novas competências federativas**, publicado na Revista de Informação, Senado Federal, ano 33, n. 129, 1996, p. 275.
- (18) Artigo: **Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito**, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 50, 1997, p. 11 e ss.
- (19) Conferência: **A Advocacia de Estado e seu Aperfeiçoamento**, apresentada no X Encontro Estadual dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, em Canela, no dia 29 de setembro de 2001.
- (20) Conferência: **A Advocacia Pública como Função Constitucional Essencial à Existência do Estado Democrático de Direito**, proferida como abertura do V Congresso Nacional de Procuradores Federais, realizado em Fortaleza, Ceará, em 18 de outubro de 2004.
- (21) Conferência: **A Independência Técnico-funcional da Advocacia de Estado**. Proferida no Seminário "A Procuradoria do Estado na Reforma do Judiciário", promovido pela Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – APERJ, em 19 de novembro de 2004, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.
- (22) Conferência: **A Advocacia Pública e a Reforma do Judiciário**. Proferida no Seminário "Advocacia Pública em Debate", promovido pela Procuradoria Regional da União na 4ª Região, em Porto Alegre, RS, em 10 de dezembro de 2004.
- (23) Conferência: **Advocacia Pública – Função Constitucional Essencial ao Conceito e à Realização do Estado Democrático de Direito**. Palestra proferida na Escola Superior de Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em Vitória, ES, em 29 de junho de 2005.

pensá-lo já se tornou um hábito, que mantenho com prazer, sempre animado pela certeza de que assim estou bem servindo à Ciência, a que me dediquei por toda a vida, e à sociedade brasileira, que merecerá cada segundo de preocupação.

Ainda que muito haja por fazer para que se alcance a plena maturação institucional das Procuraturas, em geral, e muito da **Advocacia de Estado**, em particular, deve-se destacar que muitas das premissas e das conclusões contidas nessa cópia de trabalhos referidos já mereceram um honroso **acolhimento oficial**, no corpo do Relatório apresentado à Assembléia Constituinte Revisora, pelo então Deputado NELSON JOBIM, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal e seu Presidente, um trabalho, sem favor, de grande mérito político e científico, em que foram cuidadosa e fundamentadamente consolidadas dezenas de propostas, então apresentadas, de alteração a dispositivos do Capítulo IV, Título IV, da Constituição de 1988.

Infelizmente, todos e tantos aperfeiçoamentos propostos nesse Relatório, sequer chegaram a ser elevados à votação em Plenário, como se sabe, por motivos estritamente formais e até de natureza meramente regimental, falha institucional do que, afinal, a meu ver, resultou um sério, ainda que pouco percebido, **descumprimento material** do comando constitucional revisor.

Ainda assim, aquele Relatório, além de ser um **documento oficial da Constituinte Revisora**, tem inegável destaque e valia como um trabalho juspolítico de excelente elaboração e que, ainda hoje, representa um dos melhores subsídios teóricos existentes para estudar a instituição da Advocacia de Estado no Brasil, bem como para orientar futuras reformas aperfeiçoadoras da instituição, que já se fazem urgentes.

Mas o dado novo, desta constante motivação para tornar ao assunto, sobre o qual tantas vezes, equivocadamen-

te, pensei ter esgotado minha limitada percepção e, em razão disso, também as mensagens que pudesse transmitir, só viria dez anos depois da promulgação da Constituição, com a auspiciosa introdução explícita do **princípio da eficiência**, pela Emenda Constitucional nº 19/98, com a decorrente possibilidade e, diria até, necessidade, de situá-lo sistematicamente não apenas em referência à atuação administrativa das três **tradicionais funções fundamentais**, que são as dispostas no Título IV da Constituição – respectivamente nos Capítulos I, a **legislativa**, II, a **executiva**, e III, a **judiciária** – mas estendido, por lógica interpretação extensiva, ao desempenho das **funções independentes** instituídas no Capítulo IV do mesmo Título, que por serem **essenciais à justiça**, conferindo-lhes, nesse passo, um especial relevo democrático.

3 O ser: a realidade do descumprimento e a falácia da “advocacia dos governantes”

É surpreendente, porém, como até hoje a **prática do instituto**, passados mais de quinze anos da promulgação da Carta Política, ainda se mostra tão díspar do que se pretendia através dela realizar e com seu alcance real ainda tão distante de toda a elaboração teórica, embora escassa, produzida nesses três lustros que se sucederam à introdução do **conceito constitucional de funções essenciais à justiça**, e, espantosamente, como, não obstante, e o que é mais importante, restou **desatendida** em seu prístino objetivo de **controle de juridicidade da Administração Pública**, que, em última análise, é a vivência diária e a finalidade síntese da **Advocacia de Estado**, no desempenho do inestimável **serviço que deve prestar à sociedade**.

E, lamentavelmente, foi isso que ficou manifesto, no espantoso desconhecimento demonstrado por alguns parlamentares, por ocasião das votações no **Senado** do Proje-

to de Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário, referência esta já feita na Introdução deste trabalho.

Revela-se, assim, que, se, por um lado, no plano do **ideal**, já se disponha de princípios orientadores do aperfeiçoamento da atuação da **Advocacia de Estado**, o que inclui a incumbência, mormente dirigida ao legislador, de **explicitar as condições institucionais** necessárias para torná-la cada vez mais **eficiente** em sua missão constitucional, com vistas a que a ação administrativa dos entes estatais, nos três níveis federativos, seja cada vez mais obediente à **ordem jurídica**, por outro lado, no plano do **real**, a árdua luta, ainda por vencer, continua ater-se ao escopo, bem mais modesto, que ainda é o de alcançar um mínimo satisfatório de **eficácia** no desempenho dessas funções, o que é obstado, desde logo, pela **ausência de um correto entendimento sobre sua missão** por parte dos próprios legisladores, bem como sobre sua importância para a realização do Estado Democrático de Direito.

É claro que, para isso, faz-me mister superar não apenas a **desinformação**, como, infelizmente, a **ignorância**, o **descaso** e até o **preconceito** que ainda cercam a instituição da **Advocacia de Estado**, o que pode ser inconfessadamente alimentado pelos que recebem uma atuação mais efetiva dos instrumentos democráticos de controle da Administração.

Infelizmente, averbou-se acima, porque não se pode ignorar que o **combate à corrupção** ainda é tema prioritário em nosso País; mácula que, para ser extirpada, necessita de instituições de controle de juridicidade, sempre mais fortes e prestigiadas.

Mas é, sobretudo, a descabida, mas arraigada, percepção, infelizmente tão comum na classe política, recentemente repetida com espantosa naturalidade até por um eminente Senador da República, de que Advocacia de Estado deve limitar-se a ser uma “**advocacia de governos**”, ou,

ainda mais amesquinhadamente, uma “**advocacia dos governantes**”.²

Paradoxalmente, os Chefes de Poder Executivo, que não são os únicos, mas que, sem dúvida, contam-se entre os **diretos** beneficiários das atividades de zeladoria a cargo da Advocacia de Estado, eles próprios ainda não perceberam essa diferença (sempre com as honrosas exceções), e, com isso, não são poucos os que têm constantemente minimizado, desconhecido, quando não estorvado o seu papel de **controle de legalidade**, ou, melhor dito, de **juridicidade**, por referir-se à **lei** e ao **Direito**, como na dicção precisa da Constituição espanhola.

Os que assumem essa lamentável atitude – o que é uma observação que vale para uma cópia de altos agentes políticos em todos os planos federativos – o fazem ou ignorando ou desconsiderando o *status* constitucional das Procuradorias no conjunto da distribuição constitucional de **parcelas do poder estatal**, insistindo em tratá-las **como se foram órgãos da administração ativa**, da estrutura da Administração, ou, até mesmo, como meros “escritórios de advocacia” à sua disposição e, como tal, sujeitos a comandos interferentes sobre suas funções, com solene desprezo à circunstância de serem constitucionalmente independentes.

Uma das conseqüências mais nefastas dessa postura perversa, mas não obstante tão encontradiça, é o fenômeno da **captação das Procuradorias** pelos Governos, o que logram, os que assim procedem, geralmente pela manutenção de **regimes remuneratórios grotescos**, o que lhes

² A este respeito, com muita propriedade, CESAR DO VALLE KIRCH, em monografia inédita, cujo conhecimento me foi generosamente proporcionado antecipadamente à sua publicação, denuncia essa viciada distorção, de reduzir a Advocacia de Estado a “*mero escritório particular de advocacia do administrador público*” o que, acrescenta “*seria uma temeridade e uma enorme violência ao Estado Democrático de Direito*” (*Advocacia Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas*, p. 28). E o faz com o suporte científico e também jurisprudencial, do Ministro CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 127, colhido na seguinte passagem, que vale transcrever até mesmo pela velada indignação que perpassa de seus termos: “*O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno*” (p. 29, *op. cit.*).

é fácil, bastando-lhes desconsiderar o impacto acumulado dos resíduos inflacionários, para desse modo abrir uma imensa defasagem em relação às remunerações percebidas pelas demais carreiras jurídicas de Estado.³

Essa perversa captação da Advocacia de Estado, com o inconfessável propósito de exercer domínio sobre os seus membros e, com isso, poder, mais comodamente, impor-lhes exigências, vem, por isso, acompanhada de constantes e falsos acenos a melhorias, que, obviamente, são procrastinadas como um eficiente expediente para manter esta execrável pressão psicológica.

Não é preciso mais insistir que estas práticas condenáveis, mas infelizmente tão disseminadas, conduzem a enormes distorções, sendo a mais grave delas, **o estorvar quando não impedir a Advocacia de Estado de exercer com dignidade e eficiência, que a Carta Magna delas exige, a plenitude de seus deveres funcionais**, notadamente o **controle**, por via judicial e extrajudicial, dos superiores interesses da ordem jurídica do Estado, postos à sua cura.

A generalizada má vontade, bem como a problemática inaceitação crônica, por parte desses agentes políticos mal-informados ou mal-intencionados, da importância (quando não da ingente necessidade) dessa superlativa **função de controle de juridicidade da Administração Pública**, a cargo das instituições da **Advocacia de Estado**, não raras vezes afloram em **atitudes autoritárias, desafiadoras, arrogantes e ameaçadoras**, que ressurgem no Poder Executivo como um teimoso resquício de sombria herança absolutista que logrou sobreviver ao Estado Liberal, manteve-se no Estado do Bem-estar Social, floresceu no Estado Socialista, e tenta ainda sobreviver, como odioso anacronismo, no Estado Democrático de Direito.

³ Como agudo exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, no início do ano de 2005, ultrapassava de sessenta por cento, a diferença entre a remuneração dos Procuradores do Estado, na classe inicial da carreira, e a da classe inicial, da constitucionalmente correlata função essencial à justiça, do Ministério Público.

Realmente, essas atitudes, tantas vezes, não revelam mais que uma vocação autocrática e demagógica por parte de alguns políticos que as nutrem, como uma aberta expressão de recorrente *cupido dominans*, para os quais, o jactarem-se do “acato à lei” não é mais que um mero recurso de retórica e expediente de palanque.

Como impensada conseqüência, essa deplorável atitude acaba se voltando contra a própria imagem dos políticos, pagando, assim, os bons pelos maus, pois causa decepção aos homens de bem, desserve ao interesse público, e, de modo especial, desestimula os profissionais dedicados, que por vocação prestam seus concursos públicos para, não raro com sacrifícios pessoais, realizarem sua vocação de servir na Advocacia de Estado, tudo com o melhor de seus esforços, por acreditarem em sua elevada missão construtiva e civilizadora na sustentação da justiça.

Pode-se ir mais fundo, neste pensar de conseqüências, considerando o impacto perverso que esses arrochos remuneratórios impostos aos membros da Advocacia de Estado causam ao **recrutamento** e à **manutenção de bons quadros de profissionais**, que, tantas vezes, sem verem alternativas que uma humilhante subserviência, ainda que abandonando sua vocação, sentem-se na contingência de migrar para carreiras jurídicas públicas mais bem remuneradas, o que, aos poucos, vai degradando a defesa judicial e a consultoria das unidades políticas e administrativas a que se vinculam.

Finalmente, mas, lamentavelmente com o mesmo resultado prático, nessa tipologia teratológica são ainda encontradas aqueles agentes políticos que, a pretexto de se passarem como gestores “eficientes” da coisa pública, relegam a plano secundário a **juridicidade** de suas decisões. Para eles, os Advogados de Estado não fazem mais que atrapalhá-los e molestá-los, com o que invariavelmente entendem ser não mais que “cuidados exagerados” ou, na melhor das hipóteses, fruto de “excessiva prudência”, ou,

como reação a censuras e desaprovações, tantas vezes inevitáveis, preferem ridicularizar o zelo público como uma desarrazoada “preocupação formal” de advogados, que mais “atrapalham” que “colaboram” no atendimento do “interesse público”. Como se o respeito ao Direito não fosse também do mais lídimo interesse público.

Assim, não importa se por ignorância, inércia, descaso ou malícia, o certo é que, no Brasil, em tema de **Advocacia de Estado**, há ainda um longo caminho a percorrer e substanciais atrasos a serem resgatados para o cumprimento cabal do que dispõe a Constituição sobre as funções essenciais à justiça, mas, particularmente, isto é ainda mais certo e preocupante no que toca à Advocacia de Estado.

4 O dever: resgate e aperfeiçoamento da Advocacia de Estado

Para empreender a tarefa de resgate e de aperfeiçoamento da **Advocacia de Estado** no instrumento que realmente deve ser para a cabal realização do **Estado Democrático de Direito**, é preciso inseri-las no contexto do que se tem denominado de **crise de transformação do Estado**, entendida como um processo global, mas que particularmente mais nos atinge em nosso País em razão de nossos inevitáveis atrasos a serem superados.

Com efeito, para um país em desenvolvimento é sempre mais difícil alcançar níveis de excelência, notadamente em setores tão demandantes como esses que se relacionam à boa administração da coisa pública e ao bom e efetivo uso dos instrumentos jurídicos para assegurar o império do Direito.

No entanto, não obstante as dificuldades, já se tem superado essas dificuldades em outros setores críticos e, mesmo no próprio campo do Direito, já podem ser observados vetores evolutivos bastante nítidos, assim apontados por aten-

tos e atualizados juspublicistas, que, devidamente trabalhados, podem servir de base para as tarefas de resgate e de aperfeiçoamento a que nos proponhamos desenvolver.

Com efeito, a literatura juspolítica tem apontado algumas dessas tendências evolutivas exitosas, que se apresentam em diferentes combinações, na linha do **pluralismo**, da **subsidiariedade**, da **flexibilidade**, da **participação**, da **consensualidade**, da **imparcialidade**, da **moralidade** e da **processualidade**, em breve elenco, quase todas elas se revelando como auspiciosas dádivas para o reflorescimento da prática de um efetivo Direito Público **reengajado aos valores**.

Essa saudável tendência tem transbordado os ensaios e manuais doutrinários para orientar não apenas a ação dos profissionais do Direito mais atentos, como para impregnar a ação da imprensa e de agentes políticos de vanguarda.

Assim, sem importar quais dessas **tendências** mais rapidamente amadurecerão em nosso dia-a-dia, bem como quais delas particularmente contribuirão para a recriação do conceito mutante do **Estado** que prevalecerá nas próximas décadas, o que já parece evidente é que, neste mundo interativo, as **organizações políticas** que se quedarem em cômoda inércia conservadora estarão condenadas a perder, paulatinamente, a sua competitividade, nos intercursos, cada vez mais densos, da comunidade global em transformação e, com isso, a estigmatizar, com um atraso dificilmente recuperável, as sociedades a que deveriam servir. Em outros termos: a plena realização do Estado Democrático de Direito não é apenas um luxo ético do desenvolvimento, mas uma necessidade prática; não é apenas um resultado do desenvolvimento, mas uma **condição** para que o alcancemos.

Há de se reconhecer, com humildade, que o Brasil não se tem saído muito bem em suas respostas a esses desafi-

os que nos têm sido propostos no final de século e de milênio; tem sido, no mínimo, ineficiente em suas respostas, não obstante seu potencial. A respeito, muitos políticos se valem de frágeis escusas pela inércia e pelos erros cometidos, como a da velha “herança patrimonialista”, da qual, ao que parece, não nos desvencilhamos nunca, ou dessa ingênua, mas recorrentemente sedutora “teoria da conspiração”, sempre apresentando culpados e bodes expiatórios, dentro ou fora do País, pelos fracassos de décadas perdidas. Todas, enfim, frágeis escusas de gerações frustradas, que não lograram fomentar, com políticas públicas planejadas, consistentes e acertadas, no correr do século findo, o desejado processo de desenvolvimento auto-sustentado que pudéssemos hoje compartilhar e legar às futuras gerações.

Mas, além de geralmente lento e tantas vezes defasado em suas respostas institucionais, o País, não raro, teve que suportar, como anátema a persegui-lo, uma sucessão de escolhas políticas infelizes, e aqui entra o dado novo do controle – **em grande número delas, isso vem ocorrendo por absoluta carência de um conveniente e efetivo controle de juridicidade** – levando-o a rumos desconcertantes e anacrônicos, que não somente inibiram a implementação dos avanços necessários, como, por mais de uma vez, condenaram-no a retrocessos, entre orgias de gastos faraônicos, inflação desabrida e intermináveis demagogias.

Mas é preciso termos bem presente que **o progresso não é uma fatalidade** e que dependa apenas de tempo, e que a estagnação ou o retrocesso nos sejam endêmicos ou inevitáveis. É preciso, sim, que estejamos convencidos de que está **apenas em nossas mãos** definirmos os rumos de nosso futuro, mas que isso não se faz com propostas autocráticas ou retóricas, **sobretudo e ignorando a milenar missão civilizadora do Direito, da qual somos herdeiros**, e as grandes conquistas que marcaram os últimos cinquenta anos de juridicização do Estado e da Política.

Não são apenas as **leis** que vão infundir essa transformação, é com a **prática do Direito** que conseguiremos fazê-lo. Boas leis não bastam: é necessário um bom Direito.

É o que tem ocorrido com a Constituição de 1988: promulgou-se um esperançoso, mas caleidoscópico documento, em que se pretendia dar respostas para todos os problemas e satisfazer a todos os gostos. Como depois se veio a expressar, contemplaram-se todos os interesses, “da toga à tanga”, e foram atendidas todas as tendências... das que se fizeram representar ou, pelo menos, das que lograram ser ouvidas na Constituinte.

O resultado, bem o conhecemos, é o ingurgitamento da Carta com tal plethora de dicções e contradições, que já estamos há mais de três lustros tentando com elas conviver, não encontrando outra solução que o emendá-la e remendá-la continuamente, e, não raras vezes, ante a alternativa de descumpri-la frontalmente, para acomodá-la não aos tempos (o que seria razoável) mas ao nuto dos governantes, ao que cada um, por seu turno, insiste sempre em nos apresentar como “necessidades inexoráveis”... por vezes capazes de “justificar” o sacrifício de direitos e de pessoas... São as velhas, mas sempre recorrentes *raisons d’État*... com outras roupagens, mas sempre com a mesma trágica imposição de retrocessos na segurança jurídica e na confiabilidade das instituições.

Em nossa Carta, sem dúvida politicamente muito bem-vinda, mas, nem por isso, acima da crítica, por esses casuísmo e detalhismo enciclopédicos, que minam os alicerces da autonomia federativa e fazem o paraíso dos demandistas, ainda sobrevive, como um vívido exemplo de contradições, o instrumento mais **autoritário** de que se tem notícia nas modernas Constituições – a Medida Provisória – instituto que nos regimes parlamentaristas faz sentido, porque o Governo é uma *longa manus* das Casas Legislativas, mas que em regimes presidencialistas nada mais revela que a

teimosa permanência antidemocrática do autoritarismo, além de ser um monstro jurídico, pois que não só torna **provisórias as leis** como os **direitos**, ao retirar-lhes essa qualidade essencial, que é a **certeza jurídica**, tudo isso, gerando situações de fato absurdas e criando gigantescos impasses, para os próprios governos administrarem como podem... hoje, um equívoco **parcialmente** corrigido, na sucessividade vertiginosa e nervosa de reformas a varejo, mas não de todo esconjurado de nossa ordem jurídica.

Como outro exemplo, não obstante explicitadamente **democrática**, a Constituição escancara brechas para um festival de irresponsabilidade administrativa, como, por exemplo, o faz estimulando a **diáspora municipalista**, embora hoje algo mais refreada, ao preço caríssimo da catastrófica criação de um número assustador de municípios, nesses últimos quinze anos, milhares de pobres caricaturas de autônias políticas, que dependem de repasses constitucionais para sobreviverem e sem outra razão de ser que a de alojar políticos de bases partidárias em confortáveis sinecuras.

E, como terceiro e último exemplo de resquícios constitucionais de um passado pouco afeito ao respeito pelos princípios republicano e democrático, o não menos trágico espetáculo, que se repete anualmente, do **desalentador loteamento de verbas orçamentárias**, possibilitando que dinheiros públicos sejam gastos sem qualquer atendimento a planejamento e a prioridades, o que, paradoxalmente, se dá sempre a pretexto de exercer-se essa (estranha) prática da “democracia”, pobre regime, assim, tão mal compreendido em sua essência...

Destarte, o mau governante vai sempre encontrando espaço, nos cada vez mais intrincados meandros prescritivos constitucionais, para administrar caoticamente, endividar o Estado, praticar o empreguismo e o assistencialismo desabridos, fazer demagogia orçamentária, deixar grandes empreendimentos inacabados, exercer a rapina fiscal, per-

seguir os servidores públicos que não o cortejarem, abrir mão de receitas se lhe interessar, praticar a corrupção ou, no mínimo, a ela fechar os olhos como um “sacrifício” em aras da “governabilidade”, e assim por diante.

Não é o caso, aqui, de listar exaustivamente essas mazelas, mas apenas de chamar a atenção, diante desse quadro alucinante, **para a impotência da ordem jurídica** para coibir essas velhas e nefandas práticas, sem falar da dificuldade em combater a corrupção, doença endêmica dos países subdesenvolvidos, **porque é nestes casos que os controles públicos, como o que aqui mais interessa – o controle interno de legalidade da Administração – são mais fracos e lassos.**

E prossegue, pois, o nosso pequeno drama constitucional, voltado ao afã de emendar-se, remendar-se, emendar-se o que já se emendou, emendar-se até disposição constitucional transitória, instituindo-se o curioso transitório do transitório, nesse fatigado novo Direito Constitucional brasileiro. Apenas enganamo-nos por algum tempo mais, pensando estar a corrigir erros essenciais, porque, afinal, muito do que seja **essencial** para superar a maior parte das heranças indesejáveis e das grandes mazelas políticas apontadas **é, tão somente, o cumprir-se satisfatoriamente a Constituição no que toca ao controle da Administração Pública, praticando-a plenamente em todos os níveis federativos e em todas as suas descentralizações e delegações.**

Carece, portanto, que ponhamos efetivamente em ação todos os instrumentos dirigidos à observância da ordem jurídica, mas, sobretudo, de modo especial e sobremaneira urgente – e aqui está o coração da mensagem que se pretende passar nestas despretensiosas reflexões – **cumpre empregar efetivamente o relegado e desdenhado instrumento previsto pelo constituinte para a realização do difícil, delicado e permanente controle interno de juridi-**

cidade da Administração Pública, que é uma eficiente Advocacia de Estado, pois não foi com outra razão que a alçou a **função constitucionalmente autônoma**.

E é aqui, pois, que se ingressa de pleno no campo da **realização da cidadania** – justamente aquele que, também acertadamente, a Constituição de 1988 quis elevar, prestigiar e instrumentar, ao institucionalizar as funções essenciais à justiça.

Esta é a peculiaridade, que tanto escapa à percepção de quem se satisfaz com uma alígera leitura de nossa Carta Política e, por isso, cumpre ser sempre frisada: o fato de que **essas funções são instrumentos essenciais**, por certo, **à justiça**, como está explícito, mas, nela compreendida, **a essencialidade à própria existência de um Estado Democrático de Direito**, pois **lograr justiça nada mais é que respeitar os direitos fundamentais das pessoas**.

5 Contingências do Estado Democrático de Direito: as legitimações pelo exercício e pelo resultado e o dever de aperfeiçoamento

Ora, **esta nova concepção de Estado**, que tanto deve ao desenvolvimento do Direito pós-moderno e do neoconstitucionalismo, a par de reforçar o tradicional princípio fundante da **legalidade**, instituidor de um **Estado de Direito**, explicita e exalta o flamante princípio fundante da **legitimidade**, esse que institui um **Estado Democrático**, dando, assim, a devida qualificação à **fonte popular e única do poder do Estado**.

Resta, pois, indagar, incidentalmente, se a afirmação cinzelada no art. 1º da Constituição Federal, caracterizando a **República Federativa do Brasil** como **Estado Democrático de Direito** – e nesta ordem, que sem ser necessariamente a cronológica, é, contudo, a lógica – expressará uma norma **ôntica** ou uma norma **comportamental**?

Sem enveredar aqui pelos ínvios caminhos da teoria das normas, o que refoge ao escopo dessas reflexões, socorro-me daqueles que sustentam que, em última análise, **toda norma jurídica é basicamente comportamental**, ainda quando predominantemente se destine a criar ou a organizar seres abstratos no mundo jurídico; isso porque, o que nelas se exige, afinal, são certos **comportamentos** – de todos e de cada um – em face dessas criações do espírito.

Se assim o é, ou, pelo menos, admitindo *ad argumentandum* que o seja, o que se tem a examinar, preliminarmente **são os tipos de comportamentos exigíveis direta ou indiretamente**, que possam conter, em tese, uma norma de conduta qualquer. Sem muito esforço, pode-se concluir que esses comportamentos se apresentarão sob dois tipos: ou serão **ativos** – fazer alguma coisa, ou **passivos** – abster-se de fazer alguma coisa.

Assim, se a norma fundante instituidora de um **Estado Democrático de Direito**, embora pretenda, precipuamente, **descrever o ser do Estado brasileiro**, em abstrato, como uma organização política erigida sobre os princípios da **legalidade** e da **legitimidade**, também o será, em última análise, **uma norma de comportamento**, pois exigirá de todos a **submissão** aos valores fundantes contidos na essência desses dois princípios, em que se insere o **dever** de sempre agir para promovê-los em mais alto grau.

Porém, mais do que das pessoas em geral, a Constituição exige essa observância por parte daqueles que, em especial, por vocação livremente abraçada, **assumem o dever de sustentar permanentemente, em prol da sociedade, a efetiva supremacia desses valores fundantes em todas as relações que lhes sejam profissionalmente submetidas**. Ora, não é outro o cometimento dos membros de qualquer das **Procuraturas constitucionais**, aos quais são impostos certos comportamentos específicos, como, sinteticamente, os que se destinem a **sustentar**, como

dever mínimo, e a **aperfeiçoar**, como dever pleno, a **ordem jurídica instituída**.

Se, com o comando **sustentar**, se visa ao **desempenho de atos eficazes**, aptos a manter a incolumidade da ordem jurídica, indubitavelmente, com o comando **aperfeiçoar**, há de se pretender, muito além da efetiva prática desses atos, o desempenho de **comportamentos eficientes**, quais sejam todos aqueles aptos a imprimir um constante **aprimoramento qualitativo para todo o sistema**, pois a democracia material, a que se plenifica pela legitimação teleológica, não se aperfeiçoa senão trilhando o laborioso caminho da **eficiência**.

Esse **dever**, que até 1998 estava então obviamente **implícito** como uma **regra geral**, não só para os membros das **Procuraturas**, mas para todos os agentes públicos, depois da introdução do **princípio** da eficiência, no art. 37, *caput*, da Constituição, tornou-se **explícito como especificamente dirigido à atividade da Administração Pública**, o que vale dizer que certos comportamentos, capazes de trazer os desejados e necessários aprimoramentos à ordem jurídica do Estado, a partir de seus dois mencionados princípios fundantes, **tornaram-se inegavelmente exigíveis em nossa Carta Política, sempre que estejam em referência as atividades do Estado-administrador**.

Mas é possível ir ainda mais adiante, pois sobressai hoje, mais nítido do que nunca, que a **tarefa de manter a higidez da ordem jurídica**, que é um **dever geral** imposto a todos os **agentes públicos**, torna-se um **dever especial** para os **agentes político-institucionais das funções essenciais à justiça**.

Resta, todavia, por examinar, se, para estes agentes político-institucionais, a tarefa de aperfeiçoar a ordem jurídica, seria, por acréscimo, um dever **geral** ou **especial**. Parece aqui válido sustentar o entendimento de que esse **dever de eficiência** com relação ao **aperfeiçoamento da**

ordem jurídica será, do mesmo modo, tanto um dever geral como especial; tudo dependendo da natureza das funções cometidas aos diferentes agentes estatais, políticos ou administrativos e das circunstâncias em que devam ser desempenhadas.

Um bom exemplo dessa assertiva se encontra na evolução institucional trazida com os novos conceitos de **responsabilidade** e de **responsividade fiscal**, entronizados pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pois que, pelo fato de passar a exigir certos **comportamentos** dos agentes públicos **na linha da eficiência**, na gestão dos recursos que lhes são confiados, ela vem de trazer notáveis aprimoramentos à **democracia substantiva** pela clara definição **dos legítimos interesses dos cidadãos** e, assim, do **seu melhor atendimento**.

Portanto, na mesma linha de raciocínio – agora especificamente dirigida aos **membros da Advocacia de Estado** – **o aperfeiçoar o desempenho de suas próprias atividades profissionais**, exigindo-se uma clara **consciência** da relação que deve existir entre a **qualidade** de sua atuação e o **benefício** direto que dela possa resultar para a ordem jurídica e para a sociedade, constitui-se, certamente, em um **dever especial** que lhes pode e deve ser cobrado, não somente no plano moral, mas no plano funcional.

Embora essa assertiva possa soar algo rigorosa, ela é, contudo, perfeitamente razoável, se entendida no contexto da ética weberiana. Com efeito, por não se tratar de um **dever geral**, mas **especial**, essa específica obrigação de contínuo aperfeiçoamento, **só se impõe aos que livremente optem por se submeter a um determinado status profissional, em que esse tipo de comportamento deva ser necessariamente o esperado**, para produzir resultados juridicamente afinados com o Estado Democrático de Direito.

É exatamente o que se aguarda do comportamento dos **exercentes das funções essenciais à justiça** e é essa

característica a **que mais lhes exalta a importância** e, por isso, mais se lhes agravam as responsabilidades de serem agentes institucionais fortes, inabaláveis e intransigentes com os valores históricos que sua profissão lhes confia.

Com efeito, **a ninguém se obriga ingressar nas carreiras de qualquer das Procuraturas constitucionais**, como, tampouco, a ninguém se obriga tornar-se um legislador, magistrado ou administrador público; porém, **os que livremente optarem por dedicar-se a qualquer dessas funções**, assumem não apenas o **dever geral de atuar**, como o **dever especial de bem atuar**, ou, em outros termos: além do dever de serem **eficazes**, acresce-lhes o dever de serem **eficientes**, pois mais que um desempenho, a ordem jurídica lhes exige, sobretudo, **o atingimento de resultados** esperados pela sociedade.

Se assim é, existem, com efeito, **deveres gerais e deveres peculiares** cometidos aos membros das Procuraturas constitucionais, tal como se desenvolve a seguir, **cuja observância faz parte da estrutura moral profissional de seus membros**, e são importantes para que as suas justas reivindicações não se reduzam a fracassadas lamentações.

6 Como, do princípio constitucional da eficiência, decorrem deveres específicos para os membros das Procuraturas constitucionais

Desde logo, não é difícil concordar-se com a existência de um **dever geral** exigível **de todo o agente público**, de **sustentar o Estado Democrático de Direito**.

Mas, como aqui não se trata de um conceito estático, mas, ao contrário, de um conceito significativamente dinâmico, pois demanda uma permanente atuação, através de diversos órgãos de **provedoria de interesses**, resulta claro que deve haver um correspondente **dever específico**, cometido a esses órgãos especialíssimos, de **provocar os**

órgãos decisórios do Estado com o permanente propósito da busca assintótica da realização da **justiça**, o que vale dizer: há um dever peculiar, cometido a todos os que optem por escolher, como profissão, **promover a justa aplicação do Direito**.

Parece intuitivo que já se torna aqui apropriado falar-se também em **eficiência** além do seu sentido **quantitativo**, que está simplesmente vinculada ao número de vezes com que sejam exercidos esses deveres de zeladoria e de promoção próprios dessas carreiras, sob os vários aspectos orgânico-funcionais em que se apresentem, nem, tampouco, referenciada ao **tempo** que essas atividades demandam, mas em sua acepção **qualitativa**, ou seja, **referida à finalidade pública da melhor realização possível da ordem jurídica**.

É, pois, nesse **sentido qualitativo**, que passa a ter especial significado a especialíssima **busca da eficiência de desempenho por parte dos agentes das funções essenciais à justiça**: uma qualidade sempre estimável, embora nem sempre mensurável, por critérios **que espelhem fielmente a efetividade social resultante da atuação das Procuraturas**, enquanto órgãos dispostos pela Constituição, tanto para a **sustentação**, como para o **aperfeiçoamento** da justiça na ordem jurídica.

Essa atuação, assim duplamente referenciada, demanda, com inegável razão, o especialíssimo *status* constitucional, comumente estabelecido **indiscriminadamente para todas as três Procuraturas**: o de **eqüidistância e independência técnico-funcional** em relação a quaisquer dos Poderes do Estado. É o que claramente se instituiu no Título IV da Carta, que, como se salientou, é o que organiza, **em seus quatro Capítulos, todas as funções constitucionais essenciais de atuação do poder estatal**.

7 O dever constitucional de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito pela atuação dos Advogados de Estado

Desde logo, esse dever há de estar presente, como já foi exposto, no desempenho das **duas fundamentais funções constitucionais** outorgadas aos **Advogados de Estado**, que são, por isso, aquelas comuns às respectivas Procuraturas próprias da União, dos Estados e do Distrito Federal, ou seja: a de **representação** e a de **consultoria jurídica** (art. 131, *caput*, e 132, *caput*, CF).

Trata-se, portanto, de desenvolver-se, agora, um **exercício prospectivo** quanto às possibilidades, que não só podem como devem ser exploradas, em referência ao desejado **aperfeiçoamento institucional** do Estado Democrático de Direito.

Inicie-se por identificar dois tipos de comportamentos, nessa linha de aperfeiçoamento: **o desempenho institucional adequado** e **a indução institucional apropriada** para lográ-lo. São, portanto, duas indagações a serem respondidas: **em que consiste esse desempenho institucional adequado** e **em que consiste essa indução institucional apropriada**.

A esta altura, a melhor opção já não parece ser a teorização de modelos abstratos, pois até para se chegar a um modelo qualquer, consistentemente acabado, necessitar-se-á de maior número de elementos fáticos, que devem ser retirados da realidade conjuntural e, por esse motivo, o melhor caminho exploratório, por ora, é apenas o de levantar alguns desses dados, antes de pretender sistematizá-los.

É, pois, esse caminho que se vai seguir, pelo qual se intenta, experimentalmente, considerar a aplicação do dever geral de aperfeiçoamento àquelas duas missões fundamentais do Advogado de Estado: a **representação** e a **consultoria**.

8 Considerações sobre o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e o desempenho da representação judicial do Estado

O **Advogado de Estado**, até mesmo por essa condição essencial de ser, antes de tudo, um **advogado**, na **representação judicial do Estado** tem o **dever geral** de repudiar qualquer tipo de desvio ético de conduta postulatória, como, mais comumente, a litigância de má fé. Mas, a agravá-lo, tem o dever específico de corresponder, no seu desempenho, à **confiança legítima** do administrado; seu norte ético indesejável há de estar neste **princípio** que é aquele que presumidamente as pessoas não de ter ao se relacionarem com os Poderes Públicos, no contexto de um Estado Democrático de Direito, em nada importando se esse relacionamento se dá extrajudicialmente ou em juízo.

Está-se, assim, tanto diante de um **princípio deontológico do exercício da profissão de advogado**, quanto, com maior peso, de um **princípio ético fundante das próprias relações de confiança entre cidadão e Estado**.

Esta é uma conclusão que decorre da própria **hierarquia axiológica** das múltiplas atividades desenvolvidas por um **Estado Democrático de Direito**, e a que se chega por uma **leitura construtiva** das competências constitucionais, à luz de discrímines precisados por RENATO ALESSI e que, desde 1970, na primeira edição de meu *Curso de Direito Administrativo*, tenho reiteradamente sustentado no País, distinguindo entre as **atividades-fim** e **atividades-meio** desenvolvidas pelo Estado.

Como é, hoje, amplamente reconhecido, as **atividades-fim** visam ao estabelecimento, manutenção, cumprimento e aperfeiçoamento da **ordem jurídica**, enquanto que as **atividades-meio** englobam **todas as demais ações de aparelhamento** necessárias para que o Estado seja eficaz e eficiente na execução dessas atividades-fim.

Ora, as atividades desenvolvidas pelos **Advogados de Estado** se situam inequivocamente no plano das **atividades-fim**, ou seja: **são ações voltadas ao estabelecimento, à manutenção, ao cumprimento e ao aperfeiçoamento da ordem jurídica** e apenas secundariamente referidas ao aparelhamento do Estado.

Com efeito, o **dever precípua** cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais **é o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica**, embora secundariamente, e sem jamais contrariar essa primeira diretriz **constitucional**, possam esses agentes atuar em outras missões de **natureza jurídica ou administrativa** voltadas às atividades-meio, como aquelas que se desenvolvam em sustentação às medidas governamentais, à assessoria jurídica, à direção de corpos jurídicos etc.

Mas é muito importante ter-se presente que, em caso de **colidência** entre as atribuições **secundárias**, que porventura lhes sejam cometidas, com aquelas duas, **primárias**, estas deverão prevalecer sempre, por terem radical constitucional, ou seja, em síntese: por serem missões essenciais de **sustentação da ordem jurídica**.

Destarte, exemplificando: qualquer interesse da Fazenda Pública em juízo estará sempre subordinado aos princípios referidos, devendo, por isso, recusar-se, o Advogado Público, a atuar por mero interesse arrecadatório, quando despido de legitimidade; recusar-se a advogar com fins emulatórios; recusar-se a recorrer sistematicamente contra jurisprudência pacificada ou apenas com intenções protelatórias; recusar-se a obedecer a ordens hierárquicas que depassem da organização burocrática dos serviços para interferirem na condução formal e material dos processos administrativos e judiciais a seu cargo e outras desse jaez.

Duas observações cabem aqui: uma, com relação ao dever do Advogado de Estado de oferecer o melhor contraditório possível para a defesa do Estado, quando da oca-

sião processual própria; outra, com relação à atuação do Advogado Geral ou Procurador Geral, que desempenham funções com conotação política de direção superior do órgão coletivo que congrega agentes de determinado setor da Advocacia de Estado.

No primeiro caso, o Advogado do Estado tem a missão constitucional de defender os interesses primários e secundários da pessoa jurídica de direito público com o máximo de eficiência, entendendo-se, portanto, que poderá eximir-se de fazê-lo quando houver sustentado entendimento contrário ou incompatível com a tese de defesa, seja em documento de doutrina publicado, seja em Parecer oficial. Tal postura, aliás, se imporia até por razões pragmáticas, pois uma vez evidenciada a incoerência, tornar-se-ia imprestável e até prejudicial à peça de defesa viciadamente apresentada.

Por outro lado, a existência de linhas de defesa solidamente assentadas por órgãos coletivos das várias Advocacias de Estado, com vistas a atingir um nível de coerência geral **de todo o órgão coletivo** perante os Tribunais, pelas mesmas razões acima expostas, obviamente oferece opções **presumidamente mais eficientes** para a defesa de cada entidade pública, pois essa coerência postulatória reforça, perante os Tribunais, as teses de interesse desses entes, pelo que, **também pelas mesmas razões pragmáticas** que autorizariam os Advogados de Estado a se eximirem de apresentar defesa em determinado processo, a eles se imporá a adoção dos conceitos coletivos de defesa. Há que distinguir, portanto, a indesejável **interferência ética** das chefias hierárquicas internas, das saudáveis **orientações técnicas** delas oriundas.

Quanto aos Chefes do Poder Executivo, esses têm sua própria **responsabilidade política**, que não se comunica automaticamente ao Procurador da União, do Estado ou do Distrito Federal; mas, tão somente, **no que conexas e**

compatível, será compartilhada com o respectivo Procurador Geral ou Advogado Geral, que exerce, além das funções de seus pares, as inerentes à direção administrativa do órgão coletivo.

Isso significa que, nas condições expostas, um membro da Advocacia de Estado poderia, em tese, responder por perdas e danos perante os administrados, por desempenho de má fé, mesmo que tenha agido a pretexto de cumprimento de ordens, pois nenhum deles poderia, sequer, alegar, como escusa, a existência de um “dever administrativo hierárquico” legal eticamente interferente em suas funções constitucionalmente independentes.

Mas há mais: os Advogados de Estado, mesmo que se encontrem esgotadas as possibilidades das vias burocráticas regulares internas da Administração, **não podem se eximir de atuar como órgãos independentes, sempre que se trate, prioritariamente, da defesa da ordem jurídica**. É que os interesses da Fazenda do Estado, como, de resto, quaisquer interesses do aparelho de Estado, são disponíveis, conforme a lei o regule, e cedem ante os interesses constitucionalmente supra-ordinados, ao passo que **o interesse da preservação da ordem jurídica**, este é sempre constitucionalmente indisponível, como interesse primário da sociedade posto à sua cura.

Por isso, as missões características da **Advocacia de Estado** têm assento **constitucional**: para que se garanta que **o seu cumprimento se sobreponha a quaisquer outros deveres ou limites de imposição, mesmo legais**.

Realmente, os **Advogados de Estado** não necessitam de autorização hierárquica ou de beneplácito superior **para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência**, como órgãos **tecnicamente independentes**, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de **controle da juridicidade plena** (compreendida a **legalidade, a legitimidade e a licitude**) e de mantenedores e aper-

feixoadores da **ordem jurídica**, funções essas que devem desempenhar como **agentes constitucionais essenciais à justiça**. No caso, a essencialidade dessa atuação não será a de **decidir de direito**, tarefa que cabe aos agentes ativos da Administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a de **sustentar o direito**.

9 Considerações sobre o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e o desempenho da função de consultoria jurídica de Estado

Os agentes administrativos, em princípio, não estão obrigados à observância dos **Pareceres jurídicos** produzidos pelos **Advogados de Estado**, embora as suas decisões, se os contrariar, devam apresentar **motivação suficientemente consistente** para afastar os argumentos de direito neles deduzidos.

Assim, agora com vistas ao **aprimoramento** do sistema decisório, convém que os agentes da **Advocacia de Estado**, no desempenho apropriado do dever constitucional de **aperfeiçoamento da ordem jurídica**, assumam séria e inabalavelmente a missão que lhes está implícita de **aconselhar, persuadir** e de **induzir** os agentes políticos a adotarem, em suas respectivas unidades federadas, a saudável técnica dos **Pareceres vinculantes**, que evitam que sejam tomadas decisões administrativas ruinosas para o Estado, que concorrem para deixar mais evidenciada a necessidade de **motivação** em caso de desacordo, e que definem, afinal, a **responsabilidade política** assumida, em cada hipótese, pelos agentes executivos.

A desejável **vinculação** ao **Parecer** proferido pode ser escalonada em dois graus: o administrativo e o político-administrativo. Em grau puramente **administrativo** seria adotada em se tratando de **decisões cometidas a agentes**

administrativos; neste caso, dar-se-ia uma **vinculação absoluta**, não admitindo contrariedade.

Diferentemente, a **vinculação** seria adotada em grau **político-administrativo** em se tratando de decisões de **agentes políticos**, os quais, por se situarem sob outro e distinto referencial de **responsabilidades**, induziriam uma vinculação apenas **relativa** admitindo-se, portanto, que esses agentes **manifestassem sua contrariedade** para se eximirem de seguir os ditames do Parecer, **desde que, porém, a expressassem em decisão devidamente motivada**, para possibilitar-se o exercício do controle de juridicidade.

Finalmente, ainda quanto à **vinculação**, a adoção de **Pareceres normativos**, quando em foco situações que devam ser solucionadas homogeneamente, estimularia não apenas um especial **cuidado** por parte dos agentes administrativos com a juridicidade de seus atos, como possibilitaria a criação de uma **jurisprudência administrativa** bem definida e de grande valia para os administrados, notadamente para os advogados privados.

Compete, ainda, ao **Advogado de Estado**, no desempenho apropriado desse **dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos** no sentido de adotarem, invariavelmente, todas as providências, normativas ou concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos, sempre que se apresentem as ocasiões concretas de fazê-lo, dentro ou fora de processo judicial ou administrativo sob seus cuidados.

Trata-se de **dever específico do Advogado de Estado**, enquanto órgão que desempenha **função constitucional imprescindível à sustentação da ordem jurídica**; um **dever institucional**, que se lhe exige enquanto **membro de Procuratura**, e não em razão de um mero cometimento burocrático, e que, por isso, como um superlativo dever cons-

titudinal, não admite, como já se expôs, que seja cerceado, nem limitado, nem condicionado, mesmo por lei.

A violação dessa independência funcional no plano hierárquico, a pretexto da imposição de vontade atentatória à consciência do **Advogado de Estado**, poderá caracterizar **abuso de poder**, mesmo se perpetrado no contexto interno da hierarquia do órgão coletivo de criação infraconstitucional (Procuradorias), uma vez que o **Advogado de Estado** é, por ser um advogado e por definição constitucional, um **órgão unipessoal**.

Conforme se expôs, o que se pode admitir é a flexibilização dessa regra na atividade contenciosa, para que o Advogado de Estado observe normas técnicas internas do próprio órgão coletivo a que pertença, desde que dirigidas ao logro de maior **eficiência** da defesa judicial e, ainda assim, desde que o conteúdo técnico dessas normas internas não se confronte com **convicções individuais já publicamente assumidas**, porque, como se explicou, neste caso, não só feririam a consciência do Advogado, obrigando-o a *venire contra factum proprium* e a se desdizer, como des-serviriam à idoneidade da própria defesa pretendida. Todavia, em qualquer caso, esse tipo de dissenso poderá ser levado à discussão interna, no âmbito do órgão coletivo a que corresponda em cada Procuratura, e, por certo, sempre, externamente, perante o Poder Judiciário.

Mas, por evidente, a esse dever de consultoria do **Advogado de Estado**, corresponde um correlato direito, o dos agentes políticos, de formularem consultas e de receberem em tempo útil e termos inequívocos os subsídios solicitados às respectivas Procuraturas, quando o solicitem, bem como o dever individual e coletivo de **atuar de ofício**, quando a qualquer de seus membros pareça necessário fazê-lo, nas hipóteses em que deva ser defendido um **interesse público primário** e sustentados os **princípios administrativos** estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição.

Finalmente, a satisfação do dever de ofício do **Advogado de Estado**, a ser exercido pelas vias burocráticas, em nada impede que as chefias hierárquicas dos respectivos órgãos coletivos das Procuraturas manifestem, sempre que for o caso, nos processos em que atuem, as opiniões próprias a respeito dos temas em exame, sejam em divergência, sejam em concordância.

A tanto e a não mais que relativamente aos pontos examinados, incide a hierarquia **legal** sobre a independência técnico-funcional dos **Advogados de Estado**, jamais chegando ao extremo de inibir ou de condicionar o cumprimento independente dos **deveres constitucionais** de um membro da Advocacia de Estado.

10 Algumas chegadas sobre aspectos éticos da atuação de Advogados e Procuradores de Estado

Esta digressão se faz necessária, uma vez que há uma **tríplice submissão deontológica** do **Advogado de Estado**: (1) às normas comportamentais da advocacia, em geral; (2) às da Advocacia de Estado, em especial; e (3) às do servidor público, em geral.

10.1 O *status* de Advogado

Desde logo este *status* se define quando uma pessoa se investe, em virtude da inscrição, como **membro da Ordem dos Advogados do Brasil**, em razão da satisfação dos requisitos legais.

Assim, enquanto **advogado**, o investido goza de **inviolabilidade constitucional** por seus atos e manifestações, nos limites da lei (art. 133 da Constituição) e se subordina, no desempenho de sua profissão, às prescrições dos Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994).

Garante-lhe, assim, a **própria Constituição**, a **independência técnico-funcional em sua atuação como advogado** (identificada especificadamente pela expressão “**liberdade**” no art. 7º, I, da Lei 8.906/94, e complementada pela regra do art. 31, § 2º, da mesma Lei), na qual se inclui, como múnus do **serviço público** que assim presta, o **dever ético geral** de defender a legalidade, a legitimidade e a licitude (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.906/94, e art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, DJ 1º de março de 1995), o que vem a ser uma permanente e genérica atuação que se impõe a todo advogado: a de *custos legis* – o que vem a ser um cometimento que resulta perfeitamente lógico no Estado Democrático de Direito, pois, **acima do dever de pugnar pelos específicos interesses** que lhe são confiados, **para o interesse geral de sustentar a própria ordem jurídica que os define e acautela** – portanto, um *prius*, sem o qual, nenhum interesse estaria protegido.

Em suma, o **advogado** se submete aos seus **deveres funcionais** no patrocínio de quaisquer *interesses* que lhe sejam confiados (art. 1º do Código de Ética e Disciplina da OAB).

10.2 O status de Advogado ou Procurador de Estado

O **advogado**, quando no desempenho do cargo de **Advogado** ou **Procurador de Estado**, o que ocorre em virtude da satisfação dos **requisitos constitucionais de investidura**, torna-se habilitado para o desempenho das funções de **procuratura dos interesses públicos**, afetos à determinada pessoa política, para a qual prestou seu concurso admissório.

Nessas condições, o **Advogado** ou **Procurador de Estado** passa a ter dupla subordinação: no plano nacional, às definições constitucionais que regem sua respectiva Procuratura (art. 132), à lei orgânica específica que a reja e a uma *Lei Orgânica Nacional da Advocacia de Estado*, se e

quando vier a ser editada, e, no plano estadual, ao **estatuto constitucional** de sua Procuratura e à lei orgânica específica da respectiva unidade política.

Quanto aos **deveres do Advogado de Estado**, acrescer-se-á aos mencionados **deveres gerais de advogado**, o **dever funcional específico** de zelar precipuamente por todos os **interesses da sociedade** (interesses primários) **que foram confiados à pessoa jurídica de direito público a que se vinculam**.

Para este cometimento, os membros da **Advocacia de Estado** têm, com muito mais razão, **garantida sua independência funcional**, na qual se inclui o mesmo e já referido indeclinável dever genérico de *custos legis*, no caso, voltado às atividades administrativas da unidade política a que está vinculado.

10.3 O status de servidor público estadual

Por derradeiro, enquanto **servidor público estadual**, o **Advogado** ou **Procurador do Estado** se investe, em virtude do ato de nomeação, uma vez selecionado em concurso público de provas e de títulos, no cargo desse título, criado por lei da pessoa jurídica de direito público a que se vincula (a lei federal, a estadual, ou, *mutatis mutandis*, a distrital-federal).

Nessas condições, o **Advogado** ou **Procurador de Estado** se subordina ao **estatuto do servidor público civil estadual** no que lhe for aplicável.

Acrescem-se, assim, aos deveres de **advogado** e, mais, aos, já referidos, de **Advogado do Estado**, os **deveres funcionais hierárquicos e disciplinares próprios do servidor público**, mas, com uma ressalva: **desde que compatíveis**, tanto com os já referidos deveres gerais de **advogado**, como com os deveres específicos de **Advogado do Estado**.

Notadamente com relação ao **dever geral de obediência**, o **Advogado** ou **Procurador de Estado**, como qualquer outro servidor público, porém com mais razão, por se tratar de um profissional do Direito, está desobrigado de obedecer a ordens de superior hierárquico, quando **manifestamente ilegais**, expressão que aqui deve ser tomada em sentido amplo (ilegais, ilegítimas e ilícitas), incluindo-se, entre essas, qualquer determinação para agir contra sua própria ciência e consciência, enquanto órgão funcionalmente independente.

Encerram-se, então, essas considerações com quatro regras de comportamento para os **Advogados** e **Procuradores de Estado**.

10.4 Simples regras para a Advocacia de Estado, decorrentes de seu tríplice status, aplicáveis em aparentes hipóteses de conflito entre deveres funcionais

Como **primeira regra**, a observância dos **deveres gerais da advocacia** é fundamental para o desempenho da **Advocacia de Estado**, como função essencial à justiça, impondo-se esses sobre quaisquer outros.

Como **segunda regra**, os **deveres constitucionais específicos do Advogado ou do Procurador de Estado** precedem a quaisquer outros deveres específicos impostos por leis ordinárias ou atos normativos menores, pois os cometimentos de radical constitucional têm precedência sobre qualquer outra sorte de cometimentos.

Como **terceira regra**, o **dever de lealdade do Advogado ou Procurador de Estado**, enquanto **servidor público**, está referido ao **ente estatal** a que serve, e não a seus governos nem, muito menos, a governantes, como indivíduos eventualmente investidos em cargos e funções governamentais hierarquizadas.

Destarte, o **Advogado** ou **Procurador de Estado**, também neste caso, tanto quanto qualquer outro servidor público, não se pode esquivar, sob pretexto algum, de se opor a toda ordem que, por ciência e consciência próprias, tenha como atentatória à lei e ao Direito, ainda porque, este **espaço inviolável** se lhe estaria, desde logo, garantido, acima de qualquer outro motivo, pelo **princípio fundamental da dignidade da pessoa humana** (art.1º, III, da Constituição).

Como **quarta regra**, *a fortiori* e, sobretudo, por se tratar de um dever constitucionalmente decorrente, **o Advogado investido em Procuratura constitucional especificamente destinada ao controle de juridicidade do segmento da Administração junto à qual atua**, tem o dever ético e funcional de se opor a todo ato da autoridade administrativa, seja de que nível provier, que lhe pareça, em ciência e consciência, atentatório à lei e ao Direito, ainda porque, enquanto no exercício da advocacia, inexistente qualquer hierarquia entre advogados, juízes, parlamentares ou administradores públicos, isso porque, se assim não fora, **não teriam independência para exercer sua função constitucionalmente essencial**.

11 Conclusões

O permanente trabalho de **aperfeiçoamento** da função constitucional de **Advocacia de Estado**, já se vê, deve seguir a linha traçada pelos **princípios** dominantes do Direito Público contemporâneo.

Cada um desses princípios informa, por sua vez, várias **novas instituições** de Direito Público, que passam a desdobrar-se, por seu turno, em caleidoscópicas combinações, que vão se agregando às antigas para renovar incessantemente a **ordem jurídica**, multiplicando-se, proporcionalmente, as **relações de conflito** e as necessidades de manter a

higidez da **ordem jurídica** e, nela, a salvaguarda dos **interesses protegidos**.

Neste cenário, impõe-se uma nova compreensão da **Advocacia de Estado**, do mesmo modo que das instituições co-irmãs, do Ministério Público e da Defensoria Pública, como um **instrumento da sociedade**, constitucionalmente inserido na estrutura do Estado, **destinado ao controle dos valores e dos princípios jurídicos que dela dimanam e a refletem**, conforme os respectivos cometimentos constitucionais.

Portanto, é necessário que **se aperfeiçoem e se atualizem constantemente essas instituições de zeladoria pública**, para ocupar os crescentes espaços de **controle de juridicidade**, que, pelos motivos expostos, incessantemente se vão abrindo na vida da sociedade contemporânea.

Com efeito, se, aqui especificamente tomada, a **Advocacia de Estado** falhar em ocupar esses espaços de controle de juridicidade das **atividades de interesse público**, pouco importando se elas sejam praticadas por entes públicos, por entes privados ou de natureza mista, haverá o risco de que tais atividades remanesçam à margem do seu controle apropriado – **que é o que especificamente se volta às atividades da Administração Pública à sua cura** – ou, mesmo, o risco de que elas venham a ser controladas **apenas por instrumentos inespecíficos**, quando não improvisados, já que serão, diferentemente da **Advocacia de Estado**, instrumentos carentes de pertinência institucional, de capilaridade funcional e de especialidade profissional, e, conseqüentemente, mais propensos à ineficiência.

Portanto, tomando agora alguns exemplos do que se está apontando como novos e dilargados campos de atuação administrativa do Estado contemporâneo, aí temos em desdobramento as **novas formas de delegação de atividades estatais a particulares**, os novéis institutos de

colaboração consensual entre os setores público e privado, as recentes **técnicas administrativas interventivas regulatórias**, a cargo de agências independentes, e, de modo geral, a pletera de instituições que estão surgindo como formas criativas de relacionamento entre as atividades de agentes públicos e privados, todas referidas a **interesses públicos** – indiferentemente estatizados ou não – que, conclua-se, por sua importância como fenômeno contemporâneo, **não devem ficar à margem dos instrumentos de controle específico de juridicidade no âmbito da pública administração.**

Em outros termos: **cada novo instituto de Direito Administrativo que surge abre sempre um novo desafio à Advocacia de Estado**, exigindo-lhe equacionamento de sua atuação específica, para o que se deverá definir, cada vez com maior precisão, os parâmetros de atuação da **Procuratura de Estado** que constitucionalmente lhes corresponda.

Por isso mesmo, já não tem sentido pensar-se em **Advocacia de Estado** como um conjunto de órgãos e de atividades isoladas e arquipelágicas, mas, isso sim, como imposição da lógica dos tempos, **concebê-la em rede**, como se deve, **como um sistema nacional**, harmônico e concertado, recobrando todos os desvãos em que a injustiça, a ilegalidade e a imoralidade pública possam se aninhar, mormente em País que, como o nosso, **só tem a ganhar em eficiência** com a melhor articulação possível de seus inúmeros setores de atuação pública e privada, em um mundo que se globaliza e que se dispõe em redes.

Embora a Constituição de 1988 não haja previsto **explicitamente** essa expansão, é a própria inserção da instituição no Capítulo IV, do Título IV, que autoriza que **implicitamente** se reconheça, nos desdobramentos das funções essenciais à justiça, tal como nela inovadas, essa visão prospectiva de uma nova e ingente necessidade sistêmica que nela se qualificou para a **Advocacia de Estado**. Assim,

faltou prescrever, em nível de **instituição nacional**, embora por ela antecipativamente criada, uma **lei complementar própria**, como o fez para as duas outras instituições nacionais – para o Ministério Público (art. 128, § 5º) e para a Defensoria Pública (art. 134, parágrafo único).

Mas, não obstante, pelo simples fato de não estar explícita, não carecerá de nova Emenda Constitucional para que a União estabeleça, no próprio **Estatuto da Advocacia**, que é de sua **competência exclusiva** (art. 133, *in fine*, CF), as **regras básicas desse sistema nacional do ramo da Advocacia de Estado**.

Assim, sem prejuízo de se vir a contar com uma futura previsão constitucional simétrica às relativas ao Ministério Público (art.128, § 5º) e à Defensoria Pública (art. 134, parágrafo único), de uma **Lei Orgânica Nacional da Advocacia de Estado**, o que seria desejável para reforçar a instituição e robustecer a sua atuação capilarizada em todo o País, já se poderia, assim, adiantar os primeiros passos.

Racionalizar e dar eficiência máxima a essa função essencial à justiça que, pelas razões de fato que se expôs, deve ser tarefa prioritária para o legislador federal, pois é a que mais necessita de garantias para sua plena e independente atuação, condição para bem servir a sociedade nacional.

Não será tarefa difícil a criação desse formidável **sistema nacional de combate à ilegalidade, ao abuso de poder, à corrupção e a outras mazelas, que medram indetectadas e intocadas na administração pública de todos os milhares de centros de poder público administrativo do País**; pelo contrário, as exigências **funcionais e éticas**, mormente em termos do **princípio da eficiência**, são **rigorosamente as mesmas para todos os segmentos das funções essenciais à justiça** e, por conseguinte, **idênticas podem e devem ser suas garantias de atuação**.

Tudo concorre para que essa reivindicação por uma **Lei Complementar Nacional**, estabelecendo **normas gerais**

para as carreiras da **Advocacia de Estado**, à semelhança das que já existem para as carreiras co-irmãs, possa ser elevada, sustentada e atendida em benefício geral, mas, superiormente, como se sublinhou, no da **sociedade**, que desse modo ficará mais protegida contra arbítrios, abusos de poder, mau uso de seus recursos entregues ao Estado, e os danos causados pela corrupção.

Eis aí uma bandeira comum para todas as carreiras públicas da **Advocacia de Estado** no País, que cumpre levar adiante, na medida em que mais se aprofunde, desde logo em seus próprios membros, a consciência nacional da missão comum, para que se constitua uma frente única de defesa da instituição e de reivindicações compatíveis, decididamente voltadas a lograr o **reconhecimento** de todas as **condições complementares de independência faltantes, tão indispensáveis para o desempenho independente e desassombrado dessas funções advocatícias e de zeladoria do Direito, tanto quanto o são para as demais funções essenciais à justiça previstas na Carta.**

Afinal, não foi senão com vistas ao **pleno cumprimento das missões que a Constituição comete à Advocacia de Estado** que dela recebeu a **independência técnico-funcional**, mas que, agora, urge ser objeto de firme e inequívoco tratamento legal em nível nacional, para que não se torne apenas uma afirmação inefetiva. **Afinal, a Constituição, que dá a missão, dá implicitamente os meios para cumpri-la**, sob pena de admitir-se que nela existam superfluidades inanes, o que é exegeticamente inaceitável.

E aqui chegam a termo estas reflexões. Como se pretendeu deixar claro, **Advogados de Estado**, sejam eles da União, dos Estados Membros, do Distrito Federal (e, doutrinariamente, até os dos Municípios) e de suas autarquias de todo gênero e fundações de Direito Público, são, afinal, todos, em última análise, **os responsáveis e atores principais da permanente tarefa de aperfeiçoamento das res-**

pectivas funções constitucionais, ainda porque, conhecendo as dificuldades que diuturnamente enfrentam, compete-lhes dar delas testemunho e, sobretudo, o elevado exemplo de brava intransigência, quando se trate do cumprimento do Direito.

Mas, sobretudo, tenha-se em conta que **as perspectivas de realização plena das missões constitucionais dessas carreiras de Estado**, a curto, médio e longo prazo, tão auspiciosa e amplamente abertas na véspera da alvorada deste novo século e milênio, **dependerão fundamentalmente da compreensão que tenham seus próprios membros sobre o pleno sentido da alta missão essencial à justiça que lhes está afeta**, no qual necessariamente se inclui a **essencialidade à realização da democracia**, bem como **da coragem cívica e profissional**, permanentemente demonstrada, para desempenhá-la, aperfeiçoá-la e sustentar suas prerrogativas funcionais, notadamente a de **independência técnico-funcional**, de matriz constitucional, em toda sua plenitude, sempre com a absoluta e imarcescível certeza de que só assim se dará a essencial contribuição que a elas toca na construção do **Estado Democrático de Direito** em nosso País.

1.2

PARCERIA MEDIANTE CONTRATAÇÃO DIRETA DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COM EMPRESA SOB CONTROLE ESTATAL DE OUTRA ENTIDADE FEDERADA

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO*
FLÁVIO AMARAL GARCIA**

SUMÁRIO: 1 A licitação como regra não absoluta em matéria de concessão de serviços públicos. 2 O conceito de empresa estatal e as exegeses do art. 25, § 2º da CF. 3 Interpretação e segurança jurídica. 4 O contrato como ato jurídico perfeito. 5 A inaplicabilidade dos artigos 43 e 45 da Lei nº 8.987/95. 6 Da economicidade da interpretação adotada. 7 O conceito de serviço adequado. 8 Conclusões.

1 A licitação como regra não absoluta em matéria de concessão de serviços públicos

A Constituição Federal, em sua redação aprovada pelo Poder Constituinte originário, previa situações de contratação direta de serviço público com empresa sob controle acionário estatal, o que não representava nenhuma violação ao art. 175, já que a licitação não é um fim em si mesma,¹ mas meio para o atingimento de uma determinada finalidade pública prevista em lei ou na própria Constituição Federal. É princípio de natureza formal, podendo ser afastado, no caso concreto, diante de princípios de maior conteúdo valorativo, como é o caso do princípio da continua-

* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

** Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da UERJ e Universidade Federal Fluminense. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Neste sentido, veja-se a lição de JUSTEN FILHO, Marçal. In: *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 63: "É necessário ter consciência de que a licitação tem natureza instrumental. É a via prevista pelo Direito para atingir certo fim, com observância de certos princípios e satisfação de valores específicos."

de dos serviços públicos, da segurança jurídica e do próprio interesse público.

Portanto, sob a perspectiva da exegese teleológica, não parece razoável interpretar a utilização da palavra “sempre”, no art. 175, CF, como um imperativo absoluto e que obriga o administrador à realização de licitação para toda e qualquer concessão.²

Registre-se a lição de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL:³

Vale notar que o termo “sempre”, contido no dispositivo constitucional, não significa que não se possa dispensar ou declarar inexigível a licitação em casos concretos.

MARÇAL JUSTEN FILHO⁴ posiciona-se na mesma linha:

Embora o silêncio da Lei nº 8.987, é admissível a contratação direta, sem prévia licitação, para concessões e permissões. É possível adotar, para o caso, a mesma sistemática tradicional, distinguindo hipóteses de inexigibilidade e dispensa.

E, ainda, a valiosa lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO.⁵

Desengadamente, esta, como outras interpretações apressadas, radicais e absolutas, não logram prosperar, pois as exegeses sistemática e teleológica não abonam esta abordagem do rationale que justificaria a reiteração tópica do princípio da licitação, tal como encontrada no art. 175, caput, CF, concentrada sobre contratos de concessão e de permissão de serviços públicos.

² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 46. Obs: Tal afirmação vem desde a 1ª edição da obra, originariamente denominada *Desestatização*, 1997.

³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 284.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Das normas de transição nas concessões de serviços públicos de transportes coletivos urbanos (um estudo de caso). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 9, p. 110, 2002.

Com efeito, a par do princípio licitatório, existem vários outros, de igual ou maior envergadura axiológica, que também devem ser considerados e ponderados em conjunto, como é o caso, para exemplificar, dos princípios da continuidade do serviço, da modicidade das tarifárias, o da segurança jurídica, da boa fé do administrado e do interesse público, até mesmo por serem, estes outros, princípios substantivos, que, de acordo com as circunstâncias, podem afastar a aplicação de um princípio adjetivo.

Se assim o é com a norma constitucional, com muito mais razão a mesma linha de interpretação deve ser aplicada aos dispositivos legais que elevam a licitação como valor absoluto, sob pena, até mesmo, de nulidade.

É o caso, por exemplo, do art. 2º, II c/c art. 14, da Lei n.º 8.987/95,⁶ que passou a dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação do serviço público após a celebração do contrato. Somente após as emendas constitucionais de 1995 é que os dispositivos que admitiam contratação obrigatória de empresa sob controle estatal foram suprimidos, exigindo-se a licitação mediante conjugação dos dispositivos alterados com o art. 175, CF.

Não cabe, pois, falar em nulidade de contratos celebrados antes da Emenda Constitucional mediante aplicação do art. 4º, III, a, da Lei n.º 4.717, de 29.06.1965,⁷ que rege a ação popular. Afinal, o dispositivo cuida de licitação viciada pela limitação da competição, o que não ocorre quando a limitação decorria de um imperativo constitucional; logo, nulo seria ter agido contra a Constituição.

⁶ O art. 2º, II e o art. 14, da Lei n.º 8.987/95 dispõem respectivamente: "Art. 2º, II - Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e prazo determinado (...). Art. 14 - Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório."

⁷ O art. 4º, III, c, da Lei de ação popular prescreve o seguinte: "Art. 4º - São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por qualquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º (...) III - a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: (...) c-) a concorrência administrativa for processada em condições que comprometam o seu caráter competitivo."

O certo é que não se comportam mais premissas absolutas na hermenêutica jurídica, mormente aquelas que advêm da norma em abstrato. As particularidades do caso concreto e as circunstâncias fáticas são elementos indispensáveis para a busca da melhor solução possível.

Tanto é verdade que a licitação não é um valor absoluto, que o próprio constituinte reconheceu, expressamente, a possibilidade de não realizar o procedimento licitatório, permitindo a contratação de empresa estatal para a execução de serviços públicos de telecomunicações, de petróleo e de distribuição de gás canalizado, conforme redação original do art. 21, XI e § 2º do art. 25, CF.

Da referida norma constitucional deduz-se que a distribuição de gás canalizado constitui serviço público de competência dos Estados federados, que poderão explorar diretamente ou por meio de sua concessão a empresa estatal. Esta última opção é bem explicada por ROBERTO BARCELLOS MAGALHÃES,⁸ retratando a intenção da Constituição Federal em restringir a distribuição de gás canalizado apenas à Administração Indireta:

Pela generalidade do seu consumo, suas tarifas hão de corresponder a níveis módicos, compatíveis com as possibilidades das classes de mais baixa renda, que as empresas particulares nem sempre se julgam em condições de atender, mesmo operando sob regime de concessão. Daí a solução constitucional de inadmitir esse sistema, só permitindo que os serviços de distribuição de gás canalizado sejam executados por empresas estatais.

Esta a opção política traçada pelo constituinte originário para os setores de petróleo, gás natural e telecomunicações, posteriormente abertos à competição.

⁸ MAGALHÃES, Roberto Barcellos. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 191-192.

2 O conceito de empresa estatal e as exegeses do art. 25, § 2º da CF

Por empresa estatal entenda-se aquelas controladas direta ou indiretamente pelo Estado, dentre as quais estão as empresas públicas e de economia mista de primeiro e de segundo graus, suas subsidiárias e demais sociedades em que o Poder Público detenha direta ou indiretamente a maioria das ações com direito a voto. Podem ser definidas como empresas públicas ou de economia mista aquelas que representem uma descentralização, por lei, de atividade administrativa (que caiba ao Estado).

CARLOS ARI SUNDFELD⁹ assim as define:

*(...) As empresas estatais têm algo mais: integram a estrutura orgânica do Estado, **globalmente considerado**; são “Administração Pública” também no sentido subjetivo.*

(...)

A Constituição Federal de 1988, tanto em sua redação original como na resultante da Emenda 19, de 1998, menciona as “sociedades de economia mista” e as “empresas públicas” (por exemplo: art. 22, XXVII; art. 37, XIX), chegando a aludir, também, às (à primeira vista) enigmáticas figuras das “sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público” (caso do art. 37, XVII) e das “sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 71, II), ademais das “subsidiárias” de todos esses entes (exemplo: art. 37, XX). Mas essa diversidade tipológica não adquire qualquer sentido constitucional, pelo simples fato de a Constituição não se haver encarregado de, direta ou indiretamente, apontar as diferenças, limitando-se a tratar do que há de comum a todas essas sociedades: o regime da Admi-

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 265-275.

nistração Pública Indireta. Portanto, não existe um conceito constitucional de empresa pública e de sociedade de economia mista. (...) (n/grifo)

Destaca MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:¹⁰

*Com a expressão **empresa estatal** ou **governamental** designamos todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (art. 71, II, 165, § 5º, 173, § 1º).*

Reforçando o entendimento doutrinário, o Decreto nº 137, de 27.05.1991, que instituiu o Programa de Gestão das empresas estatais, tratou de defini-las como “as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais entidades sob o controle direto ou indireto da União” (art. 1º, §3º). A Lei nº 10.101, de 19.12.2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, também conceitua as empresas estatais como “as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (art. 5º, parágrafo único). Cite-se, ainda, o Decreto n.º 3.735, de 24.01.2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais, que, em seu art. 1º, §1º, considera empresas estatais federais como “as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 330.

A questão, no que toca ao alcance do conceito de “empresa estatal” consubstanciado nos dispositivos constitucionais alterados pelas Emendas de 1995, residia em saber se deveria ser uma descentralização desenvolvida no âmbito da própria unidade federada ou se abrangia empresas estatais integrantes de outros entes da federação.

Esta expressão gerou, na doutrina, duas linhas de interpretação distintas.

JOSÉ AFONSO DA SILVA¹¹ entendia, por exemplo, que a expressão “empresa estatal” significava estadual:

Alguna competência exclusiva a Constituição especificou para os Estados, como: (...) (b) a exploração diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei (art. 25, §2º)

(...)

a distribuição; esta é que os Estados poderão explorar diretamente ou mediante concessão a empresa estadual. (n/grifo)

Realmente, uma vez que a titularidade do serviço em comento recaía sobre o Estado, cabia-lhe prestá-lo pelos órgãos da Administração Direta ou criar especialmente uma entidade para tanto, personificada e com autonomia bastante para reger o serviço. É a descentralização por outorga ou institucional, na qual o Estado, por lei, cria uma Entidade (nova pessoa jurídica) e a ela transfere a titularidade de uma atividade administrativa, conforme já se teve a oportunidade de sustentar anteriormente.¹²

Sobre a específica hipótese do § 2º do art. 25, da CF, na redação vigente à época da sua edição, foi exposto que

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 521.

¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 62.

“a Constituição já reconheceu a concessão decorrente de lei (CF, arts. 21, XI, e 25, § 2º, hoje modificados). A concessão legal ou outorga (transferência do serviço a entidade estatal criada com autorização em lei, na forma do art. 37, inciso XIX, CF), também não exige licitação”.¹³

No entanto, esse entendimento nunca foi pacífico na doutrina. IVES GANDRA MARTINS¹⁴ afirmava que não se podia confundir estatal com estadual, na medida em que a Constituição almejava a exploração do gás natural canalizado pelo Poder Público, de forma genérica, pelo que a empresa estatal poderia pertencer a qualquer ente federado:

O dispositivo oferta, pois, aos Estados o direito de explorar com exclusividade, diretamente ou através de concessão a empresa estatal, os serviços locais de distribuição de gás canalizado.

A exclusividade diz respeito à sua exploração direta ou mediante concessão a empresa estatal, que pode não ser estadual. A exclusividade, por outro lado, concerne somente à distribuição, que entendo ampla, vale dizer, a própria distribuição ao consumidor doméstico final. (n/grifo)

Este raciocínio, também, é dotado de fundamentação jurídica sólida, na medida em que a Constituição Federal utilizava a expressão “concessão” para a delegação do serviço de distribuição de gás, pelo que não seria irrazoável sustentar que a empresa estatal não precisaria ser de titularidade estadual, pois, para tanto, bastaria a sua criação por lei, ou seja, a mera descentralização por outorga.

Poderia, portanto, o legislador constituinte ter utilizado a palavra “delegação” ao invés de “concessão”; se preferiu utilizar, é porque teria aquiescido com a alternativa do ser-

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 47.

¹⁴ MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3, tomo II, p. 93.

viço público ser explorado por entidade estatal integrante de entidade federativa distinta. A única alternativa descartada seria a exploração do serviço por particulares.

Bastante diversa é a situação do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93, tanto em sua redação original,¹⁵ como na redação atual,¹⁶ que sugerem que a empresa “integre” a Administração Pública e tenha sido criada para o fim específico de atendê-la.

Neste caso – cuja redação não se confunde com o texto original do art. 25, § 2º da CF (mais amplo) – tudo sugere que se esteja diante da aplicação do princípio da descentralização (dentro da mesma entidade federada).

Mas, mesmo assim, há que se reconhecer que este não é o único entendimento que se poderia extrair da norma, dado que o art. 6º, XI,¹⁷ traz uma definição **ampla** de Administração Pública, abrangendo todas as entidades federadas, tal qual se extrai do citado art. 25, § 2º, CF.

Logo, não se pode imputar como lesiva a adoção de interpretação diversa.

Sublinhe-se o importante argumento sustentado por CARLOS ARI SUNDFELD¹⁸ acerca do relacionamento especial que permeia os entes que integram a Administração Pública:

Quanto ao art. 175 e à exigência de licitação para delegação de serviço público a terceiros, o argumento, baseado em leitura meramente literal, era equivocado e provava demais. É que, segundo a letra do dispositivo,

¹⁵ Redação Original do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93 – “quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipóteses em que ficarão sujeitas à licitação.”

¹⁶ Redação atual do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93 – “para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.”

¹⁷ Art. 6, XI, da Lei nº 8.666/93: *Administração Pública*: A administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele constituídas ou mantidas.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estatal. *ILC*, Curitiba: Zênite, v. 10, n. 109, p. 216-220, mar. 2003.

a licitação seria a única alternativa à **prestação direta** do serviço pelo próprio **Poder Público**.

Ora, a levar a literalidade a extremos, seria impossível a delegação até mesmo a empresa estatal do próprio ente titular do serviço. Deveras, a empresa estatal nem integra a Administração Direta (logo, não poderia estar executando o serviço estatal **diretamente**) nem se confunde com o Poder Público (pois nem exerce poder, nem é pública).

Caso, em leitura mais razoável, se entenda que a expressão “Poder Público” tem no art. 175 um sentido mais genérico, correspondendo a Estado ou Administração (incluídos quaisquer entes administrativos), o argumento cairá automaticamente por terra. Afinal, a empresa estadual também integra o Poder Público; logo, se executar serviço público municipal por delegação, também haverá aí uma espécie da execução direta a que se refere o art. 175.

Perceba-se que o art. 175 **não diz** que a licitação é a única alternativa à execução feita diretamente pelo Poder Público **que seja o titular do serviço**. Destarte, desde que o serviço esteja a cargo de entidade estatal – independentemente de sua natureza jurídica ou vinculação – não se cogitará de licitação.

Apesar de o Estado brasileiro, para efeito de divisão interna de competências, dividir-se em inúmeras pessoas estatais (institucionais e empresariais; públicas e privadas; federais, estaduais e municipais...) dotadas de autonomia jurídica, isso não significa que as relações entre umas e outras sejam regidas pelas normas de direito comum, as mesmas que disciplinam a iniciativa privada. As relações entre entidades estatais são especiais, na mesma medida que o Estado é especial, por ser especial o interesse de que cuida. Isso inclui as empresas estatais.

Elas são personificações do próprio Estado, desdobramento de sua estrutura; são, em definitivo, **organiza-**

ções estatais. *Nelas, concorrem duas importantes notas: por uma parte, realizam ação governamental; por outra, integram a estrutura orgânica do Estado.*

Nem toda ação governamental é desenvolvida por organizações estatais, pois entes não governamentais – como empresas particulares concessionárias de serviço público – também podem assumi-la, sempre por delegação do Estado. Mas todas as organizações estatais desenvolvem ação governamental: desde autarquias que prestam serviços públicos a autarquias com funções de órgão regulador; de uma empresa delegada de serviço público titularizado pelo Estado que a criou até a empresa estadual concessionária de serviço federal; incluídas, nesse rol, também as sociedades mistas e empresas públicas ditas de “intervenção no domínio econômico” (CF, art. 173, caput e § 1º).

(...)

Para dizê-lo sinteticamente: qualquer ente governamental, seja de que esfera for, pode prestar serviços públicos. O fato de existir uma discriminação constitucional de competências para esses serviços apenas exige a concordância da pessoa estatal competente. Trata-se de arranjo de competências interno ao Estado ao qual não se pode opor a iniciativa privada.

Assim, comportando a matéria mais de uma interpretação jurídica razoável, nenhuma incoerência poderia ser imputada aos hermeneutas que propiciaram a celebração do contrato de concessão mediante contratação direta com empresa sob controle acionário estatal, ao tempo em que a Constituição ainda o exigia.

3 Interpretação e segurança jurídica

O papel do intérprete na aplicação das normas não é de alguém distante da realidade; as regras não podem ser in-

terpretadas friamente sem a percepção das peculiaridades de cada situação.

Ademais, o Direito não é uma ciência exata; ao contrário, da mesma letra pode ser extraída mais de uma vontade razoável, direcionando caminhos distintos e seguros; não há unicidade de método de interpretação, mas pluralidade de métodos; em grande parte dos casos, notadamente os mais complexos, não há um único significado juridicamente possível, mas vários ou ao menos alguns.

Assim, não se pode entender que há má-fé ou erro grosseiro na linha hermenêutica que autoriza a contratação direta de concessão quando uma das possíveis interpretações razoáveis a se extrair das mencionadas normas constitucionais se desenvolve com base em doutrina respeitada.

O que pode se revelar despropositado é inquirar o contrato de ilegal por se discordar da interpretação atual distinta da que foi acolhida na época da sua celebração. Negar, portanto, a continuidade do contrato depois da situação jurídica já estar consolidada é atentar contra o megaprincípio da segurança jurídica, que agasalha um dos maiores, se não o maior, valor buscado pelo direito positivo.

Note-se que tanto nos processos administrativos¹⁹ como nos processos judiciais²⁰ o princípio da segurança jurídica vem sendo reconhecido como um valor fundamental a ser ponderado, evitando-se a desconstituição de situações jurídicas estabilizadas.

¹⁹ A Lei n.º 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, consagra o princípio da segurança jurídica no art. 2º, *caput* e no seu inciso XIII. Confira-se: "Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

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

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação."

²⁰ A Lei n.º 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, estabelece no seu art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

A idéia de parceria é calcada, especialmente, na confiança mútua que deve reinar entre os parceiros e na segurança acerca da estabilidade das interpretações.

4 O contrato como ato jurídico perfeito

Nem se diga que a situação jurídica se alterou por força das emendas constitucionais de 1995, que eliminaram a referência à empresa estatal.

Duas mudanças podem ser vislumbradas a partir da nova alteração: a primeira, já mencionada, retirou a limitação das concessões apenas à empresa estatal, flexibilizando, portanto, o monopólio do Poder Público, na medida em que a leitura sem restrição sinaliza para a possibilidade de delegação dos serviços para os particulares. E em segundo lugar, veda a disciplina do serviço por medida provisória.

Uma vez tendo sido formalizado o ato jurídico em consonância com a legislação vigente à época, seus efeitos ficam absolutamente protegidos de qualquer alteração normativa posterior.

Os efeitos da relação pactuada restam consolidados, de modo que a modificação constitucional não pode alterar uma situação jurídica estabilizada. É o que a própria Constituição Federal denomina de **ato jurídico perfeito**, alcançando especial proteção jurídica. Cabe transcrever o dispositivo constitucional consagrador do princípio:

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

*XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o **ato jurídico perfeito** e a coisa julgada; (...)* (n/grifo)

JOSÉ AFONSO DA SILVA²¹ leciona:

A lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 1º, reputa ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Essa definição dá a idéia de que ato jurídico perfeito é aquela situação consumada ou direito consumado, referido acima, como direito definitivamente exercido. Não é disso, porém, que se trata. Esse direito consumado é também inatingível pela lei nova, não por ser direito mais que adquirido, direito esgotado. Se o simples direito adquirido (isto é, o direito que já integrou o patrimônio mas não foi ainda exercido) é protegido contra a interferência da lei nova, mais ainda o é o direito adquirido já consumado.

MARCELO CAETANO²² expõe, com a clareza de sempre, os motivos balizadores do princípio da irretroatividade das leis:

*(...) há uma **razão jurídica** e uma **razão social** a impedir a retroactividade: a razão jurídica é a de **não ser justo desrespeitar as conseqüências regulares de uma conduta que se passou de acordo com as normas vigentes à data em que decorreu** – e portanto em obediência aos únicos imperativos então conhecidos e obrigatórios; a razão social está **na necessidade de segurança das relações travadas de acordo com a lei vigente**, pois se os cidadãos não podem confiar em que o Poder respeite as situações adquiridas e os actos perfeitos no domínio de uma lei, **a falta de estabilidade da Ordem jurídica abalará a própria Ordem social.** (n/ grifo)*

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO,²³ valendo-se dos ensinamentos de LASSALE, determina a im-

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 438.

²² CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I, p. 135.

²³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 311.

portância da irretroatividade das leis para o ato jurídico perfeito:

A retroatividade envolve violação à liberdade e responsabilidade do homem, e, portanto, não deve retroagir nenhuma lei concernente aos indivíduos relativa aos atos de sua vontade, e, ao contrário, as outras podem retroagir. Portanto, o direito adquirido se liga a um ato de vontade de quem invoca a sua lesão.
(n/grifo)

O ato jurídico perfeito a que se está a referir é o próprio contrato que visa a exploração dos serviços, cujos dispositivos contratuais restam consolidados e, portanto, absolutamente protegidos de qualquer alteração legislativa.

LUÍS ROBERTO BARROSO²⁴ analisa o princípio do ato jurídico perfeito aplicável aos contratos:

Em suma: as relações contratuais regem-se, durante toda a sua existência, pela lei vigente quando de sua constituição. Isto é: a lei nova não pode afetar um contrato já firmado, nem no que diz respeito a sua constituição válida, nem a sua eficácia. Os efeitos provenientes do contrato, independentemente de se produzirem antes ou depois da entrada em vigor do direito novo, são também objeto de salvaguarda, na medida em que não podem ser dissociados de sua causa jurídica, o próprio contrato.

E nem se diga que a Emenda à Constituição Federal poderia invadir os limites do contrato anteriormente firmado, de modo a fazer letra morta das relações contratuais estabelecidas pelas partes e as decisões empresariais e

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 157.

investimentos realizados na região – e não em outros negócios – por força da norma ali pactuada.

Em primeiro lugar, o poder constituinte derivado não tem tal penetração, na medida em que encontra validade no poder constituinte originário que o disciplina e impõe regras específicas de autorização em casos definidos, de modo que não está livre para alterar todo e qualquer regime antes estabelecido, assim também como as situações subjetivas determinadas pelas partes, tal como os contratos.

Segundo, é de se ressaltar o princípio fundamental que impõe como regra vigente a irretroatividade das leis, pelo que, se a intenção da Constituição fosse operar seus efeitos alcançando direitos já consolidados, deveria estabelecer a retroatividade expressamente, vez que esta jamais poderia ser presumida.

Mais uma vez, LUÍS ROBERTO BARROSO²⁵ aclara porque o princípio da não-retroatividade é sempre aplicável ao poder constituinte derivado:

*É bem de ver que a regra do art. 5º, XXXVI dirige-se, primeiramente, ao legislador, e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. **Seu alcance atinge, também, o constituinte derivado**, haja vista que a não retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual, que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV. Disso resulta que as emendas à Constituição Federal, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

O princípio da não-retroação, todavia, não condiciona o exercício do poder constituinte originário. A Constituição é ato inaugural do Estado, primeira expressão do direito na ordem cronológica, pelo que não deve reverência à ordem jurídica anterior, que não lhe pode impor regras ou limites.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 52.

CAIO TÁCITO²⁶ também expõe que:

Variando, agora, na exegese das mesmas leis, para preferir novos critérios e fórmulas, não pode a União, sem desrespeito flagrante à garantia constitucional, retroceder no tempo, para, interpretando nova lei ou regulamento, pretender o desfazimento de atos jurídicos perfeitos e acabados, ou a extinção de direitos adquiridos, que se executaram ou se constituíram, segundo a norma jurídica anterior.

Constata-se, portanto, que se realizou, à época, um ato jurídico perfeito, na medida em que ostentava todos os elementos formais e materiais exigidos, motivo pelo qual é forçoso concluir que o contrato de concessão então celebrado **entrou validamente no mundo jurídico, não cabendo qualquer dúvida a respeito de sua eficácia ou operatividade**, diante da superveniência de Emenda Constitucional.

5 A inaplicabilidade dos artigos 43 e 45 da Lei nº 8.987/95

Seguindo o preceito constitucional (art. 175, CF) que determina a regra da licitação para a celebração de contratos de concessão de serviços públicos, o legislador federal ordinário editou a Lei nº 8.987/95, determinando no art. 43:

Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.

²⁶ TÁCITO, Caio. Concessão de Portos – Correção Monetária – Ativo Imobilizado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 91, p. 420, jan-mar. 1968.

O objetivo da norma não foi o de repetir o preceito constitucional. Esta interpretação amesquinharia o verdadeiro sentido do dispositivo legal.

Explica-se: o legislador partiu da premissa que o procedimento licitatório é requisito indispensável para as concessões de serviço público, pelo que, só pode ser afastado nos casos de inexigibilidade ou dispensa ou ainda quando a própria Constituição ressalvar, hipótese da redação original dos dispositivos que exigiam contratação com empresa estatal, ainda em vigor na época da promulgação da Lei nº 8.987/95.²⁷

Mas admite que, eventualmente, tenha sido celebrado algum contrato de concessão de serviço público, posterior à edição da Constituição Federal de 1988, sem que as hipóteses válidas de contratação direta não tenham sido observadas. A este caso específico é que se dirige a regra do art. 43, i.e., às hipóteses em que contratação direta se afiguraria incabível, e, ainda assim, o Administrador concedeu o serviço público sem instaurar licitação (a serem declaradas nulas na forma da Lei de Ação Popular já citada). Não é o caso das contratações diretas, por determinação da redação original da Constituição.

Aquelas concessões que foram formalizadas com a verificação dos atributos da contratação direta ficam afastadas dos efeitos do dispositivo legal, por não aplicável. Nesta mesma linha expõe LUIZ ALBERTO BLANCHET.²⁸

Conforme afirmamos ao analisar o art. 42, as concessões outorgadas mediante licitação, ou sem esta por motivo de dispensa entre a promulgação da Constituição de 1988 e a publicação da Lei ora em estudo, continuarão válidas até que se expirem seus prazos de vigência.

²⁷ A lei é de janeiro de 1995 e a emenda constitucional é de agosto de 1995.

²⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 166-170.

Também reconhecendo a prevalência dos contratos de concessão de serviço público realizados por contratação direta devidamente justificada, têm-se as lições de BENE-DICTO DE TOLOSA FILHO:²⁹

As concessões ou permissões que foram outorgadas sem licitação em virtude de dispensa ou inexigibilidade legalmente prevista no momento da outorga (MP nº 890/95, art. 18) não terão a regra do art. 43 desta Lei aplicada, isto é, não serão extintas imediatamente, mas no final do contrato.

Conclui-se, portanto, que as concessões de serviços públicos quando não precedidas de certame, mas com suporte para a contratação direta, permanecem válidas e vigentes até o prazo estabelecido no contrato, eis que inaplicável o disposto no art. 43 da Lei nº 8.987/95.

Assim sendo, subsume-se incabível, do mesmo modo, o ditame do art. 45 da Lei nº 8.987/95. Com efeito, como não se trata de aplicação do art. 43, fica automaticamente afastado o art. 45, na forma estabelecida pelo mencionado dispositivo legal:

Art. 45. Nas hipóteses de que tratam os art. 43 e 44 desta Lei, o poder concedente indenizará as obras e serviços realizados somente no caso e com os recursos da nova licitação.

Parágrafo único. A licitação de que trata o caput deste artigo deverá, obrigatoriamente, levar em conta, para fins de avaliação, o estágio das obras paralisadas ou atrasadas, de modo a permitir a utilização do critério de julgamento estabelecido no inciso III do art. 15 desta Lei.

Note-se que, pela regra acima disposta, se o concessionário realizou obras e serviços para atender determina-

²⁹ TOLOSA FILHO, Benedicto. *Lei das concessões e permissões de serviços públicos*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 127, 129.

do serviço público, deverá ser indenizado por este dispêndio, com os recursos advindos da próxima concessão. Ou seja, o instrumento convocatório da licitação deverá prever como custo do futuro concessionário o dispêndio realizado com obras e serviços pelo antigo concessionário pelos investimentos realizados, como leciona TOSHIO MUKAI:³⁰

A Lei diz que tais indenizações serão efetuadas com recursos da nova licitação. A redação é péssima. A nova licitação, por si só, não gerará recurso nenhum. Somente o contratado vencedor é que, com a execução da concessão, irá gerar recursos. Nessa hipótese, e somente então, o novo concessionário irá pagar (indenizar) as obras feitas pelo antecessor naquelas condições.

Fica claro, na linha do que foi exposto anteriormente, que mesmo nos casos de vício na concessão, há o dever do concessionário ser indenizado, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Concedente.

Como a contratação direta por determinação constitucional não é hipótese de nulidade do contrato, eventual mudança de interpretação que acarrete a extinção do contrato deve levar em conta, por analogia, a mesma sistemática conferida à encampação, que depende de lei autorizativa e de indenização prévia, a teor do disposto no art. 37 da Lei nº 8.987/95; afinal, o terceiro de boa-fé que contratou com o Poder Concedente, calcado em uma interpretação jurídica consistente, não pode ser prejudicado se nenhuma ilegalidade lhe pode ser imputada.

O mesmo ocorreria se o Poder Público assumisse a atividade, hipótese típica de extinção do contrato de concessão por encampação.

³⁰ MUKAI, Toshio. *Concessões e permissões de serviços*: comentários à Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, e à Medida Provisória nº 1.017/95, das concessões do setor elétrico. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 76-77.

O que se quer é indenização pelo novo prestador de serviço, que receberá os investimentos já realizados e não amortizados, vedando-se o enriquecimento sem causa.

Até que **novo** concessionário ou o Poder Público assumam, se não houver ato de intervenção, tem o **atual** concessionário o direito de prosseguir na execução do contrato enquanto não for indenizado, o que se coaduna com o princípio da continuidade do serviço público.

6 Da economicidade da interpretação adotada

A interpretação contrária à adotada implicaria em despesas públicas que retirariam recursos públicos de outros segmentos onde o Poder Público não pode obter o aporte de capitais privados pela ausência de lucratividade na sua exploração, tais como segurança, educação e saúde, segmentos estes que, até a edição da Lei nº 11.079, de 30.12.2004, não poderiam ser explorados em parceria com o setor privado.

Isto porque se a própria Administração explorasse o serviço ou criasse uma sociedade de economia mista, a ele caberia a totalidade ou, no mínimo, a maioria dos investimentos necessários à montagem da infra-estrutura e do custeio operacional do serviço. Isso sem falar, no caso de gás canalizado, na distribuição do serviço ao longo dos dutos de transporte, evitando os custos de transporte até a central de distribuição para depois se fazer a entrega ao destinatário final da cadeia de consumo.

A opção adotada buscou o atendimento do interesse público sem o dispêndio de capitais públicos, com a agilidade de já haver *know how* e estruturas vinculadas ao monopólio então existente.

Lesivo, pois, à época, seria subtrair recursos públicos da área social para um setor produtivo em que a própria Constituição já oferecia uma alternativa.

7 O conceito de serviço adequado

A Lei nº 8.987/95 acolhe doutrina de longa data sustentada pelos administrativistas e define no § 1º, do art. 6º o que seja serviço adequado:

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Se na norma em abstrato o conceito é vago e indeterminado, cabe a sua concretização em cada contrato, observando-se as peculiaridades da natureza do próprio serviço e com a harmonização de todos os princípios arrolados no conceito.

O fato é que é direito do usuário receber um serviço adequado (art. 7º, I, da Lei nº 8.987/95), sendo um encargo do concessionário prestá-lo na forma da lei, das normas técnicas aplicáveis e do regramento contido no próprio contrato de concessão (art. 31, I, da Lei nº 8.987/95).

No entanto, o concessionário, ainda que colaborador e parceiro do Poder Público, celebra o contrato com a legítima motivação de obtenção de lucro, o que decorre do princípio constitucional da livre iniciativa, consubstanciado no art. 1º, IV, da CF e da própria previsão dos serviços públicos no Título da Ordem Econômica da Constituição.

Daí caber ao Poder Concedente formatar o conceito de serviço adequado para, de um lado, permitir o atendimento de todos os princípios arrolados no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, mas, de outro, garantir ao concessionário o lucro justo a que faz jus. É a noção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O dever de generalidade existe e é devido nos termos do contrato definido pelo concedente; nas margens de liberdade da concessionária, é legítima a escolha de iniciar pelos setores de maior lucratividade, que proporcionarão

os recursos que subsidiarão os setores não lucrativos e deficitários.

Não há qualquer ilegalidade ou ilegitimidade em priorizar clientes que proporcionem a remuneração para investimento em outras obrigações decorrentes da própria concessão, o que viabiliza a instalação e a ampliação de negócios no território do concedente. Isso gera empregos, tributos e a circulação da riqueza propiciadora do desenvolvimento econômico previsto no art. 3º, CF.

Trata-se de decisão de política administrativa do concedente e empresarial do concessionário, amparadas, respectivamente, pelos princípios fundamentais da separação de Poderes (CF, art. 2º) e da livre iniciativa (CF, art.1º, IV).

8 Conclusões

O conceito de empresa estatal permitia entendimentos doutrinários, à época, sustentando que o dispositivo constitucional não exigia que ela pertencesse ao Ente descentralizador, pelo que, havia fundamento jurídico suficiente para se reputar válida a contratação direta de concessão de serviço com empresa sob controle do Poder Público.

O artigo 175 da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade de licitação para as concessões de serviço público, não deve ser encarado como uma diretriz absoluta que deve ser seguida em qualquer hipótese, de modo que se houver caso de inexigibilidade ou dispensa de licitação a regra geral da licitação pode ser afastada; no caso, havia permissivo constitucional que autorizava a contratação direta com empresa sob controle acionário estatal, criando uma inexigibilidade de licitação.

É sustentável o entendimento de que o mencionado contrato poderia ser considerado um ato jurídico perfeito, já que constituído sob a égide da disposição constitucional anterior às emendas de 1995, que não estabelecia prévio

procedimento licitatório e que, portanto, a anulação do contrato ofenderia diretamente o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal. O contrato entrou validamente no mundo jurídico, sendo, pois, um ato jurídico perfeito. Não pode alteração normativa posterior atingi-lo, uma vez que formado com os necessários atributos de validade. Por esse motivo, a alteração da redação por Emenda Constitucional não pode ser considerada obstáculo para a sua validade, sob pena de violação frontal ao art. 5º XXXVI da Constituição Federal, na medida em que o constituinte derivado não pode alterar atos pretéritos que se configuram em direitos individuais e, portanto, alcançados pelas limitações materiais contidas no art. 60, §4º, da CF. Por óbvio, a Emenda só entra em vigor da data da publicação em diante, não podendo ser nulo o que aconteceu antes de sua vigência. Quando muito, poder-se-ia interpretar que não houve recepção, o que acarretaria na encampação. Dessa nova interpretação que venha a ser dada deverão surgir os deveres jurídicos decorrentes da encampação, a saber, necessidade de lei autorizativa e de prévia indenização.

Só poderá ser reputada ilegal, com violação à Lei de Ação Popular e à de Concessões de Serviços Públicos, a contratação que não tenha sido realizada com prévia licitação, mas que não comportava situações de dispensa ou inexigibilidade. A hipótese ora em análise comportava interpretação da possibilidade de contratação direta com empresa estatal integrante de outra entidade federativa, pelo que não se subsume às hipóteses dos dispositivos legais acima mencionados. Frise-se que havia vedação da licitação, sendo inviável a sua realização por expressa determinação constitucional, não podendo a lei ordinária desautorizar os efeitos decorrentes da aplicação da Constituição.

Assim como o art. 175, CF, o artigo 43 da Lei nº 8.987/95 deve ser aplicado sempre que a hipótese não permitir a dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que não ocorre

com relação ao contrato sob exame. Só é nulo o contrato que decorrer de burla ao princípio da competitividade (fruto dos princípios da isonomia e da economicidade).

O art. 45 da Lei nº 8.987/95 é inaplicável, eis que diretamente relacionado à hipótese do art. 43. No entanto, prevê o direito de indenização do concessionário mesmo nos casos de anulação. Como no caso em tela inexistente nulidade, mas sim a possibilidade de mais de uma interpretação jurídica razoável, caso haja mudança de entendimento que venha a alterar a situação do contrato, deve ser aplicada por analogia, a mesma sistemática da encampação, com a necessidade de lei autorizativa para pôr fim à relação contratual e ao direito do concessionário à prévia indenização. Caso o Poder Público assumira diretamente o serviço, a hipótese será de típica encampação. Em todo caso, o que se quer é que a indenização seja paga pelo novo prestador, no ato da assunção do serviço. Até lá, o concessionário não pode ser usurpado em seu patrimônio, posto que, mesmo numa desapropriação, a indenização é prévia.

O contrato é uma parceria que prevê como direito do contratado a preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre custos e obrigações. Portanto, o concedente deve modelar o contrato (Princípio da Separação de Poderes), de modo a conciliar o atendimento do interesse público com a justa remuneração, sob pena de ter que subsidiar ou compensar o concessionário pela quebra da equação econômico-financeira.

Naquilo que o contrato deixar a critério do concessionário, poderá este, cumpridas as obrigações ajustadas, definir, com base na livre iniciativa, o seu plano de investimentos, de modo a obter os recursos necessários à perfeita execução do contrato e à obtenção de suas expectativas de lucratividade.

É certo que, em matéria de serviços públicos, o princípio da livre iniciativa fica mitigado; afinal, não há que se

falar em liberdade de ingresso, permanência e saída do “mercado”, nem em liberdade de prática de “preços” (posto que, aqui, há “tarifa”) ou de “livre concorrência” (tema para o qual são previstas a licitação e a regulação da competição). Mas há uma margem de decisões empresariais decorrentes de tal princípio que, se não definidas no contrato de concessão, ficam a critério do concessionário.

1.3

AS PROVAS NO PROCESSO AMBIENTAL

LEONARDO GRECO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Meio ambiente e indisponibilidade. 3 A verdade como garantia. 4 A prova como componente do direito de defesa. 5 Causalidade. 6 Ônus da prova. 7 A prova e o princípio da precaução. 8 Presunções. 9 *In dubio pro ambiente*. 10 Prova pericial. 11 Máximas da experiência. 12 Livre convencimento. 13 Conclusão.

1 Introdução

A proteção do meio ambiente emergiu timidamente no Brasil na década de 70, após uma participação obscura do País na Conferência de Estocolmo de 1972, com a criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente no então Ministério do Interior, embrião do futuro Ministério do Meio Ambiente. O descaso e a impotência da Administração Pública brasileira, nos três níveis de Poder – federal, estadual e municipal – e o agravamento alarmante da degradação ambiental, determinaram naquela época o surgimento de inúmeras organizações não governamentais dedicadas à tutela ambiental e submeteram o Brasil a incômodas pressões internacionais.

A reação do Estado brasileiro a essas novas exigências somente se delineou na década de 80, com a criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente, através da Lei 6938/81, a judicialização das questões ambientais, através da criação da chamada ação civil pública para a tutela do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, e a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 225, definiu o meio ambiente como um “bem de uso

* Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Gama Filho e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos.

comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Na década de 90, o Código de Defesa do Consumidor complementou e aperfeiçoou as disposições relativas à tutela judicial dos diversos interesses metaindividuais, neles incluído o meio ambiente, tendo este ganho grande impulso especialmente após a Conferência das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro, que enfatizou o dever de todos os Estados de propiciar acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive para a compensação e a reparação de danos ambientais.¹

Desde então, o processo das causas ambientais passou a ser objeto de abundante literatura, claramente direcionada a assegurar a mais ampla eficácia da tutela jurisdicional desse direito fundamental.²

Essa adequação do processo judicial às exigências de um determinado tipo de direito subjetivo material passou a ser exaltada pelos próprios processualistas descompromissados, como uma imposição da sua efetividade, constitucionalmente proclamada (art. 5º, inciso XXXV).³

A questão adquire particular gravidade, quando se observa que boa parte da doutrina especializada parece sobrepôr, em matéria de fatos e de provas, a tutela da posição subjetiva da parte que alega postular em benefício do meio ambiente à de qualquer outro litigante, como se a preeminência desse bem jurídico impusesse um método de busca da verdade e de acertamento dos fatos privilegiado,

¹ *Declaração do Rio de Janeiro*, Princípio 10, in SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 65.

² V., entre outros, LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.; MILARÉ, Édís, *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.; RODRIGUES Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.; ANTUNES Paulo Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

em relação ao de que é titular qualquer outro postulante, com o sacrifício da noção moderna de *processo justo* à de um *direito processual a serviço do autor*, o que não só compromete a isonomia, mas também a própria neutralidade e impessoalidade da jurisdição.

2 Meio ambiente e indisponibilidade

Marcelo Abelha Rodrigues aduz em estudo sobre o tema que as enfáticas expressões utilizadas no artigo 225 da Constituição evidenciam que o bem tutelado pelo meio ambiente “é indisponível, inalienável, impenhorável, indivisível, do povo, não exclusivo, absolutamente sensível a danos e irreversivelmente reconstruível”, bem sem equivalente em pecúnia que não admite disposição de qualquer natureza,⁴ o que impõe ao juiz uma atividade probatória “inquisitorial”.

Todavia, me parece que esse entendimento ignora a complexidade dos elementos que compõem o meio ambiente.

Com efeito, tomemos uma noção singela de meio ambiente, apresentada por José Afonso da Silva:⁵

“O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

A aceitar-se a indisponibilidade da interação dos diversos elementos que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida, ou seja, do conjunto de elementos aptos a produzirem o resultado almejado, isto não implica em aceitar a indisponibilidade de cada um desses elementos, mesmo

⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 172-173.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 20.

porque eles podem interagir de formas diversas e encontrar diversos equilíbrios nessa interação. Assim, no meio ambiente há, sem dúvida, alguns elementos necessários e indisponíveis, como a preservação da vida e da saúde humanas, mas há outros que podem compor-se em equilíbrio inteiramente contingente. Assim, numa ação inibitória contra uma municipalidade para impedi-la de destruir um jardim para construir uma rodovia, pode ser absolutamente polêmico saber qual das duas posições subjetivas processuais (a do autor ou a do Município) é mais favorável ao desenvolvimento equilibrado da vida. Provavelmente ambas atingem esse equilíbrio, embora com a preponderância de fatores diversos. São em verdade interesses polêmicos, que podem compor-se de diversas maneiras, muito distantes daqueles interesses gerais de toda a coletividade.

Por outro lado, no Processo Civil, em geral, e diferentemente do que ocorre no Processo Penal, somente um dos interesses em conflito se apresenta como indisponível.

Vê-se, pois, que hipotéticos poderes inquisitórios do juiz devem ficar reservados ao controle da indisponibilidade de certos interesses que eventualmente se apresentem no processo ambiental, sendo absolutamente impossível estabelecer *a priori* se tais interesses são os que o autor ou o réu defendem e se eles efetivamente existem nesse tipo de causa.

No campo do chamado meio ambiente cultural, com mais evidência, a escolha há de fundar-se em critérios de bem-estar, juízos políticos inteiramente alheios a qualquer tipo de decisão jurídica.

De qualquer modo, disponível ou indisponível um dos interesses em jogo, isso não pode servir de fundamento para cercear a ampla defesa de qualquer das partes, seja quanto ao direito à alegação de fatos, seja quanto ao direito de prová-los.

Assim, me parece que somente à luz de cada caso concreto é possível identificar se está em jogo algum interesse

indisponível, que imponha ao réu algum tipo de comportamento ou ônus, como os efeitos substanciais da revelia ou a presunção de veracidade dos fatos não impugnados, por exemplo.

3 A verdade como garantia

Conforme já tive oportunidade de expor em estudos anteriores,⁶ toda a controvérsia sobre o caráter persuasivo ou demonstrativo da prova, sustentada pela dialética e pela retórica, perdeu sentido a partir dos novos paradigmas do Estado de Direito Contemporâneo, que promete ser o guardião da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos, através da tutela jurisdicional efetiva desses direitos.

Com efeito, de nenhuma valia seriam tais promessas, se a reconstrução dos fatos no processo não oferecesse às partes efetiva possibilidade de que essa reconstrução tivesse a maior proximidade possível em relação à realidade da vida, pois, se o direito resulta dos fatos, de nada adianta o Estado assegurar a eficácia concreta do direito, se não propiciar a demonstração dos fatos, dos quais aquele decorre. Sem o acerto da verdade, o processo não atinge os seus fins.⁷

A idéia de Justiça sempre esteve ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na atuação da lei à realidade dos fatos.⁸

Peter Häberle e Michele Taruffo, respectivamente na Alemanha e na Itália, relevam o valor humanitário da verdade, porque dela depende a eficácia da liberdade, da justiça e do bem comum.⁹

⁶ "A prova no Processo Civil, do Código de 1973 até o novo Código Civil". *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 15, p. 76-94, jun. 2004. ; "O conceito de prova". *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, n. 4/5, p. 213-260, 2003/2004.

⁷ RICCI, Gian Franco. "Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, v. 54, p. 1137-1141, 2000.

⁸ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 53.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Diritto e verità*. Torino: Einaudi, 1995. p. 105; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 47-48.

Da importância da apuração da verdade no processo resulta a própria compreensão da decisão judicial como uma decisão justa, porque, conforme Michele Taruffo, a correta aplicação da norma de direito ao caso concreto somente ocorre se a norma é adequada à solução do caso, se ela é interpretada corretamente e se os fatos aos quais é aplicada são reconhecidos de modo verdadeiro,¹⁰ pois o acerto da verdade dos fatos é um dos escopos fundamentais do processo.¹¹

Jeremias Bentham observava que a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida.¹² Assim, a prova deve ser o meio lógico através do qual o processo deve estar apto a reconstruir racionalmente a verdade e a submeter essa racionalidade ao controle dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e dos demais cidadãos.¹³

4 A prova como componente do direito de defesa

Se a verdade tem relevante função garantística, a prova, como meio de acesso à verdade, não pode ser mais vista como o domínio soberano e impenetrável do juiz. Para que as partes possam travar um contraditório eficaz, é preciso que a elas seja assegurado o direito de produzir todas as provas necessárias à demonstração da procedência das suas alegações e que, quando as partes se encontrarem em situação de dificuldade no acesso a elas, o juiz, tanto nas causas que versam sobre direitos indisponíveis como disponíveis, utilize as faculdades que o Código de Processo Civil lhe confere no artigo 130 para assegurar por esse

¹⁰ TARUFFO, Michele. "Considerazioni su prova e verità". In: *Sui confini*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 280.

¹¹ TARUFFO, Michele. "Note per una riforma del diritto delle prove". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, v. 41, p. 248, 1986.

¹² BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada: Comares, 2001. p. 15.

¹³ VERDE, Giovanni. "Prova in generale: teoria generale e diritto processuale civile". In: *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, v. 37, 1988. p. 580.

meio o acesso ao Direito e à Justiça. Nas causas sobre direitos disponíveis essa iniciativa probatória oficial deve ser exercida em caráter subsidiário. Já nas que têm por objeto direitos indisponíveis, não pode o juiz contentar-se com a iniciativa probatória das partes, justamente para evitar que a desídia ou inércia da parte a conduza à perda de direito do qual não poderia dispor.

5 Causalidade

Muitos autores de Direito Ambiental sustentam que, em face da dificuldade em que se encontra a vítima de produzir prova cabal do nexó de causalidade entre a atividade exercida pelo réu e os danos causados ao ambiente, a responsabilidade seja acolhida com base em uma “causalidade atenuada”, ou seja, uma razoável probabilidade dessa causalidade.¹⁴

A responsabilidade civil por danos tem por fundamento o nexó de causalidade, conforme se conclui, sem maior esforço, entre nós, do disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002.

Causalidade não é um conceito exclusivamente jurídico, mas filosófico, estudado para todas as áreas do saber pela epistemologia, como parte da filosofia que se dedica a analisar os limites do conhecimento humano e os seus critérios de validade.

Há causalidade toda vez em que a um fato anterior segue-se necessariamente um outro posterior. Quando se tem uma lei universal, pode-se concluir que todos os fatos que apresentam determinadas características tiveram

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 315; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. “A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso”. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 22; RODRIGUES, Marcelo Abelha. “Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais”. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 177 e 184-185.

como origem uma causa certa, invariável e indiscutível. No mundo das ciências naturais, muitas vezes não se conhecem as leis universais que regem determinados fenômenos, mas apenas a freqüência com que dois fatos paralelos ocorrem sucessivamente. Aqui entram em jogo investigações epistemológicas de base estatística. Carl Hempel leciona que as explicações estatísticas podem ser consideradas adequadas se a probabilidade de que um fato posterior ocorra quando se constata um fato anterior é próxima a 100% dos casos, em uma longa série de casos analisados. Se esse elevadíssimo índice não se verifica, então deve considerar-se muito provável que a hipótese seja falsa no caso concreto e os dados estatísticos, mesmo revestidos de acentuada freqüência, contam como dados que repudiam a hipótese.¹⁵

Com freqüência se encontram opiniões e decisões que, fazendo uso de estudos epidemiológicos ou de máximas de experiência retiradas do senso comum, extraem conclusões positivas sobre o nexo de causalidade entre fatos anteriores e posteriores, sem qualquer fundamento científico. No Processo Civil isso ocorre com mais freqüência do que no Processo Penal, porque, enquanto neste, por mais elevada que seja a probabilidade de incriminação do réu, se subsistir alguma dúvida razoável deve ele ser absolvido, naquele, como regra, o juiz não pode pronunciar um *non liquet*, devendo pender pela maior ou menor probabilidade de que a hipótese formulada pelo autor seja procedente para acolher ou rejeitar o seu pedido.¹⁶

São absolutamente insustentáveis, do ponto de vista científico, essas opiniões e decisões, porque os estudos epidemiológicos e as máximas da experiência comum nada

¹⁵ HEMPEL, Carl. *Philosophy of Natural Science*. New Jersey: Prentice Hall, 1966. p. 59-69.

¹⁶ São exceções a essa regra no Processo Civil: as ações coletivas, em que o juiz pode julgar o pedido improcedente por insuficiência de provas, não produzindo a sentença coisa julgada, nos termos do artigo 18 da Lei 4.717/65, do artigo 16 da Lei 7.347/85 e do artigo 103 da Lei 8.078/90; e as ações que versam sobre direitos indisponíveis em que, em desfavor desses direitos, deve aplicar-se o mesmo princípio do processo penal (*beyond any reasonable doubt*).

provam a respeito do caso concreto. Os exemplos são abundantes, especialmente nos diagnósticos médicos.

Um importante filósofo da ciência italiano, Evandro Agazzi, Professor da Universidade de Gênova e Presidente da Academia Internacional de Filosofia das Ciências de Bruxelas, cita um exemplo relativo ao consumo de cigarros: mesmo que haja uma elevada probabilidade estatística de que o fumo possa produzir câncer do pulmão, conhecem-se fumantes que jamais contraíram essa doença, como se conhecem pessoas que jamais fumaram e que foram por ela atingidas¹⁷.

Essas probabilidades associadas a verificações estatísticas são irrelevantes para a explicação causal dos fatos. Podem ser usadas como linhas investigatórias, mas não estabelecem a verdade do que realmente se passou, porque não oferecem qualquer prova de que o fato subsequente tenha sido determinado pelo fato antecedente. Isso é o que se poderia chamar de *falácia da falsa causa*, pois, na verdade, o reconhecimento da relação de causalidade nesse caso terá sido uma pura questão de sorte, ter ou não o juiz se convencido da hipótese, por um raciocínio privado de todo rigor racional e de qualquer validade científica.

Richard Wright considera a chamada “causalidade probabilística”, em que uma condição é reputada causa de um fato se aumentou o risco de que este se verifique, um conceito bizarro, pois uma condição que aumenta o risco não pode ser considerada causa, se nem sempre o evento se verifica.¹⁸

Uma das formas tentadas pela filosofia da ciência para dar objetividade à teoria da probabilidade foi a aplicação do chamado teorema de Bayes, que partindo de verificações estatísticas confere uma certa percentagem à probabilidade

¹⁷ AGAZZI, Evandro. “La spiegazione causale di eventi individuali (singoli)”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, v. 42, p. 402, 1999.

¹⁸ WRIGHT, Richard. “Causalità, responsabilità, rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sftolire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti”. In: STELLA, Federico. *I saperi del giudice*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 130.

de de que um fato tenha ocorrido, elevando ou diminuindo essa percentagem em face de outros elementos de convicção que tenham sido colhidos a respeito do caso concreto.

A utilização do teorema de Bayes no Processo Civil e no Processo Penal foi amplamente repudiada pela doutrina, tanto na Europa como nos Estados Unidos, através de argumentos definitivos aduzidos, entre outros, por Richard Wright, Professor em Chicago¹⁹, Alan M. Dershowitz, Professor em Harvard, e Michele Taruffo, Professor em Pavia.²⁰

Wright exemplifica com o caso dos 1000 espectadores de uma partida de futebol, 999 dos quais não pagaram o ingresso, que somente A pagou, sendo este reconhecido pelo bilheteiro, com uma probabilidade de erro de apenas 2%. “Usando as puras estatísticas de que 99,9% dos espectadores estavam sem bilhete, como probabilidade inicial do teorema de Bayes, a probabilidade de que A seja um caloteiro, mesmo depois da sua identificação pelo bilheteiro, seria ainda superior a 95%. Os bayesianos concluiriam categoricamente que A não pagou o ingresso, apesar do depoimento do bilheteiro”.

Diz Wright: os bayesianos estão misturando maçãs com laranjas. A percentagem básica de 99,9% distribui simplesmente a quantidade global de acontecimentos em uma categoria, e não presta nenhuma informação sobre o caso particular.²¹

Dershowitz conta o seguinte caso, que submeteu aos seus alunos: uma pessoa foi atropelada por um ônibus. Nessa cidade, 90% dos ônibus são azuis e 10% são amarelos, pertencentes a empresas diferentes. Havia, portanto, uma taxa básica de 90% de probabilidade de que o ônibus da 1ª empresa tinha atropelado a vítima. Todavia, uma testemunha declarou ter visto um ônibus amarelo causar o

¹⁹ WRIGHT, Richard. ob e loc. citis.

²⁰ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 168 ss.

²¹ WRIGHT, Richard. ob. e loc.citis.

acidente. Os exames de vista da testemunha revelaram que o seu depoimento podia ser considerado confiável a uma taxa percentual de 80%. Apesar da taxa básica mais elevada ser a favor da responsabilidade da 1ª empresa, os estudantes consideraram que a responsabilidade pelo acidente recaía sobre a empresa dos ônibus amarelos.

Laurence Tribe adverte para os riscos de uma redução da avaliação das provas a um cálculo puramente matemático, citando acórdão da Corte Suprema da Califórnia que alertava: “ainda que a matemática, autêntica maga da nossa sociedade computadorizada, ajude o investigador na busca da verdade, não se deve permitir que o enfeite com os seus poderes mágicos”.²²

Judith Jarvis Thomson, Professora de Filosofia no *Massachusetts Institute of Technology*, afirma que a exigência da prova da causalidade se encontra no valor altíssimo que a sociedade moderna confere à garantia da liberdade. Daí a insuficiência de uma prova simplesmente numérica ou estatística e a necessidade de uma prova personalizada,²³ particularística, para que a responsabilidade não seja apenas uma questão de sorte.

A prova particularística consiste na reconstrução, ainda que parcial, dos elos causais intermédios que ligam o fato anterior e o posterior, através de leis universais ou de probabilidade próxima a 100%, que asseguram um juízo que reconstrua com veracidade os fatos tal como ocorreram.

O abandono da prova concreta da causalidade para proteger o cidadão dos inumeráveis perigos a que o submete a vida moderna, como os riscos ambientais, transforma o juiz em legislador que, ao arrepio da lei e da segurança de que devem revestir-se as relações jurídicas no Estado Demo-

²² TRIBE, Laurence H.. “Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario”. In: STELLA, Federico. *I saperi del giudice*. Milano: Giuffrè. 2004. p. 187.

²³ THOMSON, J.J.. *Rights, Restitution and Risk*. Harvard University, 1986. p. 192-250; STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 410-411.

crático de Direito, subtrai do mais forte para consolar o mais fraco, numa postura francamente ideológica e injusta, porque faz recair sobre alguns, arbitrariamente escolhidos, a responsabilidade que cabe ao próprio Estado.

6 Ônus da prova

A inversão do ônus da prova para compensar a dificuldade em que se encontra o autor da ação de tutela ambiental, para que ao acusado pela poluição caiba o encargo de provar que a sua atividade não é a causadora do dano, é a solução defendida pela generalidade dos ambientalistas, aplicando a regra do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que consideram característica de todas as ações coletivas.²⁴

Já defendi em outras ocasiões a insuficiência das regras legais de distribuição do ônus da prova que se encontram no artigo 333 do Código de Processo Civil, que, a meu ver, não têm caráter imperativo e, em certos casos, são de difícil e injusta aplicação.²⁵ Parece-me que a inversão do ônus da prova, prevista na regra acima citada do Código de Defesa do Consumidor, deve ser estendida a todas as situações em que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa.

²⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 98; RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais". In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 180-181; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 329; ALONSO JR, Hamilton Alonso. "A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais". In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 302; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. "A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso". In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 30.

²⁵ V. estudos citados na nota 6.

A esses critérios devem acrescentar-se os da maior disponibilidade e facilidade probatória, tal como previstos no artigo 217.6 da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, para onerar a parte que tenha mais proximidade e facilidade de acesso à fonte da prova.²⁶

O importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor,²⁷ o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes.

7 A prova e o princípio da precaução

A doutrina que defende sem restrições a inversão do ônus da prova no processo ambiental²⁸ sustenta essa orientação, nos casos de incerteza científica, no chamado *princípio da precaução*.

A precaução constou da Declaração do Rio de Janeiro, aprovada na Conferência do Meio Ambiente de 1992, através do seu princípio 15, nestes termos:

“Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversí-

²⁶ AROCA, Juan Montero et al. *Derecho Jurisdiccional*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. v. 2. p. 260.

²⁷ É a expressão usada por Taruffo, “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, Milano, v. 46, p. 750, 1992.

²⁸ V. nota 24.

veis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Se se considerar que o Direito brasileiro abriga ações de tutela ambiental reparatórias, inibitórias e preventivas, que podem ter como réus tanto particulares como o próprio Estado, é preciso definir o alcance do princípio da precaução. Uma parte indiscutível desse alcance é a imposição dos estudos prévios de impacto ambiental para instruir os procedimentos administrativos de licenciamento ambiental das atividades potencialmente poluidoras.

No processo judicial de solução de conflitos, o Estado pode ser responsabilizado por ter omitido as cautelas necessárias e razoáveis, assim como pode ser condenado a adotá-las para o futuro, a fim de prevenir danos ao meio ambiente ainda não ocorridos. Essas cautelas, nos limites do razoável, podem também ser impostas aos particulares por decisão judicial, em substituição a medidas não adotadas pela Administração. Não me parece possível, entretanto, lastrear nesse princípio, a condenação do Estado ou de um particular a pagar, fazer ou não fazer, como consequência de um dano ambiental já ocorrido ou de consumação, ainda que futura, mas inevitável. A admitir-se sem prova concreta do nexo de causalidade esse tipo de condenação, estará irremediavelmente vulnerado o princípio da legalidade, assim como estará sendo categoricamente abandonada a reconstrução da verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional de direitos.

Com razão Paulo Bessa Antunes leciona que o princípio da precaução não tem relação com a produção de provas.

“O que ele determina – expõe o jurista – é que, havendo incerteza científica, as medidas de prevenção devem ser adotadas. Aliás, parece óbvio que, havendo

incerteza científica, nem o réu, muito menos o autor, poderão provar nada. A inversão do ônus da prova não se confunde com a produção de prova impossível”.²⁹

8 Presunções

Outro caminho adotado por ambientalistas para facilitar a responsabilização de supostos poluidores é o das presunções em favor do autor da ação.

Invocando a teoria do risco integral, Carlos Eduardo Malinverni da Silveira sustenta que o dever genérico e abstrato de não degradar determina a inversão do regime da ilicitude: “esta é presumida até que se prove o contrário”.³⁰

Também Marcelo Abelha Rodrigues justifica na atividade de risco a criação de presunções legais em desfavor do lesante ou em favor do lesado.³¹

E, referindo-se às provas, especialmente de natureza técnica, produzidas por funcionários públicos no curso do inquérito civil preparatório de ações ambientais, Hamilton Alonso Jr. expende a opinião, fundada em lição de Hely Lopes Meirelles, de que todos os atos administrativos praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções gozam da presunção de validade, autenticidade e veracidade, nos termos do artigo 364 do Código de Processo Civil.³²

Parece-me, *data venia*, imprópria a invocação da teoria do risco para instituir uma presunção de ilicitude ou de lesividade ao meio ambiente da atividade do réu. A teoria do risco na responsabilidade civil pode dispensar a prova direta da

²⁹ ANTUNES, Paulo Bessa. “Prova pericial”. In: MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 464; ANTUNES, Paulo Bessa. *A tutela judicial do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 95.

³⁰ Ob. cit., p. 27.

³¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 332-333.

³² ALONSO JR., Hamilton. “A valoração probatória do inquérito civil e suas conseqüências processuais”. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 296.

culpabilidade, mas nunca a da existência do dano e a do nexo de causalidade, que exigem prova direta e consistente, sob pena de completo distanciamento da verdade fática.

Nunca é demais recordar a velha lição de que as presunções devem submeter-se aos requisitos da gravidade, precisão e concordância, o que exige a concorrência de mais de uma presunção no mesmo sentido, sob pena de sujeitar o adversário à mais absoluta inferioridade no acesso à prova da verdade fática. Nem mesmo a legitimidade dos atos administrativos pode ser presumida, quando dela pretende alguém valer-se para colocar-se em posição mais vantajosa na apuração da verdade. Os princípios que hoje regem toda a atividade da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição, impõem que o funcionário público fundamente os seus atos em provas concretas reveladoras da transparência da sua atuação e da causalidade adequada dos seus atos. A legalidade dos atos da Administração resulta da consistência do seu suporte fático-jurídico, porque o Estado Moderno é o Estado que se justifica, ou seja, que expõe fundamentadamente os motivos dos seus atos e decisões.³³ Não é mais possível tratar o funcionalismo público como uma casta, cuja palavra vale mais do que a de qualquer outro homem de bem, sob pena de sucumbirem todas as liberdades públicas e a dignidade humana dos cidadãos no mais cego autoritarismo. Não é despidendo recordar que ninguém pode constituir prova em seu próprio benefício pela própria palavra, ou seja, ao Ministério Público não é dado, através de órgãos e servidores a ele subordinados, pretender construir uma presunção de veracidade que a ele próprio interessa como parte no processo ambiental.

A própria confissão perante a autoridade administrativa, como freqüentemente ocorre nos chamados *termos de ajustamento de conduta*, assinados perante o Ministério

³³ FERRAZ, V. Sérgio; DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 137.

Público ou autoridades públicas, não pode mais gerar a presunção de veracidade dos fatos confessados, pois hoje existem na sociedade muitas relações de poder, que induzem o particular a submeter-se a imposições do Poder Público para não sofrer represálias muitas vezes ruinosas na sua esfera de atuação. Essas confissões não são espontâneas, mas ditadas pela necessidade de evitar um mal maior ou pelo instinto de sobrevivência. Trazida a causa a juízo, deve o confitente ter a oportunidade de demonstrar a inocorrência dos fatos sob pressão reputados verdadeiros na esfera administrativa.³⁴

9 *In dubio pro ambiente*

Segundo Édis Milaré, a primazia e a indisponibilidade do interesse público, subjacentes à tutela do ambiente, exigem que, na dúvida sobre a norma a ser aplicada, deva prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade,³⁵ *in dubio pro ambiente*.

Neste ponto impende dissipar uma possível confusão. O autor refere-se à dúvida sobre a norma aplicável, não sobre a verdade fática, o que no entanto leva Hamilton Alonso Jr. a concluir que o aforisma sirva para justificar a inversão do ônus da prova e o acolhimento do pedido de tutela ambiental, mesmo sem prova convincente do nexo de causalidade e da atividade danosa do réu.³⁶

O Estado de Direito somente pode intervir na esfera de liberdade dos cidadãos fundamentadamente. Ninguém pode ser privado da sua liberdade ou dos seus bens sem prova consistente de um motivo legalmente previsto, sob pena de

³⁴ É oportuno ressaltar que o novo Código Civil brasileiro de 2002, no artigo 157, incluiu a lesão, como um dos defeitos que torna o negócio jurídico anulável, nestes termos: "Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta."

³⁵ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160.

³⁶ Ob.cit., p. 303.

completo desmoronamento do princípio da legalidade e do próprio Estado de Direito.

O Estado pode erigir a dúvida como critério de julgamento para abster-se de impor a alguém a perda de um direito fundamental ou a supressão da sua liberdade, mas não o contrário, ou seja, admitir que o Estado, na dúvida, suprima direitos ou a liberdade de alguém, pois isso implicaria em transformar a dúvida em verdade, porque se é dos fatos que decorrem os direitos, estes somente podem ser reconhecidos a partir de um juízo racionalmente fundado de que aqueles são verdadeiros.

10 Prova pericial

Um dos mais intrincados problemas do processo ambiental é a prova pericial. A primeira dificuldade está na quantificação pecuniária do dano ambiental. Como diz Morato Leite, o valor pecuniário dos bens é estabelecido pelo mercado da sociedade de consumo. Como valorar um rio, uma floresta, uma espécie animal ou o ar que se respira?³⁷ Esse autor informa algumas metodologias que são adotadas para essa avaliação, mas se rende à necessidade de que o magistrado use de ponderação e razoabilidade para adotar a mensuração mais adequada à preservação do meio ambiente.

O segundo problema é a escolha do perito ou dos peritos. Nosso sistema processual, que confia ao juiz essa escolha de acordo com os critérios da formação profissional e da confiança, acabou transformando o perito do juízo em verdadeiro julgador do mérito da causa. É preciso que a prova pericial se transforme em autêntico e confiável instrumento de busca da verdade, de tal modo que o conhecimento científico ou técnico apurado no processo se aproximi-

³⁷ LEITE, José Rubens Morato. "Termo de ajustamento de conduta e compensação ecológica". In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 120.

me o mais possível do conhecimento produzido através dos métodos de investigação científica. Para isso, o Direito brasileiro deveria seguir o exemplo dado pela Corte Suprema dos Estados Unidos a partir do famoso caso *Daubert*, julgado em 1993,³⁸ com base no qual pode afirmar-se, como o fiz em outro estudo, que a confiabilidade da perícia deve assentar em alguns pressupostos: 1) que a pessoa ou órgão (e a nossa lei somente prevê a perícia pessoal) que vá produzir a perícia demonstre a sua aptidão para revelar o conhecimento científico necessário para a decisão judicial; 2) que ao juiz sejam oferecidas as informações necessárias a verificar se o método empregado na perícia é acatado pela ciência, se foi utilizado com rigor científico e, no caso de assunto cientificamente polêmico, quais são as alternativas científicas e o seu grau de confiabilidade; 3) que as partes, por si ou por seus assistentes técnicos, assim como terceiros que possam trazer contribuições desinteressadas para a revelação da verdade científica (*amici curiae*), possam efetivamente participar na produção do conhecimento científico no processo e o juiz seja obrigado a utilizar meios e critérios reconhecidos pela ciência para resolver as dúvidas e divergências entre as opiniões apresentadas.³⁹

Nessa perspectiva, não mais se justifica a sustentação de que o juiz não pode designar mais de um perito para cada tipo de exame, o chamado sistema do perito único.⁴⁰ Se o juiz pode determinar segunda perícia, como faculta o artigo 437 do CPC, por que não pode ele simultaneamente designar dois ou mais peritos, que possam lhe transmitir elementos mais seguros sobre o objeto da prova, permitindo-lhe com mais segurança aferir a sua confiabilidade?

³⁸ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* Sentença da Corte Suprema dos Estados Unidos de 28/6/1003, rel. Blackmun. Disponível em: www.findlaw.com/casecode/supreme.html. Acesso em 28 fev. 2005.

³⁹ "A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil", loc.cit., p. 93.

⁴⁰ V. NERY JUNIOR, Nelson. "Perícia múltipla na ação civil pública ambiental". In: MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 433.

Não menor é o problema da relatividade da própria ciência, a todo momento aperfeiçoando e superando estágios anteriormente atingidos e muitas vezes se deparando com falsos conhecimentos, o que exige que o juiz saia da postura burocrática de considerar como um refúgio impenetrável o saber científico para ir em busca da sua confirmação em fontes diversas e idôneas. Quanto mais aberta e pluralista for a transmissão do conhecimento científico, menor será o risco de erro de julgamento, tanto mais que, em matéria ambiental, há poucos profissionais realmente experientes.⁴¹

A insegurança do conhecimento científico veio à tona pela primeira vez na literatura jurídica através de um acórdão de 1990 da Corte de Cassação italiana, no qual aquele tribunal alertou que as leis da ciência devem ser ratificadas mediante o recurso a métodos de prova racionais e controláveis.

A questão foi objeto de minuciosa análise no julgamento da Corte Suprema dos Estados Unidos de 1993 no caso *Daubert vs. Merrell*, relatado pelo juiz Blackmun. Esse acórdão, que invoca expressamente a doutrina de importantes autores da filosofia das ciências, como Hempel e Popper, proclama que as afirmações que constituem uma explicação científica precisam ser suscetíveis de uma verificação empírica e que o critério da sua confiabilidade é a sua falsificabilidade ou controlabilidade. A aceitação geral pode ter um peso importante na admissibilidade da prova, para não dispersar a investigação. No caso de uma técnica científica determinada, a Justiça deve levar em conta a sua margem de erro e aplicar critérios de controle da eficácia da técnica.

A Corte Suprema americana, nesse *leading case* que alterou a sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema

⁴¹ CAPPELLI, Sílvia. "Acesso à justiça, à informação e participação popular em temas ambientais no Brasil". In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 293.

para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso, os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica.

Federico Stella faz a seguinte síntese dessa decisão:

“...o juiz deve considerar confiáveis apenas as hipóteses científicas que tenham recebido o grau de confirmação exigido pela concepção indutivística do método científico e que, ademais, possuam os requisitos ilustrados pela concepção falsificacionista, eventualmente integrados pelo critério do consenso geral”.⁴²

Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no Processo Civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico através da aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica.

Com essas premissas, no processo ambiental não podem ser aceitas provas estatísticas reveladoras de índices de risco, pois a nossa reflexão sobre a ciência como instrumento de apuração da verdade há de levar-nos à constatação de que as provas fundadas em correlações estatísticas não revelam leis causais, mas, como ressaltado por Armin Kaufmann, constituem apenas indícios que podem tornar-se suficientemente fortes, em razão da ausência de outras explicações plausíveis⁴³ e da existência de consenso entre os cientistas.⁴⁴

O artigo 427 do Código de Processo Civil permite que o juiz dispense a perícia se as partes instruírem o processo

⁴² Ob.cit., p. 441.

⁴³ KAUFMANN, Armin. “*Tatbestandmässigkeit und Verursachung in Conterganverfahren*”, citado por STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. p. 238.

⁴⁴ MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 113.

com pareceres técnicos confiáveis. Entretanto, esse dispositivo está praticamente em desuso, porque, lamentavelmente, ocorre no Brasil que os profissionais que subsidiam tecnicamente as partes se sentem no dever de atuar como verdadeiros advogados técnicos e não como especialistas portadores de conhecimentos que devem ser confiáveis por todos. Isso levou a própria orientação original do Código de Processo Civil a ser abandonada a partir da Lei 8.455/92, que retirou os assistentes técnicos das partes do rol dos sujeitos imparciais do processo.

O sistema do perito único designado pelo juiz é insatisfatório no processo ambiental em que, com freqüência, se exigem observações e opiniões técnicas de profissionais de diversas especialidades, o que é facultado pelo artigo 431-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 10.358/2001.

Por fim, sobre a perícia, não é de menor importância a questão do seu custeio.

O artigo 18 da Lei 7.347/85 dispõe que nas ações coletivas não haverá adiantamento de despesas processuais e honorários periciais, o que dificulta a realização de perícias complexas, pela impossibilidade de o próprio perito desembolsar recursos próprios elevados para a sua realização.

Esse dispositivo evidentemente visou a facilitar o acesso à Justiça por parte de associações. Quando o adiantamento das despesas couber a órgão do Estado ou ao Ministério Público, parece-me que o próprio Estado deverá arcar com a antecipação dos honorários periciais, aplicando-se o enunciado 232 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência de depósito prévio dos honorários do perito”. Quando o adiantamento couber a um particular, normalmente réu na ação coletiva, dele não ficará isento, salvo se beneficiário da assistência judiciária gratuita.

No caso de a antecipação caber à associação-autora, a dispensa legal não pode inibir a realização da perícia. Se o perito não concordar em servir gratuitamente, deverá o próprio Judiciário arcar com a antecipação dos honorários, aparelhando-se financeiramente para esse fim. A solução de impor que, nesses casos, a perícia seja feita pelo serviço técnico de um órgão público não pode reduzir a liberdade de escolha do perito, de acordo com os critérios da capacidade e da confiança.⁴⁵

11 Máximas da experiência

Marcelo Abelha Rodrigues defende a utilização das máximas da experiência para definir a causalidade adequada, gerar presunções humanas sobre a ocorrência do fato principal e formular a norma jurídica concreta aplicável ao caso.⁴⁶

Já observei alhures,⁴⁷ que as máximas da experiência, como juízos baseados na observação do que comumente acontece e consolidados no patrimônio cultural comum da sociedade, e o chamado senso comum, como conjunto de noções universalmente aceitas na sociedade como verdadeiras, precisam encontrar o seu espaço como instrumentos reveladores da razão prática e como métodos racionais de apuração da verdade, dando impessoalidade ao julgamento dos fatos.

Entretanto, não se pode perder de vista as advertências de Taruffo de que as máximas da experiência e o senso comum muitas vezes têm de ser abandonados, pelo seu caráter vulgar e a sua incompatibilidade com a ciência ou

⁴⁵ V. MAZZILLI, Hugo Nigro. ob.cit., p. 500-502.

⁴⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais". In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 186.

⁴⁷ *O conceito de prova*, loc.cit., p. 257-258.

até mesmo pela sua equivocada formulação, sem falar na heterogeneidade da sociedade que impossibilita a aceitação incontestada de certos valores e princípios.⁴⁸

12 Livre convencimento

Em 1968, Mauro Cappelletti publicou estudo oriundo de lição ministrada na Universidade de Praga, no qual já anunciava a emergência de um movimento em favor da valoração científica das provas, através do qual se pretenderia superar, mediante critérios de medida objetivos, os perigos e as possíveis arbitrariedades da valoração subjetiva por parte do juiz.⁴⁹

Alguns anos mais tarde, Michele Taruffo, em obra clássica sobre a motivação da sentença, delimitaria a exigência de racionalidade da fundamentação sobre os juízos de fato, como instrumento de controle do arbítrio judicial e pressuposto da justiça da decisão, expondo que as partes têm o direito de conhecer as razões específicas da desconsideração ou rejeição das provas por elas propostas, pois a discricionariedade decorrente do princípio do livre convencimento exige que a avaliação das provas seja adequadamente justificada, tendo a motivação um papel fundamental de racionalização dessa avaliação como instrumento de sua controlabilidade interna e externa. Segundo o Autor, a fundamental natureza inferencial do juízo de fato exige que os resultados que ele provoca na convicção do juiz sejam verificáveis e possam considerar-se validamente justificados, não apenas pela indicação dos pontos de partida das conclusões, mas pela indicação e eventual justificação dos critérios de racionalidade das inferências. O discurso justificativo somente pode reputar-se

⁴⁸ TARUFFO, Michele. "Funzione della prova: la funzione dimostrativa", "Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica", "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice". *Sui confini*, Bologna: Il Mulino, 2002. p. 314, 342 e 135-137; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992. p. 308.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. "La libre valoración de las pruebas". In: *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires: Valletta, 1973. p. 127 ss.

completo se todos os componentes estruturais da decisão, a respeito de cada ponto relevante, estão racionalmente justificados: a interpretação das normas aplicadas, a declaração dos fatos, a sua qualificação jurídica e as conseqüências jurídicas que derivam da decisão. Essa justificativa exige a explicitação das premissas e dos critérios jurídicos ou hermenêuticos, cognoscitivos e valorativos de todas as escolhas, sob pena de omissão ou insuficiência da motivação.⁵⁰

E, mais recentemente, Giovanni Verde também observou que, hoje em dia, toda reflexão sobre a prova deve considerar a necessidade de construir a investigação do juiz como racional, a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito, a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos, a articulada qualificação jurídica dos fatos e a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos. O processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade.⁵¹

A tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos, constitucionalmente assegurada (art. 5º-XXXV), não se satisfaz com qualquer verdade fática, o que tornaria absolutamente incerta a eficácia dessa tutela, tornando a justiça uma verdadeira loteria. O acerto verdadeiro dos fatos é um dos escopos institucionais do processo. Somente o livre convencimento formado através de critérios por todos aceitáveis satisfaz à isonomia e à impessoalidade da jurisdição.⁵²

Por isso, os critérios de julgamento das questões de fato devem assentar em premissas objetivamente verificá-

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 437-453.

⁵¹ VERDE, Giovanni. "Prova in generale: teoria generale e diritto processuale civile". In: *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1988. v 37. p. 580.

⁵² GRECO, Leonardo. "A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil". *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 15, p. 83, jun. 2004.

veis, e não em intuições subjetivas do juiz. E assim, quando a prova judiciária precisa recorrer ao conhecimento de outras ciências, ela deve sempre procurar empregar os critérios aceitos por essas ciências, “lógica e racionalmente estabelecidos e aplicados”.⁵³

No mesmo sentido, a lição de Antonio Carratta:

“...a exigência de que o processo para ser ‘justo’ conduza a uma decisão fundada sobre o accertamento verídico e externamente controlável dos fatos da causa impõe ao juiz proceder seguindo critérios de tipo lógico-racional, porque apenas estes permitem, por um lado, conseguir o mais alto grau de verdade possível sobre as alegações fáticas e, por outro, garantir – mediante uma adequada motivação – o controle externo da base fática da decisão”.⁵⁴

Não é outra a conclusão de Gian Franco Ricci, para quem a prova jurídica, sendo em substância idêntica à prova científica, não pode dissociar-se do emprego de critérios lógico-racionais, que devem presidir a todo o desenvolvimento do procedimento probatório. O seu mecanismo inferencial deve sempre e apenas observar as regras da lógica, tal como nas ciências empíricas.⁵⁵

Por isso, na feição adotada pelo Direito brasileiro, através do artigo 131 do Código de Processo Civil, que a doutrina vem denominando de *persuasão racional*, a livre convicção do juiz não é um regime de liberdade absoluta, porque lhe impõe nos enunciados fáticos consistência lógica com a prova constante dos autos.⁵⁶

⁵³ Idem, p.84.

⁵⁴ CARRATTA, Antonio. “Prova e convincimento del giudice nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, v. 58, p. 40, 2003.

⁵⁵ RICCI, Gian Franco. “Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, v. 54, p. 1160, 2000.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 351.

No processo ambiental, pela relevância dos interesses em jogo, impõe-se de modo especial essa racionalidade, que a paixão pela preservação da natureza para as futuras gerações não pode obscurecer.

13 Conclusão

Ao contrário do que muitos pensam, o processo ambiental talvez seja o campo mais fértil para que o processo dê definitivamente o salto do racionalismo tecnicista para o garantismo. Os valores humanitários a tutelar e a dificuldade de uma cognição segura não podem levar o intérprete ou o aplicador da lei ao desespero ou à prática de atos de arbítrio. Nada nos restará preservar para as futuras gerações se não soubermos preservar o respeito pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais.

Um bom sistema probatório há de preservar a paridade de armas e a busca da verdade, contribuindo para uma convivência pacífica dos cidadãos sob a égide dos princípios democráticos do Estado de Direito.

1.4

CONTORNOS JURÍDICOS DO PROJETO BÁSICO DA LEI DE LICITAÇÕES

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 1.1 Delimitação do tema. 2 A necessidade de adequada caracterização do objeto licitatório como pressuposto do Projeto Básico. 3 Natureza jurídica do Projeto Básico. 4 Da imprescindibilidade do acesso e conhecimento do Projeto Básico e demais detalhamentos técnicos indispensáveis à formulação da proposta competitiva. 5 Projeto Básico e adequado tratamento do impacto ambiental. 6 Projeto Básico e a possibilidade de sua mutabilidade. 7 Projeto Básico e sua apreciação jurisdicional. 8 Conclusões.

1 Introdução

1.1 Delimitação do tema

A necessidade de um projeto básico para a realização de obras e serviços da Administração Pública é aspecto específico de um contexto muito maior, ou seja, a indispensabilidade do prudente, eficiente e razoável planejamento das atividades administrativas estatais¹, consoante preconiza o art. 174, *caput* da CR/88.

Sendo a licitação procedimento formal e estando a sua dinâmica procedimental detalhadamente fixada na Lei de Licitações, não pode a autoridade administrativa, por ocasião da elaboração do Edital, deixar de observar ou se afas-

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professor de Direito Administrativo e Econômico do MBA em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas – FGV *Management*.

¹ O Planejamento Econômico é técnica de intervenção do Estado no Domínio Econômico, cujas diretrizes são imperativas para o Poder Público e indicativas para a iniciativa privada, situando-se ao lado do Fomento Econômico, da Exploração Direta da Atividade Econômica pelo Estado através de empresas públicas e sociedades de economia mista e da Repressão ao Abuso do Poder Econômico. Sobre o tema, vale conferir a obra de SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

tar das prescrições legais, principalmente pelo caráter predominantemente de ordem pública de tais normas², sob pena de nulidade do processo licitatório.

De outro lado, a necessidade de conformação do Edital à Lei de Licitações, pelo administrador público, gera para o particular interessado em participar da licitação o direito de exigir a estrita adequação do Edital aos preceitos legais, consoante se infere do art. 4º do Estatuto Licitatório.

Não significa dizer que a licitação, enquanto procedimento, seja um fim em si mesma, pois seu objetivo fundamental é selecionar a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que atenda a todas as necessidades da Administração Pública (CR/88, art.37, XXI).

E para o atendimento das necessidades da Administração Pública, o licitante deve saber, exatamente, o que o Poder Público pretende contratar, o que só é possível, frise-se, com a clara, objetiva, precisa e incontroversa definição do objeto da licitação.

Neste sentido, apresenta-se fundamental a adequada descrição do objeto licitatório no Edital da licitação, de modo que o licitante, ao analisá-lo, possa, de plano, saber, exatamente, qual é a necessidade do Poder Público.

É dizer, verificar a sua possibilidade de atendimento à Administração Pública licitante, a partir do preenchimento dos requisitos fixados no Edital, apreciar a viabilidade econômica e jurídica da contratação, estimar os custos envolvidos etc., daí a nuclear preocupação da Lei de Licitações com a adequada e clara descrição do objeto licitatório, conforme se infere nitidamente do art. 6º, IX, e art.14, 40, I e § 2º, 47, 55, I, entre outros.

² Sobre os traços fundamentais das normas de ordem pública, são precisas as ponderações de REALE, Miguel. *verbis*: “Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados. Lições Preliminares de Direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 131.

Tal se justifica porque a deficiência na descrição do objeto da licitação enseja a formulação de proposta deficiente pelo licitante, eis que não revestida do conhecimento preciso da pretensão do Poder Público.

Conseqüentemente, gera uma contratação e execução contratual deficiente e de insucesso, em última análise, frustrando-se o interesse público que fundamentou a própria licitação.

O que foi exposto se aplica a qualquer licitação, independentemente do seu objeto.³ Com maior razão, portanto, quando se tratar de obras e serviços de alta complexidade de técnica e vulto econômico.

Daí ser o projeto básico o instrumento legalmente fixado para a adequada caracterização de obras e serviços de maior complexidade, funcionando como verdadeira bússola, quer para Administração Pública – que deverá pautar seu julgamento objetivo das propostas a partir das exigências do projeto básico – quer seja para o licitante, que poderá nortear seguramente sua proposta com fundamento em descrição precisa, clara e detalhada do objeto da licitação, bem como se insurgir contra qualquer subjetivismo ou arbítrio na apreciação das propostas por parte da entidade licitante.

Na abalizada doutrina de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR:⁴

“(...) Neste mister, aos órgãos administrativos é imposto o uso de instrumentos técnicos que, ordenados segundo determinada cronologia, terão a função de assegurar padrão mínimo de nitidez e certeza na definição e na especificação do objeto. Padrão este essencial à observância dos princípios regentes da licitação, sobre-

³ A necessidade de projeto básico na licitação sob a modalidade pregão, instituída pela Lei n. 10520/2002, vem implícita na exigência constante da fase preparatória do dito procedimento de contratação, consubstanciado na indicação dos indispensáveis elementos técnicos sobre o objeto do futuro contrato, na forma do seu art. 3º, III.

⁴ *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 74.

tudo os da igualdade, da moralidade e do julgamento objetivo. Sem o projeto básico da obra ou do serviço, o ato convocatório da licitação será deficiente para lastrear a formulação de propostas pelos licitantes, porquanto precário na caracterização completa e exata do que pretende a Administração, cedendo espaços à duvidade e à subjetividade.”

Por tais motivos é que o projeto básico se apresenta como requisito indispensável à validade do procedimento licitatório, e a sua ausência ou deficiência gera a nulidade da licitação e da ulterior contratação, bem como a responsabilidade pessoal de quem tiver lido a causa, conforme preceitua o disposto no art. 7º, §§ 2º e 6º da Lei de Licitações.

Portanto, o êxito na realização da obra ou prestação do serviço depende, indissociavelmente, da precisa descrição de seu objeto, o que só se realiza com a apresentação pela Administração Pública de um projeto básico adequado.

Na lição de ROQUE ANTONIO CITADINI:⁵

“O primeiro ato do agente público ao pretender realizar uma obra ou serviço é providenciar o projeto básico do objeto a ser licitado. Elaborado, tal projeto deverá ser aprovado pela autoridade competente e quando do início do procedimento licitatório estar à disposição dos interessados. O não cumprimento deste requisito ou seu cumprimento de forma parcial é, sem qualquer dúvida, o principal fator responsável pelas inúmeras irregularidades que ocorrem nas contratações do Poder Público”.

Todavia, a descrição pormenorizada da Lei de Licitações acerca do *iter* para a concretização do projeto básico, a par de sua multidisciplinariedade, eis que constituído de elementos financeiros, técnicos, ambientais e jurídicos, revela a es-

⁵ *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 77.

pecífica função do direito de nortear o seu aspecto formal e disciplinar os seus efeitos fatuais, na hipótese de vício ou inexistência do planejamento licitatório, o que sobreleva a importância de seu estudo sob o ponto de vista jurídico.

Daí ser objeto de preocupação do presente estudo os aspectos jurídicos do instituto, à vista de situações comumente ocorridas na prática do cenário licitatório.

O exame não dispensa, por serem temas totalmente conexos, a análise da necessidade de adequada caracterização do objeto da licitação como pressuposto do projeto básico, sua natureza jurídica, bem como a possibilidade de sua mutação, a qualquer tempo, se o interesse público assim exigir.

2 A necessidade de adequada caracterização do objeto licitatório como pressuposto do Projeto Básico

A idealização e descrição do objeto situam-se no âmbito da discricionariedade⁶ do administrador público e, em sendo ato administrativo, como qualquer ato estatal, deve ser praticado com observância aos princípios (economicidade, eficiência, razoabilidade e realidade)⁷ e preceitos procedimentais licitatórios que o informam, precisamente em sua fase interna.

Tal detalhamento deve se dar de forma sucinta e clara, de modo que a especificação apresentada pela Administra-

⁶ Segundo SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Este momento é o que irá definir o objeto do contrato (que deve constar do edital), razão pela qual exigirá a devida caracterização do bem ou serviço desejado pela Administração. Por caracterização não se deve confundir com individualização ou singularização (que frustrariam, no entender do Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Sabino Lamego Camargo, o caráter seletivo do processo), posto que afastaria da competição todos os demais bens ou serviços do mesmo gênero. Na requisição do material, o objeto do contrato deve ser correta e precisamente descrito, de modo a estabelecer o universo dos proponentes interessados em oferecê-lo. (...) Cabe, pois, ao órgão requisitante, necessitado do bem, descrevê-lo para dar-se início ao procedimento que levará à sua aquisição. Trata-se de um poder discricionário que, entretanto, não é absoluto." *Licitação e Contrato Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Adcoas, 1999. p. 76.

⁷ O que não exclui a incidência dos outros princípios que informam a atividade administrativa. Contudo, estes se destacam na descrição do objeto da contratação.

ção Pública seja adequada aos fins pretendidos com a contratação a ser ulteriormente firmada e não se apresente alijatória, pessoal ou discriminatória, em obséquio aos já citados princípios da competitividade e economicidade.

Contudo, a natureza do serviço é que vai estabelecer a maior ou menor necessidade de detalhamento do objeto e, até mesmo, a indispensabilidade do projeto básico, como se dá no caso de obras e serviços de engenharia.⁸

3 Natureza jurídica do Projeto Básico

Tendo em vista a maior complexidade que norteia a realização de obras ou prestação dos serviços, apresenta-se crucial a descrição mais cuidadosa do objeto licitatório, razão porque o projeto básico é requisito indispensável à precisa formulação das propostas nas licitações atinentes aos referidos empreendimentos.

De outro lado, e devido à multidisciplinidade do projeto básico, este ostenta a natureza jurídica de ato administrativo composto, necessitando de manifestação de órgãos diversificados no âmbito da Administração, tendo em vista reunir um complexo conjunto de elementos técnicos, econômicos e financeiros necessários à caracterização da obra e do serviço objeto da licitação, bem como sua viabilidade.

Consubstancia-se, entre outros aspectos, no adequado tratamento do impacto ambiental causado pelo empreendimento e na precisa avaliação do custo da obra, tudo de modo a propiciar à Administração Pública Licitante e aos proponentes a exata dimensão dos custos e detalhes técnicos exigidos pela contratação.

Não obstante tais caracteres, deve conter, pormenorizadamente, o desenvolvimento da solução escolhida, de modo a fornecer, com clareza, uma visão global do empre-

⁸ Lei nº 8666/93, art. 7, § 2º, I.

endimento e identificação dos seus elementos constitutivos, devendo, ainda, apresentar soluções técnicas suficientemente detalhadas, visando à minimização das eventuais necessidades de reformulação do projeto executivo, a identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a serem incorporados, informações que possibilitem o estudo e a dedução dos métodos construtivos e condições organizacionais da obra, subsídios para a montagem do plano de licitação e gestão da obra, orçamento detalhado do custo global da obra etc...⁹

É dizer, é o projeto básico elaborado de forma adequada e precisa que orientará e definirá o destino da contratação a ser ulteriormente firmada pela Administração.

4 Da imprescindibilidade do acesso e conhecimento do Projeto Básico e demais detalhamentos técnicos indispensáveis à formulação da proposta competitiva

Daí a sua imprescindibilidade, razão pela qual é condicionante da realização das obras e serviços, devendo estar disponível para exame dos interessados em participar do certame, conforme nos dá notícia o § 2º do art. 7º da Lei de Licitações.

Na realidade, o dispositivo disse menos do que deveria, pois a expressão “exame” deve ser entendida de forma ampliativa, de modo a garantir, também, cópias dos docu-

⁹ Neste sentido, vale conferir o autorizado magistério de JUSTEN FILHO, Marçal. “A minúcia do inc. IX revela a relevância do tema para a lei. O projeto básico deverá representar uma projeção detalhada da futura contratação, abordando todos os ângulos de possível repercussão para a Administração. Deverão ser abordadas as questões técnicas, as financeiras, os prazos, os reflexos ambientais (inclusive por força do art. 225, inc. IV da CF) etc. O projeto básico não se destina a disciplinar a execução da obra ou do serviço, mas a demonstrar a viabilidade e a conveniência de sua execução. Deve evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras; que todas soluções técnicas possíveis foram cogitadas, selecionando-se a mais conveniente; que os prazos para a execução foram calculados; que os reflexos sobre o meio ambiente foram sopesados etc. Inclusive questões jurídicas deverão ser cogitadas, na medida em que serão fornecidos subsídios para o plano de licitação. O conteúdo do projeto básico dependerá da natureza do objeto a ser licitado. Deverá ser tanto mais complexo e minucioso na medida em que assim o exija o objeto da futura contratação.” *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 106.

mentos referentes ao projeto que os licitantes entendam pertinentes à formulação de suas propostas, tudo de modo a conformar o dispositivo com o direito constitucional de certidão (art. 5º, XXXIV da CR/88). Ademais, entender contrariamente corresponderia incompatibilizá-lo com a dicção do art. 63 do Estatuto das Licitações.

Portanto, o procedimento licitatório despido de tal ato multidisciplinar é nulo, na forma do art. 7, § 6º da Lei nº 8666/93.

Por tal motivo, a Administração promotora do certame não pode negar aos interessados em participar da licitação o conhecimento do projeto básico e a conseqüente vista aos autos do processo administrativo.

Tal conduta não encontra amparo em nosso sistema constitucional, alicerçado no princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º *caput* da *Lex Legum*), em que os processos estatais, que interferem na esfera jurídico-subjetiva de terceiros, devem ser devidamente submetidos aos princípios da legalidade (em conformidade com a lei), legitimidade (em atendimento ao interesse público), e da publicidade, até mesmo para que a parte que queira participar do certame – e todo o corpo social – possam exercer o controle de tais atos sob os aspectos aqui enfatizados.

É dizer, sendo o projeto básico verdadeiro ato administrativo de efeitos externos, que interfere diretamente na higidez do patrimônio público, eis que rege a conduta de todos os licitantes perante a Administração e onera o patrimônio público, seus elementos e detalhamentos *“não podem permanecer unicamente na intimidade da Administração, quando repercutem nos interesses gerais da coletividade. A publicidade de tais atos é princípio de legitimidade e moralidade administrativa que se impõe tanto à Administração Direta como à Indireta, porque ambas gerem bens e dinheiros públicos cuja guarda e aplicação todos devem*

*conhecer e controlar...”, conforme assevera HELY LOPES MEIRELLES, In *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 148.*

A doutrina é incisiva neste sentido, conforme se infere do magistério de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:¹⁰

“O projeto básico deve estar disponível para exame pelos interessados, posto que nele está descrito o objeto do contrato, de menção obrigatória pela Administração, espancando práticas desleais, nas quais se vê a publicação do edital e a conseqüente abertura do prazo para as propostas antes dessa disponibilidade.”

Nesta perspectiva, apresentam-se como projeções da publicidade inerente aos atos decisórios estatais os postulados principiológicos previstos nos artigos 5º, XXXIV, “a” e “b”, 37, XXI, 93, IX, todos da Constituição da República de 1988, reproduzidos em sede infraconstitucional pelo já citado art. 63 da Lei nº 8.666/93, que respaldam a legítima pretensão dos licitantes de vista aos autos do processo licitatório e extração das cópias que entender necessárias, inclusive do projeto básico.

5 Projeto Básico e adequado tratamento do impacto ambiental

Se por um lado, a realização de obras públicas ou a prestação dos serviços públicos é fundamental ao atendimento das necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, não se pode negar, por outro, que tais empreendimentos, esquematizados estruturalmente num projeto básico, devem ser realizados de forma harmônica com outros bens ou interesses também considerados fundamentais pela sociedade, tal como o meio ambiente adequado, consoan-

¹⁰ *Licitação e Contratos Administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Adcoas, 1998. p. 85.

te preconiza o art. 225 *caput* da CR/88. Para ROQUE ANTONIO CITADINI:¹¹

“(…)Sem projeto básico adequado, que defina a obra ou serviço, aponte a técnica a ser adotada, possibilite avaliação do custo, do método e do prazo de execução, e – em situações que exigir – trate do impacto ambiental, teremos uma licitação frágil, aberta a todo o tipo de irregularidades, propiciando favorecimentos àqueles participantes que tenham conhecimentos privilegiados de informações sobre o objeto licitado.”

Daí dever ser uma das preocupações cruciais da Administração Pública a previsão no projeto básico do adequado planejamento ambiental na obra ou serviço que compuser o seu objeto.

Assim, o estudo de impacto ambiental, materializado num Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), a ser elaborado e apresentado pela Administração Pública aos licitantes, é fundamental para que se tenha a exata dimensão das condições ambientais do empreendimento, o que reflete fundamentalmente no seu preço e expectativas em relação à contratação.

É só imaginar a hipótese de adjudicação do objeto, sem prévio conhecimento das condições ambientais do empreendimento (suponha-se p. ex., a operação de um Aterro Sanitário) e, por ausência do RIMA no projeto básico, no decorrer da execução do contrato, tem-se um colapso ambiental que impossibilite o prosseguimento da contratação, em que provavelmente restará vulnerado o interesse público, consubstanciado na continuidade da execução da obra ou prestação do serviço.

Por tais motivos, a obrigação de apresentação do referido estudo ambiental advém direta e inequivocamente da

¹¹ *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 77.

própria Lei nº 8666/93, art. 6º, *caput*, gerando à licitante, por conseguinte, o direito subjetivo líquido e certo à fiel observância do procedimento licitatório formalmente estabelecido, conforme art. 4º da mesma Lei, materializado na legítima exigência de um planejamento ambiental adequado.

6 Projeto Básico e a possibilidade de sua mutabilidade

A hipótese versada neste tópico supõe a execução de projeto básico realizado pela Administração Pública que traga vício somente perceptível no momento da execução do contrato e suas conseqüências jurídicas.

A solução, inegavelmente, é a modificação do projeto, de modo a reconduzir a obra ou serviço aos objetivos previamente estabelecidos pela Administração.

Entender contrariamente é violar o princípio da eficiência, pois a execução do projeto básico inidôneo ao alcance dos fins da Administração Pública trará evidentes problemas na posterior utilização do objeto do contrato, de modo a vulnerar o art. 37 *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil, que exige da Administração Pública a realização de obras e serviços, com a implementação do projeto básico adequado, que atendam plenamente o interesse público, informado pela obra ou serviço.

Haverá, ainda, violação ao princípio da economicidade, que exige da Administração Pública a aplicação dos finitos e parcos recursos públicos de forma adequadamente planejada e eficaz, de modo que a realização de despesas com obra ou serviço público mal planejado provocará a alocação de recursos públicos em obra ineficiente, violando-se, portanto, o art. 70 *caput* da Constituição da República, dando ensejo, inclusive, ao controle posterior da legitimidade da despesa pelo Tribunal de Contas, na forma do art. 71 da mesma Constituição da República.

Afronta-se, ainda, o princípio da realidade, pois os empreendimentos realizados pela Administração Pública devem ser possíveis, portanto, devendo a obra ou serviço ser executada com base em projeto básico que retrate a realidade adequada e eficiente ao atendimento do interesse público.

Restará vulnerado, por outro lado, o princípio da razoabilidade das atividades administrativas, pois o meio utilizado pela Administração Pública (projeto básico defeituoso e tecnicamente inadequado) não será apto ao alcance do fim pretendido (realização de obra adequada e eficiente), a desatender o interesse público específico, caracterizado pela implementação de empreendimento fundamental ao atendimento de determinada necessidade coletiva.

Vulnera-se, ainda, o princípio da autotutela administrativa, segundo o qual a Administração Pública tem o dever de corrigir ou rever os seus atos irrazoáveis, no caso, projeto básico defeituoso e inidôneo ao atendimento do fim para o qual foi idealizado, ou seja, obra ou serviço público destinado ao atendimento de relevante interesse da coletividade.

No plano infraconstitucional, a inafastável modificação do projeto básico defeituoso e inadequado encontra amparo no 7º, I da Lei nº 8666/93, que afirma a indispensabilidade do projeto aqui referido – entenda-se, projeto básico adequado e eficiente –, bem como na interpretação sistemática e extensiva do art. 65, I, “a” da mesma Lei, que prevê a alteração unilateral do contrato pela Administração Contratante quando houver modificação no projeto básico, o que pode se dar, também, por provocação do contratado, principalmente nas hipóteses em que, no decorrer da execução do projeto básico, constata-se que a sua implementação ensejará o insucesso do empreendimento.

Ademais, apresenta-se como obrigação da contratada informar à fiscalização da Administração Pública contratante a ocorrência ou constatação de quaisquer fatos ou circunstâncias que possam atrasar ou impedir a conclusão da obra

dentro do prazo previsto, devendo sugerir as medidas para corrigir a situação verificada, sob pena de responsabilidade pelos danos que a execução da obra incorreta ou inadequada venha a ensejar ao Poder Público e a terceiros.

Assim, o cumprimento da obrigação da contratada de noticiar à Administração contratante dos fatos ou vícios que possam proporcionar o insucesso da obra, se não exclui a responsabilidade civil da Contratada pelos danos daí advindos, atenua sobremaneira eventual reparação, que também incumbirá, proporcionalmente, ao Poder Público.

7 Projeto Básico e sua apreciação jurisdicional

No comum dos casos, o defeito ou nulidade do projeto básico, quando não sanada a imperfeição ou ilegalidade pela própria Administração, é submetido ao crivo do Poder Judiciário, em boa parte das vezes pela via do Mandado de Segurança.

A alegação em geral das empresas impetrantes é a violação do seu direito líquido e certo de participar competitivamente do certame licitatório, o que só se efetiva, por óbvio, se o licitante tem o exato e preciso conhecimento do objeto da licitação, devidamente delineado no projeto básico.

Contudo, tem-se observado uma injustificável resistência do Poder Judiciário em apreciar (e prover) pretensões de urgência cujo pressuposto seja a invalidade do projeto básico, sob as alegações de tratar-se de matéria técnica, ou, então, de questão considerada “*percalço de execução de um projeto*” ou, pior, “*matéria referente ao preço da oferta, o qual poderá conter margem para fazer frente a tais intempéries*”¹² e que, portanto, refoge do âmbito da cognição sumária.

¹² Assim se pronunciou o Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar pedido de provimento liminar no mandado de segurança nº 2001.001.115235-8, em que se sustentava a impossibilidade de formulação de proposta de metodologia de execução e de preços pela nulidade e imprestabilidade do projeto básico.

Nenhum dos argumentos apresentados, *data venia*, se coaduna com os princípios e preceitos que informam o procedimento licitatório.

Assim, a tese de se tratar de matéria técnica, há de ser encarada com certa reserva. Com efeito, não se exige do Poder Judiciário, em discussões acerca de invalidade de projeto básico, que o juízo tenha conhecimento das questões específicas da obra ou serviço de engenharia, e nem tampouco que adentre nesta ou naquela especificidade técnica do objeto da licitação.

Em boa parte dos casos, a controvérsia pode ser solucionada como o mero cotejo do rol de requisitos mínimos exigidos pela Lei de Licitações, no seu art. 6º, IX e alíneas, para a validade do projeto básico, com o que foi efetivamente apresentado ou disponibilizado pela Administração promotora do certame.

Tal atividade, frise-se, longe de estar circunscrita à análise do *expert* da obra ou serviço objeto da licitação, se traduz no tradicional controle de legalidade dos atos da Administração pelo Poder Judiciário. É a verificação, portanto, da conformação do ato administrativo (projeto básico) com os requisitos estabelecidos em Lei para a sua expedição, sendo, portanto, dever do Poder Judiciário a apreciação da referida conformidade e a declaração da nulidade nas hipóteses de desconformidade.

A invalidade do projeto básico também não pode ser considerada “*percalço de execução de um projeto*”, a ser verificado, portanto, se e quando ocorrerem os problemas. Correndo o risco de ser enfadonho, “*percalço de execução*” é matéria afeta, por evidente, à execução do contrato, situando-se a discussão, portanto, no campo do projeto executivo.

Não se discorda da premissa de que nas contratações administrativas, por ocasião da execução do contrato, possam ocorrer incidentes, notadamente pela complexidade do empreendimento, que exigem projeto básico.

Contudo, não se deve confundir projeto básico – atinente à própria definição do objeto da licitação, ou seja, todas as condições para a adequada caracterização do empreendimento – com projeto executivo, que é o modo de operacionalização da obra ou serviço, figuras jurídicas distintas, consoante se infere do art. 6º, IX e X da Lei nº 8666/93, pois o primeiro pertine à definição do empreendimento – que deve ser clara e objetiva – enquanto o segundo à forma de execução do empreendimento.

Não se discute, em sede de projeto básico, qualquer questão afeta a projetos executivos, que é um *posterius*. Ao revés, cuida-se de um antecedente lógico fundamental, ou seja, o projeto básico adequado, que, para tanto, deve se conformar aos ditames previstos na Lei de Licitações, sendo neste ato (projeto básico em conformidade com a Lei) que o Poder Judiciário deve se centrar.

Contudo, o argumento mais ofensivo aos princípios regentes das contratações públicas é aquele em que se afirma tratar-se de “*matéria referente ao preço da oferta, o qual poderá conter margem para fazer frente a tais intempéries.*”

Na esteira de tal entendimento, a ausência ou deficiência do planejamento da obra ou serviço, através do projeto básico, é sanada pela elevação do preço a ser apresentado pelas licitantes. Tal premissa, no entanto, é absolutamente inadmissível!

A uma, porque viola-se o princípio da economicidade das contratações administrativas, pois, ainda que absurdamente se admita a apresentação de proposta em condições absolutamente precárias, o “preço” a ser apresentado pelas licitantes, neste cenário de insegurança e incerteza, será efetivamente maior do que aquele que seria ofertado com vistas à previsão segura dos elementos essenciais ao detalhamento da obra ou serviço.

A vingar tal entendimento, admite-se a contratação menos vantajosa (MAIS ONEROSA) para o Erário, em decor-

rência da desídia da Administração Pública na confecção do projeto básico, subvertendo a finalidade precípua da licitação, que é exatamente o contrário, ou seja, a seleção de proposta MAIS VANTAJOSA para o Poder Público, consoante preconiza o art. 37, XXI da CR/88, o que não se pode admitir, principalmente em face do notório quadro de esgotamento e escassez dos recursos públicos.

Tal tese, sob outro prisma, vulnera o direito líquido e certo das licitantes de formular propostas competitivas, apresentadas a partir de projeto básico que reflita a efetiva realidade do empreendimento.

Ademais, sendo a obrigação de apresentação do projeto básico *ex lege*, advindo, portanto, direta e inequivocamente da própria Lei de Licitações, gera aos licitantes, também sob esta perspectiva, o direito subjetivo líquido e certo à fiel observância do procedimento licitatório formalmente estabelecido, conforme preconiza o art. 4º da mesma Lei.

À vista de tais fundamentos, é de se reputar ilegal e inadmissível qualquer postura do Poder Judiciário que se abstenha de apreciar, inclusive em sede liminar, a eventual ilegalidade de projeto básico, sob pena de se negar a própria jurisdição, o que vulneraria seriamente o disposto no art. 5º, XXXV da Constituição da República.

8 Conclusões

Diante das considerações apresentadas, apresenta-se lícito assentar que:

- 1º) O projeto básico é requisito indispensável para as licitações de obras e serviços de engenharia, e o seu defeito ou ineficácia gera nulidade da licitação e ulterior contratação, na forma do art. 7º, § 6º da Lei de Licitações e, se levado a termo com tais máculas, pode resultar em insucesso na execução de contrato, com desatendimen-

to do interesse público consubstanciado na adequada realização do empreendimento.

- 2º) O projeto básico ostenta natureza jurídica de ato administrativo composto, tendo em vista que, a par de sua multidisciplinariedade, necessita de manifestação de diversos órgãos administrativos, cuja finalidade é assentar a viabilidade financeira, técnica e jurídica do negócio administrativo, a ser implementado ulteriormente.
- 3º) A modificação superveniente do projeto básico, por ocasião da execução do contrato, é possível, desde que a circunstância ensejadora da modificação corresponda a evento ignorado pela Administração e pelo contratado, haja interesse público em tal modificação e a implementação do projeto básico, na forma como idealizado, resulte em prejuízo para o interesse público.
- 4º) É de se reputar ilegal e inadmissível qualquer postura do Poder Judiciário que se abstenha de apreciar, inclusive em sede liminar, a ilegalidade de projeto básico, sob o fundamento de se tratar de matéria técnica meta-jurídica, pena de se negar a própria jurisdição, o que vulneraria seriamente o disposto no art. 5º, XXXV da Constituição da República.

1.5

MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: INADMISSIBILIDADE DO RITO PARA ACERTAMENTO DE OBRIGAÇÕES DE PAGAR

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sobre o procedimento monitorio. 3 Monitória contra a Fazenda Pública. 3.1 Considerações acerca do posicionamento da Jurisprudência. 3.2 Análise criteriosa da utilização do rito contra a Fazenda Pública. 3.2.1 Cumprimento do mandado. 3.2.2 Contumácia. 3.2.3 Oferecimento de embargos. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Em nossa monografia de graduação no Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo sustentamos a inadmissibilidade da utilização do procedimento monitorio contra a Fazenda Pública quando se tem em foco o acertamento/satisfação de obrigações de pagar.

A matéria é bastante controvertida, em sede doutrinária. Dentre os doutrinadores emergem duas correntes: De um lado, os que defendem admissibilidade da tutela monitoria contra a Fazenda Pública, onde se destacam Carreira Alvim, Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Nelson Nery Jr. De outro, os que pugnam pela inadmissibilidade, tais como Antônio Carlos Marcato, Vicente Greco Filho, Eduardo Talamini, José Rogério Cruz e Tucci e Humberto Theodoro Jr., entre outros.

Também nos tribunais subsiste a controvérsia, existindo julgados tanto num sentido, quanto no outro.

Precisamente quanto a esse particular, gostaríamos de abrir um parêntese. Recentemente, em conversa informal

* Procurador do Estado do Espírito Santo.

mantida com alguns colegas da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (evidentemente interessados, como Advogados Públicos que são, na confirmação da tese da inadmissibilidade contra a Fazenda Pública), recebemos a “notícia” de que a Jurisprudência estaria em vias de sufragar justamente a tese inversa, ou seja, a admissibilidade da utilização do procedimento monitório contra os entes estatais.

Essa “notícia”, longe de arrefecer as nossas convicções, fez ressurgir em nós a vontade (e mais ainda a necessidade) de retomar as investigações sobre o tema. Partimos, então, à pesquisa doutrinária e jurisprudencial e, para nossa grata surpresa, descobrimos que não há, ainda, a cogitada pacificação nos tribunais no sentido da admissibilidade do rito contra a Fazenda.

A controvérsia continua. Sua pacificação pertence ao tempo e, cremos, será preordenada, dentre outros fatores, pela atuação positiva dos principais interessados no deslinde da questão, quais sejam: a Administração e os administrados.

Daí surgiu a idéia de sistematizarmos, neste pequeno ensaio, os contornos e as peculiaridades do procedimento monitório e, como não poderia deixar de ser, as condicionantes da sua não-admissibilidade quando figura como Réu no processo a Fazenda Pública.

Estamos absolutamente convencidos dessa tese. A uma, por vislumbrarmos a impossibilidade material do adimplemento espontâneo do débito pela Fazenda Pública, tal como dispõe o parágrafo 1º do artigo 1.102c do códex processual, ao que se opõe o princípio da indisponibilidade do interesse público, corolário de outro princípio constitucional, o da legalidade administrativa, diante do qual o administrador somente pode dispor do interesse público sob respaldo de expressa previsão legal. A duas, porque o não oferecimento dos embargos pela Fazenda, no prazo de 15 (quinze) dias, não garante a imediata formação do título executivo

judicial, tendo em vista o óbice imposto pelo art. 320, II, do Código Brasileiro de Processo Civil. Com essas ressalvas, o ajuizamento de ações monitórias contra a Fazenda Pública não constituiria qualquer vantagem ao demandante, em termos de celeridade. Muito pelo contrário. Com a oposição de embargos, única situação em que se pode justificar o prosseguimento do feito, haveria a conversão do rito monitório em ordinário, impondo-se ao autor da demanda as demoras decorrentes da prática de atos processuais desprovidos de qualquer utilidade (v.g. da expedição de mandado injuntivo, citação para pagamento etc.), o que, em tese, estaria a ferir outro princípio do Direito Processual Civil, o da economia processual.

Fica aqui consignada, então, a nossa modesta contribuição aos colegas da Advocacia Pública.

2 Sobre o procedimento monitório

O procedimento monitório foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 9.079/95 e encontra-se descrito no Código de Processo Civil dentre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (Livro IV, Título I, Capítulo XV), sob a denominação de ação monitória. Em verdade, tal como acentua Alexandre de Freitas Câmara (1999, p. 459), essa denominação não é suficientemente precisa sob ponto de vista da técnica processual, porquanto não criou o ato legislativo em questão uma ação nova, mas um novo procedimento a ser elencado entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

Cuida-se, por certo, de tutela jurisdicional diferenciada que, a bem da celeridade processual, visa à rápida formação de título executivo judicial. Não obstante, é, originariamente, ação cognitiva, ainda que processada sob rito especial. Embora existam vozes em contrário, esta é a posição que adotamos, na linha da doutrina majoritária.

Note-se, a propósito, que nos termos do que dispõe o artigo 583 do Código de Processo Civil, “[...] toda execução tem por base um título executivo judicial ou extrajudicial”; de sorte que, na sua falta, não há que se pretender iniciar a atividade executiva. O mesmo se extrai do art. 876 da CLT que, aliás, restringe a execução no processo do trabalho ao âmbito dos títulos judiciais. Mas, tanto numa, quanto noutra seara, somente o título executivo tem o condão de fazer incidir a obrigação sobre o patrimônio do devedor. Na lição de Barbosa Moreira:

Enquanto o processo de conhecimento visa à formulação, na sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa, outra é a finalidade do processo de execução, a saber, atuar praticamente aquela norma jurídica concreta.

[...]

Na maioria dos casos, essa atuação prática da norma jurídica concreta é precedida da respectiva formulação pelo órgão jurisdicional; o processo de execução, embora distinto e autônomo, pressupõe o de conhecimento. Existem hipóteses, contudo, previstas no texto legal, em que se torna desnecessária a prévia atividade cognitiva: a lei confere eficácia a certos títulos, considerando que neles já se acha contida a norma jurídica disciplinadora das relações entre as partes, com suficiente certeza para que o credor se tenha por habilitado a pleitear, desde logo, a realização dos atos materiais tendentes a efetivá-la (MOREIRA, 2000, p. 185-186).

De fato, a regra na concretização da tutela jurisdicional é que se instaure um processo cognitivo, onde, observadas as cautelas legais, será emitido comando judicial definitivo, que se converterá em título executivo.

O fato é que, por razões diversas, que não serão discutidas nesta sede, a tutela jurisdicional cognitiva tradicional

acabou por se tornar um tanto quanto morosa. Conforme acentua o professor Antônio Carlos Marcato, em artigo publicado na já mencionada obra “Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo”, esta morosidade se acentua quando nos encontramos diante de provimentos condenatórios. É que, a esse ensejo, demanda-se do Poder Judiciário a solução de duas crises: uma primeira, de certeza, afeta ao processo de conhecimento; e, uma segunda, de satisfação, afeta ao procedimento executório que se instaura após a entrega da prestação jurisdicional em sede cognitiva (MARCATO, 2000, p. 198).

Daí a relativa ineficácia pragmática do provimento condenatório, ressaltada pelo professor Marcato (e por alguns outros processualistas), quando comparada aos demais provimentos judiciais (provimentos declaratório, constitutivo, mandamental), que ensejam execução indireta, e que, por esta peculiaridade, ao menos em tese, exoneram o demandante da chamada “crise de satisfação”. Sem embargo, em que pese a relevância e complexidade desta questão, seu descortino revela-se incompatível com o escopo do presente estudo.

Ficamos, pois, por aqui; apenas afirmando, o que é de conhecimento geral: o procedimento nas ações cognitivas, e, sobretudo, nas de natureza condenatória, vem se mostrando um tanto quanto lento, moroso, protraindo no tempo o acertamento do direito e, também, a sua satisfação, o que coloca em “suspense”, ao menos enquanto perdura a demanda, a pacificação do litígio.

Mas, como dito, o processo cognitivo é a regra geral. Também é nota marcante na resolução dos conflitos em sede jurisdicional o exaurimento do procedimento, o que implica a observância dos ditames do contraditório e da ampla defesa, a interposição de recursos e, por vezes, o ajuizamento de demandas incidentais, que obstam (ou, quando menos, suspendem) o deslinde da lide.

A despeito disto, como bem pondera José Carlos Barbosa Moreira no trecho supratranscrito, pode a lei estabelecer exceções a essa regra. Assim o faz o artigo 585 do Código de Processo Civil, ao contemplar a existência de títulos executivos extrajudiciais, cuja eficácia executiva independe de apreciação jurisdicional em processo de conhecimento.

Da mesma forma atuou o legislador ordinário ao instituir, entre nós, o procedimento monitório, por meio da Lei 9.079/95.

Neste último pormenor, assevera a lei que, nas hipóteses em que o credor tiver em seu poder a prova pré-constituída do débito, desde que não representada por título executivo, ser-lhe-á permitido o acesso simplificado ao título executivo. Eis o escopo principal da ação monitória: a formação do título executivo.

Isso se faz por meio do manejo de três técnicas que lhe são próprias, a saber: (a) a cognição sumária; (b) a inversão do contraditório; e (c) a execução *lato sensu*.

Fala-se em cognição sumária porque o rito determina ao magistrado que, em análise de prelibação e em juízo sumário, reconheça (ou não) a probabilidade da existência do débito consubstanciado no arcabouço documental apresentado. Desse juízo preambular resultará um ato decisório de natureza meramente condenatória. Fala-se em inversão do contraditório uma vez que o referido ato decisório comporta a “condenação” do demandado ao pagamento do débito, embora lhe faculte oportunidade para impugná-lo, pela via de embargos. Note-se, aqui, um acerto prévio do Direito, que poderá (ou não) ser confirmado, quer em razão da contumácia do réu (inércia), quer em razão da improcedência dos embargos, ou, mais tecnicamente, da procedência da ação monitória. Fala-se em execução *lato sensu* haja vista que a ação monitória, tal como algumas outras espécies de demandas cognitivas (v.g. do mandado de seguran-

ça e das ações declaratórias e constitutivas), possui executoriedade própria e imediata.

Entretanto, mesmo o manejo dessas “técnicas” e, bem assim, as peculiaridades do rito, não afastam a natureza cognitiva da ação monitória.

Como dissemos, a tutela monitória, conforme se encontra disposta no Código de Processo Civil Brasileiro, encontra-se descrita entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa do processo de conhecimento. Vemos, assim, que a opção do legislador foi a de colocá-la entre as demandas cognitivas.

Não obstante a isso, há quem a classifique como procedimento do processo de execução (Greco Filho) ou como um quarto tipo de processo (Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos Marcato).

Ocorre que somente poderá lançar mão do processo de execução aquele que possui título executivo. Ao menos pelo que se pode extrair do artigo 583 do Código Brasileiro de Processo Civil, ou, no âmbito do processo do trabalho, do art. 876 da CLT. Assim, se o procedimento monitório tem por função fundamental, justamente, a rápida formação do título executivo, não há como classificá-lo como procedimento do processo executivo.

Da mesma forma não merece prosperar a tese de que o procedimento monitório constituiria um novo tipo de processo, assim descrita, em curtas linhas, por Cândido Rangel Dinamarco:

Sob a denominação de ação monitória, a Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, incluiu no Livro do Código de Processo Civil destinado aos procedimentos especiais uma modalidade de processo inteiramente nova em nossa ordem jurídico-processual, que é o processo monitório. Não se enquadra na figura do processo de conhecimento nem na do executivo e muito menos na do cautelar. É um processo que com extrema celeridade propicia

um título executivo ao autor munido de documentos idôneos, prosseguindo desde logo, sem a instauração de um novo processo, com a execução fundada nele (DINAMARCO *apud* CÂMARA, 1999, p. 463-464).

Para Dinamarco, esse “novo” gênero processual decorre do fato de a ação monitoria tornar viável a instauração da execução sem a necessidade de processo cognitivo autônomo. Também partilha deste entendimento o professor Antônio Carlos Marcato (2000, p. 199-200).

Discordamos da proposição lançada. Ao que nos parece, o procedimento monitorio não constitui gênero autônomo de processo. Cuida-se, como já afirmamos, de procedimento especial de jurisdição contenciosa, e, portanto, de autêntica ação cognitiva.

A celeridade que permeia o rito monitorio não desnatura a sua natureza cognitiva. Mesmo neste rito, a execução só se torna possível após a formação do título executivo, o que poderá se verificar, quer a partir da atribuição de eficácia executória ao título injuntivo (ou monitorio), por presunção legal, nas hipóteses em que se verifica o cumprimento do mandado monitorio e/ou a contumácia do réu, quer a partir do julgamento da ação (ou dos embargos monitorios, como preferem alguns), em havendo a oposição de embargos ao mandado. Nas precisas observações de Calamandrei:

[...] O credor, mediante o processo monitorio, consegue obter com celeridade aquele título executivo que a cognição ordinária lhe proporcionaria somente depois de muita dilação; mas, uma vez que se tenha conseguido obter rapidamente, no processo monitorio, o título para passar à execução, se encontra, frente à execução, na mesma condição em que se encontraria se seu crédito houvesse sido declarado por uma sentença condenatória.

A ordem de pagamento, a injunção [...], não é frente a execução, um passo mais adiante do que pode ser a

sentença de condenação. A mesma serve de fundamento à execução, é o meio, de que até agora o credor se encontrava desprovido, para abrir a execução. É, em suma, título executivo, mas não é, ainda, início de execução. Dizer que a injunção já parte da execução é como dizer que já entrou em casa aquele que ainda vai em busca da chave para abrir a porta (CALAMANDREI, *apud* CÂMARA, 1999, p. 465).

Cabe, aqui, uma observação: ao que nos parece, o professor Dinamarco tem plena razão ao afirmar que a execução, no procedimento monitório, não se processa por meio de demanda autônoma.

O procedimento monitório comporta desfechos distintos, conforme o comportamento do devedor. Com efeito, a citação do demandado na ação monitória enseja três conseqüências práticas possíveis: a) o cumprimento do mandado; b) a contumácia; e c) o oferecimento dos embargos.

Verificando a existência de prova escrita, sem eficácia de título executivo (CPC, 1.102a), deve o magistrado receber a inicial, mediante decisão fundamentada, onde será determinada a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 dias (CPC, artigo 1.102b). Neste mesmo prazo, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial; não sendo opostos os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo (CPC, art. 1.102c).

O fato é que a ação monitória, ainda que cognitiva, traz em si condicionantes especiais, que a equiparam, em determinados momentos, às demandas executórias, ou, quando menos, permitem a satisfação do direito sem a necessidade de se deflagrar demanda executória autônoma. A rigor, uma vez verificada a existência do débito, seja pela

contumácia, seja pelo julgamento da ação monitória (ou, para os que assim preferem, dos embargos), o procedimento, que tem, importa reiterar, natureza cognitiva, aufere, por expressa disposição do *caput* do artigo 1.102c do Código de Processo Civil e de seu parágrafo 3º, respectivamente, eficácia executória, o que somente é possível após o prévio acertamento de direito.

Concluímos, pois, tal como Dinamarco e Marcato, que a execução, no rito monitório, integra a ação originária (monitória). Contudo, não cremos, como eles, que esta singularidade venha a desnaturar a natureza cognitiva desta célebre via processual. Afinal, o objeto principal da ação monitória, ou, como prefere Pontes de Miranda (1998, p. 131), a sua eficácia preponderante, reside na condenação do requerido ao pagamento ao requerente de uma determinada quantia, isto é, na formação do título executivo. O adimplemento da obrigação, quer pelo cumprimento, quer pela execução forçada da dívida, deflagrada no curso deste mesmo procedimento, é mera consequência do acertamento do direito nesta sede.

O simples fato de a ação monitória predispor-se a solucionar as crises de certeza (cognição) e de satisfação (execução) mencionadas por Marcato, não é suficiente para lhe atribuir a condição de novo gênero processual. O Mandado de Segurança, autêntica demanda cognitiva, também dá conta, pela via da execução indireta, do acertamento e da satisfação de direitos; e nem por isso diz-se constituir o mesmo um novo gênero processual. Também as ações constitutivas auferem, *per se*, eficácia executiva, sobretudo as ações possessórias; e nem por isso lhes é negada a condição de ação cognitiva. Anotamos, ainda, que algumas das ações cautelares específicas previstas no Código Brasileiro de Processo Civil trazem em si condicionantes e características absolutamente incompatíveis com o poder geral de cautela; e nem por isso deixam de ser con-

sideradas ações cautelares, para constituírem um novo gênero de processo.

Ficamos, pois, com o posicionamento que nos parece mais adequado, qual seja, o de que a ação monitória é demanda cognitiva, apenas processada sob rito especial.

3 Monitória contra a Fazenda Pública

Mas se o procedimento monitório encerra autêntica ação cognitiva, por que ele não pode ser admitido em demandas ajuizadas contra a Fazenda Pública?

A resposta a esse questionamento (não obstante a mencionada controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema) é singela.

Entretanto, antes de adentrarmos nas discussões técnicas e teóricas que envolvem o tema, é conveniente que transcrevamos, até mesmo com vistas a proceder a uma melhor e mais clara exposição da matéria, os julgados que consubstanciam o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais pátrios. Registramos (e reiteramos), de antemão, que, tal como ocorre com as Cortes de Apelação, a matéria ainda não se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que tem a função constitucional de unificação da Jurisprudência.

3.1 Considerações acerca do posicionamento da Jurisprudência

Dos poucos julgados que pudemos extrair dos ementários do Superior Tribunal de Justiça, verificam-se decisões tanto no sentido da admissibilidade do ajuizamento de ações monitórias contra a Fazenda Pública, quanto no da inadmissibilidade de tais demandas.

São pelo cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública os seguintes arestos, *verbis*:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ART. 1.102A, 'B' E 'C', E PARÁGRAFOS, DO CPC.

1. A norma que introduziu a ação monitória no Código Processual Civil (art. 1.102a, 'b' e 'c', e parágrafos) revelou-se absolutamente omissa quanto à possibilidade de ser utilizada frente à Fazenda Pública, ou por ela. Pelo fato do regime brasileiro de execução contra o Estado possuir características especiais, conferindo-lhe privilégios materiais e processuais que são indiscutíveis, evidencia-se, inobstante tais peculiaridades, que os preceitos legais instituidores do procedimento monitório não comportam uma leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos do nosso ordenamento jurídico a fim de que se torne viável a aplicação do mesmo em face dos entes públicos.

2. Não havendo óbice legal expreso contra a sua utilização perante a Fazenda, não cabe ao intérprete fazê-lo, face ao entendimento de que é regra de hermenêutica jurídica, consagrada na doutrina e na jurisprudência, a assertiva de que ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez, sendo inconcebível interpretação restritiva na hipótese.

3. A decisão proferida em sede do procedimento monitório (art. 1.102b, do CPC) tem eficácia de título executivo judicial, mesmo quando não haja interposição de embargos. A necessidade de observância da disciplina do art. 730, do CPC, não induz o raciocínio de que a execução pressupõe título judicial (REsp nº 42.774-6/SP, Rel. Min. Costa Leite, DJU 19/09/94).

4. Embora parte da doutrina irresigne-se contra a expedição *initio litis* do mandado de pagamento ou de entrega da coisa contra o Estado, tal argumento deve sofrer atenuações em sua interpretação. Nada impede que a

Fazenda reconheça o seu débito e efetue a obrigação exigida pelo credor, cumprindo voluntariamente a ordem injuntiva, sem desprezeitar o sistema do precatório. Para tanto, basta o reconhecimento da condição de devedora.

5. Não cumprido o mandado para pagamento ou entrega da coisa, à Fazenda é facultado o oferecimento de embargos (art. 1.102c do CPC). Tal hipótese evidencia-se mais tranqüila, eis que estes serão processados pelo procedimento ordinário, assegurando-se amplamente o contraditório e ensejando a possibilidade de farta discussão dos fatos, ampliando sobremaneira o âmbito cognitivo do magistrado e a defesa da devedora. Se rejeitados os embargos, após submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição, prossegue-se a execução, em caso de quantia certa, de acordo com os termos do art. 730 e seguintes, do CPC, e em obediência ao sistema dos precatórios previsto no art. 100, da CF/88.

6. Se a Fazenda não apresentar embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se, igualmente, no caso de quantia certa, o rumo traçado pelo art. 730 e seguintes, devendo adequar-se, no particular, às regras do art. 1.102c, *caput*, parte final, e § 3º, parte final, todos do CPC, protraindo-se o pagamento pelo precatório nos termos do art. 100, da CF/88.

7. Na hipótese de não interposição de embargos, com a conseqüente conversão do mandado de pagamento em título executivo, comungo do entendimento que defende a possibilidade de, nos casos em que a Fazenda figurar no pólo passivo da demanda, haver reapreciação da decisão pelo Tribunal. Assim, resguardadas estarão as prerrogativas do Estado de que contra ele não prevalece a regra da confissão ficta e a incidência dos efeitos da revelia, por se tratar de direito indisponível (art. 320, II, do CPC).

8. Recurso especial improvido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 281483. Processo: 200001025490 UF: RJ. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 06/08/2002 Documento: STJ000453897. Fonte DJ DATA: 07/10/2002 PÁGINA:181. Relator(a) MILTON LUIZ PEREIRA. Relator do Acórdão JOSÉ DELGADO).

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. O procedimento monitorio não colide com o rito executivo especifico da execução contra a Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitorio, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e IV (execução *stricto sensu*), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não-incidência dos efeitos da revelia.

2. O propósito da ação monitoria é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo. A execução deste título contra Fazenda Pública deve seguir os trâmites do art. 730, que explicita o cânone do art.100, da Carta Constitucional vigente.

3. Os procedimentos executivo e monitorio têm natureza diversa. O monitorio é processo de conhecimento. A decisão 'liminar que nele se emite e que determina a expedição do mandado de pagamento não assegura

ao autor a prática de atos de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo, uma vez que a defesa (embargos) tempestiva do réu instaura a fase cognitiva e impede a formação do título.

4. Recurso provido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 215526. Processo: 199900444531 UF: MA. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 11/06/2002 Documento: STJ000453811. Fonte DJ DATA: 07/10/2002 PÁGINA:176. Relator(a) FRANCISCO FALCÃO. Relator Acórdão LUIZ FUX).

Ementa

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA NA DOCTRINA. RECURSO DESPROVIDO.

Diante das características e objetivos do procedimento monitorio, e também por inexistir qualquer óbice relevante, tem-se por admissível a adoção desse procedimento também contra a Fazenda Pública.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 196580. Processo: 199800879889 UF: MG. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data da decisão: 17/10/2000 Documento: STJ000379409. Fonte DJ DATA: 18/12/2000 PÁGINA:200 JBCC VOL.:00187 PÁGINA:350 RIP VOL.:00009 PÁGINA:294. Relator(a) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA).

Em que pese professarmos neste estudo a tese oposta, são extremamente relevantes ao descortino da *vexata quaestio* os argumentos expendidos pelos ilustres julgadores que, nos julgados supra-referenciados, corroboraram a tese da admissibilidade da demanda monitoria contra a Fazendeira.

da Pública. *Ipsa facto*, passamos a transcrevê-los, em apertada síntese.

Alega-se, a propósito de defender o cabimento do procedimento na hipótese versada, que a norma que introduziu a ação monitória no Código Processual Civil (art. 1.102a, 'b' e 'c', e parágrafos) é omissa quanto à possibilidade de ser utilizada frente à Fazenda Pública; e que, não havendo óbice legal expresso contra a sua utilização perante a Fazenda, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Alega-se, ainda, que a decisão proferida no procedimento monitório (art. 1.102b, do CPC) tem eficácia de título executivo judicial, mesmo quando não haja interposição de embargos, de sorte que a necessidade de expedição de precatório não representa óbice à opção pela via monitória, pois o título executivo através dela obtido é, à evidência, antecedente à sua execução, não havendo impropriedade em se admitir a ação monitória contra a Fazenda Pública, desde que nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil e observando o disposto no artigo 100 da Constituição.

Alega-se, outrossim, que uma vez apresentados os embargos, o processo passa a seguir o rito ordinário, com todas as garantias inerentes a esse procedimento, inclusive o contraditório.

Alega-se, também, que o fato das sentenças contra a Administração Pública estarem sujeitas à remessa de ofício não afasta a aplicação dos artigos 1.102a a 1.102c, haja vista que a monitória tem por objetivo tão somente a célere formação do título executivo, de forma que, mesmo admitindo a aplicação do artigo 475, II, ganhar-se-ia em rapidez com a cognição sumária.

Alega-se, por fim, que a incidência do artigo 320 do Código de Processo Civil estaria relevada, mesmo quando não opostos embargos, uma vez que o processo monitório exige prova pré-constituída, sendo ônus do autor colocar o documento a instruir a sua pretensão; e que, ade-

mais, é relativa a indisponibilidade do direito da Fazenda Pública, não ficando ela impedida de cumprir voluntariamente o mandado de pagamento ou de se sujeitar à execução fundada no título executivo obtido pela via monitória, sobretudo em virtude de tal procedimento lhe ser favorável, por dispensar o pagamento de despesas e honorários advocatícios caso efetue o pagamento voluntariamente.

Temos algumas considerações a fazer sobre a citada argumentação.

De fato, não traz o Código Brasileiro de Processo Civil restrição expressa à utilização da via monitória contra a Fazenda Pública. Contudo, tal argumento não tem o condão de, *per se*, afiançar a tese da admissibilidade. A uma, porque o Código de Processo Civil é, no pormenor, norma geral, cuja vigência e eficácia encontram-se limitadas por outras normas jurídicas, ainda que editadas anteriormente à publicação da Lei n.º 9.079/95, como o são, dada a sua especialidade, as normas que regem a indisponibilidade do interesse público, tal qual aquela positivada no art. 320 deste mesmo diploma legal. A duas porque, como se verá adiante, condicionantes excepcionálíssimas inviabilizam a constituição do título executivo no rito monitório quando figura no pólo passivo da demanda a Fazenda Pública.

Também comungamos com a tese de que: (a) a ação monitória tem por finalidade a obtenção (embora por via mais célere) do título executivo (sem embargo de seu procedimento trazer em si, por disposição normativa expressa, eficácia executiva), donde se infere, em princípio, a possibilidade de compatibilização, de sua fase executória, com os ditames do artigo 730 do Código de Processo Civil e, também, do que dispõe a Constituição da República em seu artigo 100; (b) uma vez oferecidos embargos pela Fazenda Pública, haverá a conversão do rito monitório em ordinário, tese defendida pela doutrina mais autorizada; e (c)

as disposições do Código de Processo Civil no que pertine à remessa *ex officio* não têm o condão de ilidir o processamento de tutela monitória contra o Estado.

Contudo, a despeito disto e não obstante o respeito que nutrimos por aquela Egrégia Corte, com a renovada vênia, reservamo-nos a discordar do entendimento manifestado nos referidos julgados, cuja discussão não foi suficiente a pacificar a matéria nem mesmo no interior das respectivas Turmas de Julgamento. Registramos, a propósito, que o julgamento dos REsp nº 281483 e 215526 não foi unânime, havendo sido vencidos, respectivamente, os Ministros Relatores Milton Luiz Pereira e Francisco Falcão. Registramos, ainda, que embora tenha sido unânime a votação do REsp. n.º 196580, o Ministro Aldir Passarinho Júnior, também integrante da Turma, fez registrar em seu Voto a impossibilidade de emissão de mandado de pagamento contra a Fazenda Pública. Este julgamento, aliás, versa sobre hipótese fática em que haviam sido opostos embargos ao mandado, de sorte que, a essa altura, dada a conversão do rito monitório em ordinário, perde sentido a discussão acerca da admissibilidade ou não da demanda. Disso trataremos em momento oportuno.

O fato é que os arestos supratranscritos não traduzem o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cuidando-se, com efeito, de meros precedentes isolados. Até porque a jurisprudência, na exata conotação que lhe dá o Direito, corresponde às decisões reiteradas dos Tribunais ou, segundo De Plácido e Silva o “[...] conjunto de decisões de um mesmo assunto ou coleção de decisões de um mesmo tribunal” (SILVA, 1999, p. 469), de maneira que os julgados em questão constituem, somente, embates daquela Egrégia Corte no sentido da pacificação da matéria.

Registramos, por oportuno, a existência de julgados em sentido contrário no Superior Tribunal de Justiça. É o que

se pode extrair do aresto consignado no julgamento do REsp. nº 197.605, que segue assim ementado:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DESCAMBIMENTO. CPC, artigos 267, I, IV e VI, 295, III, 301, X, 646 a 730 e 1.102, a, b, c, §§§ 1º, 2º e 3º.

1. À parla de ação monitória – cuja natureza é mais executiva do que cognitiva –, a legislação específica não incluiu a Fazenda Pública, a indicação fundamentalmente está limitada às lides entre particulares. Demais, a execução contra a Fazenda Pública tem como lastro comum o título judicial, de modo que o detentor de título extrajudicial, exceção àquela regra, deve propor ação de conhecimento, para promover a respectiva execução. Enfim, o procedimento para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (art. 730, CPC) não se amolda ao da ação monitória. Outro elemento a indicar a inadmissibilidade do uso dessa ação contra a Fazenda Pública é que não prevalece a regra da confissão da obrigação (arts. 319 e 320, CPC).

2. Recurso provido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 197605. Processo: 199800903160 UF: MG. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 14/11/2000 Documento: STJ000393142. Fonte DJ DATA: 18/06/2001 PÁGINA:114 RDR VOL.:00020 PÁGINA:200 RET VOL.:00020 PÁGINA:25 RSTJ VOL.:00154 PÁGINA:57. Relator(a) JOSÉ DELGADO. Relator Acórdão MILTON LUIZ PEREIRA).

Quadra destacar, ainda, recente decisão daquela Egrégia Corte, relatorizada pelo Ministro Franciulli Netto, que comporta idêntica solução ao impasse:

Ementa

AÇÃO MONITÓRIA. FAZENDA PÚBLICA.

Não é cabível a cobrança de débito da Fazenda Pública mediante ação monitória.

A pronta expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa, permitida no âmbito da ação monitória (art. 1.102b do CPC), choca-se com a obrigatoriedade do pagamento desses débitos via precatório (art. 100 da CF/1988).

Outrossim, a possibilidade de nomeação de bens à penhora, constante do art. 1.102c do CPC, é, a toda evidência, incompatível com a impenhorabilidade dos bens públicos. Além disso, a celeridade do sistema injuntivo não se coaduna com a obrigatoriedade de as sentenças desfavoráveis aos entes públicos se sujeitarem ao duplo grau (art. 475, II, do CPC).

Por fim, na ausência de embargos, os efeitos da revelia não ensejariam a constituição do crédito, pois se cuida de direito indisponível, sem possibilidade de incidência de confissão ficta (art. 320, II, do CPC).

(STJ. 2a Turma. Precedente citado: REsp 197.605-MG, DJ 18/6/2001. REsp 202.277-SP, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 11/5/2004. (Informativo 208).

Também o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo vem pugnando a inadmissibilidade da tutela monitória contra a Fazenda Pública, a saber:

Ementa

PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO MONITÓRIA - FAZENDA PÚBLICA - PROCEDIMENTO INCABÍVEL - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1 - É inviável o ajuizamento de ação monitória contra a Fazenda Pública;

2 - A impossibilidade resulta da necessidade de previa condenação para constituição do título judicial, inadmitida a confissão ficta.

3 - Recurso a que se nega provimento.

(TJES. Processo: 062989000047 - Apelação Cível. Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Data Julgamento: 02/09/1999. Data Leitura: 04/06/1999. Desembargador Titular: PEDRO VALLS FEU ROSA).

Este entendimento é, também, o que prevalece nos Tribunais Regionais Federais. É o que se pode extrair dos seguintes julgados:

Ementa

AÇÃO MONITÓRIA. CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

É incabível a ação monitória contra a Fazenda Pública, tendo em vista a forma especial de execução prevista no art. 730 do Código de Processo Civil.

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 328595. Processo: 200004010232059. UF: SC. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 25/09/2000. Documento: TRF400077765. Fonte DJU. DATA: 04/10/2000. PÁGINA: 260. Relator(a) JUIZA MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA).

Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CRÉDITO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PENSÃO A DEPENDENTE DE SERVIDOR FALECIDO. ART. 40 DA CF. ART. 20 DO ADCT.

A ação monitória não seria, em princípio, o meio adequado para executar créditos contra a Fazenda Pública. Isso porque, sendo indisponíveis os direitos desta, a ausência de resposta não poderia desde logo constituir o título executivo, principal consequência desta es-

pécie de demanda; há, portanto, séria incompatibilidade entre os efeitos da monitória e a ausência de efeitos em se tratando de revelia do órgão público.

No caso, a farta instrução da causa e os embargos apresentados tanto pelo INSS, quanto pela União, deram à demanda contornos de cognição suficientes ao juízo condenatório proferido em primeira instância, devendo ser mantida a sentença diante dos princípios da economia processual e da efetividade da jurisdição.

O art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, combinado com o art. 20 do ADCT determinam o pagamento de pensão pelo valor integral dos vencimentos do servidor, como se em atividade estivesse, a partir de 180 dias da promulgação da Magna Carta.

Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: REO - REMESSA *EX-OFFICIO* – 17245. Processo: 199904010331768. UF: PR. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da decisão: 29/06/2000. Documento: TRF400076748. Fonte DJU DATA: 09/08/2000. PÁGINA: 218. Relator(a) JUIZ SERGIO RENATO TEJADA GARCIA).

Ementa

AÇÃO MONITÓRIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. SERVIDORES FEDERAIS INATIVOS. REPETIÇÃO DO INDEBÍTO. DESCABIMENTO DA VIA ELEITA.

Os débitos da Fazenda Pública são pagos por meio de precatório, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

A ação monitória, de rito de cognição sumária, é incompatível com o referido dispositivo.

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 337422. Processo: 199970000305659. UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 01/06/2000. Documento: TRF400076474. Fon-

te DJU DATA:26/07/2000. PÁGINA: 58. Relator(a) JUIZA TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR).

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO MONITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. INCOMPATIBILIDADE.

A execução contra a Fazenda tem peculiaridades que não se adaptariam ao procedimento injuncional.

Apelo improvido.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO. Classe: AC - Apelação Cível – 168600. Processo: 9905196870. UF: PB. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data da decisão: 16/05/2000. Documento: TRF500042379. Fonte DJ DATA:10/11/2000. PÁGINA:499. Relator(a) Desembargador Federal Francisco Cavalcanti).

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - O pagamento dos débitos da Fazenda Pública está sujeito a precatório, que, por sua vez, pressupõe sentença condenatória, submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório. Tais institutos, à evidência, não se coadunam com a ordem de pagamento imediato de que trata o art. 1.102b do Código de Processo Civil e que é da essência da ação monitória.

2 - Sem que exerça verdadeira atividade legislativa, criando procedimento não previsto em lei, não há como compatibilizar as regras da ação monitória com o sistema que o Direito brasileiro adotou para a quantia certa contra a Fazenda Pública.

3 - Apelação a que se nega provimento.

(TRF - PRIMEIRA REGIÃO. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 01000170143. Processo: 199901000170143. UF: DF. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 05/10/1999. Documento: TRF100090019. Fonte DJ DATA: 29/02/2000. PÁGINA: 84. Relator(a) JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN) – Grifo nosso.

Concluímos, então, pela persistência da controvérsia jurisprudencial sobre o tema e, acertadas essas premissas, passaremos a descortinar, passo a passo, as condicionantes da inadmissibilidade do rito em face da Fazenda Pública.

3.2 Análise criteriosa da utilização do rito contra a Fazenda Pública

Conforme já pudemos adiantar quando fizemos a exposição do procedimento, a citação do demandado na ação monitória enseja três conseqüências práticas possíveis: a) o cumprimento do mandado; b) a contumácia; e c) o oferecimento dos embargos.

À luz dessas conseqüências, buscaremos compreender e demonstrar o processamento da ação monitória quando figura em seu pólo passivo a Fazenda Pública. Dessas conseqüências, sobretudo da impossibilidade do cumprimento do mandado, dada a indisponibilidade do interesse público, e da inviabilidade da constituição do título executivo por meio da contumácia, é que emergem as condicionantes da inadmissibilidade da via na hipótese proposta.

3.2.1 Cumprimento do mandado

Havendo pagamento nos termos do artigo 1.102c, parágrafo 1º, resolve-se a obrigação. Por certo, na tutela monitória, o pagamento espontâneo do mandado constitui vantagem à parte ré, que fica isenta de custas e honorários

advocatícios. Todavia, há de se ressaltar a impossibilidade material de se concretizar tal pagamento quando figura no pólo passivo da demanda a Fazenda Pública, haja vista a conjugação do princípio da indisponibilidade do interesse público com a legalidade estrita.

A atividade administrativa, no pormenor, encontra-se plenamente vinculada à lei. Por sua vez, a norma contida no parágrafo 1º, do art. 1.102c, tem eficácia meramente processual e dirige-se a todo e qualquer sujeito de direito. Não há, nesta norma (ou em qualquer outra positivada no ordenamento pátrio) autorização legal para que o administrador, reconhecendo a existência do débito, proceda ao pagamento do crédito consubstanciado no título injuntivo.

No julgamento do Recurso Especial n.º 196.580-MG, a que nos referimos na parte introdutória deste capítulo, ressalta o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira ser “[...] relativa a indisponibilidade do direito da Fazenda Pública, não ficando ela impedida de cumprir voluntariamente o mandado de pagamento, ou de se sujeitar à execução fundada no título executivo obtido pela via monitória”. Como fundamento, articula tão somente de ser o procedimento monitório favorável ao devedor, por dispensar o pagamento de despesas e honorários advocatícios em caso de adimplemento voluntário.

Não questionamos a eficácia relativa do princípio. Aliás, os princípios constitucionais, no dizer do Excelso Pretório, assumem, de regra, eficácia relativa. Não obstante, a vinculação do Administrador à lei é absoluta, haja vista a conjugação dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade estrita.

Vejamos:

A posição privilegiada que detém a Administração Pública em suas relações, autêntico corolário do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que justifica a existência de prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública.

Estas prerrogativas, evidentemente, somente se mostram válidas (e justificáveis) nas hipóteses em que o Estado defende interesses primários, classificados por Renato Alessi como aqueles que a lei aponta como sendo interesses da coletividade, e não, meramente, interesses exclusivamente do Governo ou da burocracia estatal. Para este festejado administrativista italiano é interesse primário da Administração, apto, portanto, a ser tutelado sob os ditames do Direito Público, o interesse do Estado e, por conseguinte, da coletividade, na observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos (*apud* MELLO, 2000, p. 33).

Ressaltamos, a propósito, que o eventual interesse da Administração em contrapor-se a determinada pretensão do particular, consistente na cobrança de crédito que este julga ter, não estará apto, em princípio, a integrar os chamados interesses primários do Estado, de sorte a tornar-se viável a invocação, em seu favor, do princípio supra-referenciado. É exatamente o que ocorre quando a Fazenda Pública nega-se ao cumprimento do mandado monitório.

Nesta hipótese, estaria o órgão governamental, ao menos em tese, a concorrer com o particular em “pé de igualdade”. Ainda em tese, não se poderia afirmar a supremacia do interesse do Estado que, por ser interesse secundário, na classificação de Alessi, não integraria o que se conveniou chamar “interesse público”. Entrementes, tal ilação constitui, a nosso sentir, ledó engano.

Dizemos, aqui, “em princípio”, “em tese”, porque há um aspecto dessa peculiar relação jurídica que não pode ser olvidado. É que, ainda que o interesse da Administração em resistir à pretensão hipotética mencionada não integre, *prima facie*, interesse público, há, por trás dessa resistência um outro interesse que, não temos dúvida, é interesse primário, consubstanciado no direito de toda a coletividade à correta e transparente gestão da coisa pública. Na hipóte-

se versada, cabe ao Estado e, sobretudo, aos seus agentes, resistir à pretensão mencionada, até mesmo como forma de se verificar a existência (ou inexistência) do débito afirmado. Que fique claro: o interesse da Administração, na espécie, não se sobrepõe, necessariamente, ao interesse do particular; mas, de outra banda, o interesse do Estado à pormenorizada apuração da existência da dívida e, também, da sua correta quantificação, não pode ser desprezado enquanto faceta do interesse público.

Seria desejável que o administrador, em verificando a procedência do débito e de sua quantificação, pudesse, atendendo à pretensão do credor, prontamente adimpli-lo, ou, no caso da ação monitória, cumprir os termos do mandado. Gostaríamos, sinceramente, de sustentar essa tese. Ocorre que sua atividade, no pormenor, encontra-se irremediavelmente amalgamada à existência de expressa autorização normativa, circunstância que, a nosso ver, encontra-se plenamente justificada à luz do ordenamento jurídico pátrio. Tratamos, agora, de questão mais elevada que envolve a necessidade da preservação do interesse da coletividade; uma questão de segurança jurídica.

O fato é que, isoladamente, o princípio da supremacia do interesse público não é suficiente a garantir, sob o prisma do controle dos atos da Administração, segurança jurídica aos administrados. É que o Estado, enquanto instituição, embora gerido por órgãos, é administrado por pessoas. Estas pessoas são, em sua vida cotidiana, indivíduos como outros quaisquer, que têm desejos e interesses, podendo, eventualmente (e até mesmo inconscientemente), impô-los aos demais indivíduos. Ora, se o Estado é aparato dotado de força suficiente a comandar os indivíduos, não seria difícil aos homens que o governam imporem, por seu intermédio, as suas vontades, os seus desejos, os seus caprichos. Isto efetivamente ocorreu em determinados momentos da História, e certamente tornará a acontecer.

Temos, aqui, uma grave patologia que, por vezes, instala-se sobre o sistema administrativo. A “cura” dessa doença (ou, quando menos, o “remédio” que preordena o controle de seus sintomas mais agudos), vem sendo trabalhada ao longo dos anos. Com o surgimento do constitucionalismo, foram estabelecidos “freios” à atuação estatal (princípio do *check and ballance*); mais à frente, com o desenvolvimento do Direito Administrativo, viram-se estabelecidos limites aos agentes estatais na sua atuação. Com efeito, a principal salvaguarda que se desenvolveu nessa linha foi a vinculação da Administração à lei. É pressuposto fundamental desta medida a noção, que hoje temos, de que o interesse público é indisponível.

Mas qual seria o fundamento normativo da indisponibilidade do interesse público? Entendemos que o referido princípio tem inspiração constitucional, porquanto se posiciona, no que diz respeito ao controle dos atos da Administração, ao lado do princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna em seus artigos 5º, II e 37, *caput*. É em razão da indisponibilidade do interesse público que, na Administração Pública, o princípio da legalidade converte-se em legalidade estrita, de forma que, enquanto o cidadão comum não será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, não tem o administrador público a faculdade de agir por sua própria vontade. Sua atuação encontra-se adstrita aos estritos limites da autorização legislativa.

Anotamos, a propósito, que o administrador age, no cumprimento do seu múnus administrativo, como preposto da Administração. Nas relações privadas a atuação do preposto encontra-se adstrita aos termos do mandato, que o vincula. Quando o preposto extrapola os limites da discricionariedade que confere o mandatário, é cabível, naquela esfera, a sua responsabilização pelos atos praticados em excesso ao mandato. Essa possibilidade é também cogitada no âmbito da atividade administrativa. Todavia, dada a

responsabilidade objetiva do Estado, tipificada, entre nós, no parágrafo 6º, do art. 37 da Constituição da República, a responsabilização, mesmo nas hipóteses de excesso ao “mandato”, via de regra, recairá, primeiramente, sobre a Administração. Daí a repugnância dos ordenamentos a que os agentes administrativos possam agir conforme a sua própria vontade.

Esclarecemos, por oportuno, que, no que diz respeito à atividade administrativa, o “mandato” conferido aos agentes da Administração encontra-se instrumentalizado por meio de atos normativos emanados do Poder Legislativo, que os vinculam de forma absoluta. Tratamos, aqui, do princípio da legalidade estrita, que se conjuga à indisponibilidade do interesse público, por lhe ser consectário lógico, integrando-a. Daí afirmarmos que a vinculação da Administração à lei constitui a principal salvaguarda que se desenvolveu nessa linha. É o que nos ensina Marcelo Caetano, eminente administrativista português, ao dispor, no seu “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, sobre as garantias da legalidade. Nas palavras do mestre:

[...] não se deve esquecer de que a observância da legalidade se justifica por si mesma, independentemente do valor que reveste como proteção dos particulares que travam relações com a Administração. O interesse público a prosseguir, os órgãos e agentes incumbidos de o fazer, os poderes funcionais de que uns e outros lançam mão para o efeito e ainda, em maior ou menor medida, as formas de agir e os meios de ação a adotar – tudo são aspectos que à lei cabe definir e regular em termos que a Administração deve respeitar. E porque o interesse coletivo exige o respeito das leis em vigor pela Administração mesmo que a atuação desta não contenda com as situações subjetivas dos particulares, não basta que existam e funcionem garantias dos administrados: importa também organizar garantias da legalidade (1977, p. 476, grifo nosso).

Acertada esta premissa, a questão é saber: A indisponibilidade do interesse público assume, como os demais princípios constitucionais, eficácia relativa? A vinculação da Administração à lei pode ser afastada ante a pretensa relatividade do princípio supramencionado?

A resposta a essas proposições assume especial relevância ao descortino da questão a que nos propusemos responder quando iniciamos os estudos que culminaram na confecção do presente ensaio. A eficácia do princípio em comento é, de fato, relativa. Sem embargo, a indisponibilidade do interesse público, uma vez atrelada ao princípio da legalidade estrita, vincula a atividade administrativa. Temos, aqui, se não um princípio absoluto, uma verdade incontestável, absoluta: a atividade administrativa encontra-se plenamente vinculada à lei. Neste sentido é a ilação de Carlos Ary Sundfeld, um dos mais notáveis publicistas pátrios. *In verbis*:

Além de legislar, o Estado exerce o poder de administrar (inclusive cobrando tributos) e de punir criminalmente os cidadãos. Nesse campo, sua submissão ao direito é assegurada pelo princípio da legalidade, indistintamente aplicável aos direitos administrativo, tributário e penal. Este princípio – em verdade um subprincípio do direito público, decorrência da submissão do Estado à ordem jurídica – determina que ato algum do Estado surgirá senão como comando complementar de lei.

A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. A Administração só pode fazer o que a lei autoriza: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: esta se encontra em relação de subordinação necessária àquela. Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Todo poder é da lei; apenas em nome da lei se pode impor obediência. Por isso, os agentes administrativos não dispõem de liber-

dade – existem somente para os indivíduos considerados como tais –, mas de competências, hauridas e limitadas pela lei (2000, p. 159).

Daí concluímos que o referido princípio, embora não detenha, *per se*, eficácia absoluta, vincula, em todos os casos, a Administração Pública. Mesmo nos atos discricionários, esta discricionariedade demanda prévia, ainda que genérica, prescrição normativa, que deverá conter, se não a exata descrição da conduta administrativa, ao menos, norma autorizadora da mencionada conduta. Entendemos, aliás, que quanto mais pormenorizada for a exposição normativa acerca do *modus operandi* da Administração, melhor estará atendido o interesse público.

No que diz respeito à ação monitória, entendemos despropositado, à míngua de expressa autorização normativa, o cumprimento do mandado monitório, hipótese em que estaria desatendida, a nosso ver, a sistemática de pagamento descrita no art. 100 da Carta de 1988.

Acertada essa premissa, *data venia* ao Ministro Sálvio Figueiredo, o simples fato constituir vantagem ao devedor o pagamento voluntário da dívida, não autoriza a tomada dessa providência pela Administração.

A propósito, melhor opina Antônio Carlos Marcato, ao questionar a viabilidade do pagamento voluntário pela Fazenda Pública, ao pugnar pela impossibilidade do cumprimento do mandado de pagamento pelo Estado. *In verbis*:

“Qual a primeira possibilidade do réu diante do mandado inicial? O réu é cientificado e cumpre o mandado. Mas a Fazenda não pode assumir este comportamento. A Fazenda não pode cumprir voluntariamente o mandado. É verdade que existe uma lei que autoriza o Advogado Geral da União a fazer acordos de até R\$ 50 mil em determinadas circunstâncias. Mas esta lei – particularmente, de discutível constitucionalidade – não é

genérica e não tem aplicação com relação à monitoria. Então a primeira possibilidade, que é o cumprimento voluntário do mandado pela Fazenda Pública, é afastada” (2000, p. 210).

Se isso não bastasse, o interesse público (assim entendido enquanto interesse social não individualizado), encontra-se entre aqueles direitos conceituados pelos constitucionalistas como direitos de terceira geração. Diz-se de primeira geração os direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e realçam o princípio da liberdade; de segunda geração os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuando o princípio da igualdade; e de terceira geração aqueles direitos que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, que, consagrando o princípio da solidariedade, constituem momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis. Nesse passo, a questão é saber se o direito individual do credor da Fazenda Pública (direito de primeira geração), no contexto da tutela monitoria, poderia sobrepor-se a um interesse inerente à própria sociedade e, portanto, de terceira geração, o que não parece ser lógico ou razoável.

Ressaltamos, ainda, que no caso concreto sobre o qual se debruçou o Superior Tribunal de Justiça, quando da discussão do mencionado julgado, haviam sido oferecidos embargos pelo requerido, de forma que, em virtude da conversão do rito monitorio em ordinário, não se justificaria a invalidação do procedimento, conforme observação do próprio Ministro Relator ao final de seu voto. Foi, possivelmente, por essa razão que os demais ministros do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o voto do

relator, à unanimidade, acordaram pelo improvimento do recurso.

Convém destacar, entretanto, as ressalvas consignadas pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior em seu Voto, no sentido da impossibilidade de emissão de mandado de pagamento contra a Fazenda Pública. Nas suas próprias palavras:

“Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, mas deixando bastante frisado que, em relação ao artigo 1.102, no caso da Fazenda Pública, é incompatível e sem qualquer validade o mandado que determina o pagamento, porque esta só pode fazê-lo nos termos previstos na legislação especial e por precatório, de modo que um mandado dessa natureza feriria a própria disposição constitucional do artigo 100.

Em relação aos demais óbices levantados pela recorrente, eles não prosperam, como bem destacou o emittente Sr. Ministro-Relator, que é possível a adequação do procedimento monitório às disposições processuais” (grifo nosso).

Quadra ressaltar, por fim, que as prescrições legais atinentes à tutela monitória, incorporadas ao Código de Processo Civil pela Lei n.º 9.079/95, não obstante constituírem “norma posterior” não alçam eficácia derogatória sobre as demais normas processuais vigentes, sobretudo sobre o que dispõe o artigo 730 do Código de Processo Civil.

Não pode ser esquecida, neste contexto, a orientação do parágrafo 2º, do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, no sentido de que “[...] a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Os artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c do Código de Processo Civil são normas de caráter geral, dirigidas genericamente a qualquer pessoa, física ou jurídica, que esteja na condição de sujeito passivo de débitos passíveis de serem comprovados por prova escrita e sem

eficácia de título executivo. Por sua vez, o artigo 730, que, neste mesmo Diploma Legal, regula as execuções contra a Fazenda Pública, cuida-se de norma específica, dirigida exclusivamente ao Estado, e constitui garantia processual deste em face de terceiros. No conflito das normas, consoante doutrina mais autorizada, prevalece o critério da especialidade sobre o da temporalidade.

Nos termos deste mesmo artigo 730 do códex processual, mesmo quando o credor possui título executivo constituído na forma da lei, não pode o magistrado emitir mandado de pagamento contra a Fazenda Pública. Eis a redação do preceito, que determina a citação da Fazenda, não para pagar, mas para opor embargos:

Artigo 730 – Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito (grifo nosso).

Se o credor, quando está de posse de título executivo, não pode pretender do Estado, por meio de processo de execução, o imediato adimplemento da obrigação, é absolutamente irrazoável que, em sede de ação monitória, onde ainda se pretende a obtenção do título, tal possa se verificar.

Sem rebuços, as disposições do artigo 1.102c (norma geral), no que pertine ao imediato pagamento do débito, não se aplicam à Fazenda Pública, que tem a execução de seus débitos regida por norma especial. Esse regramento especial, por sua vez, extrapola o âmbito do citado artigo 730 do Código de Processo Civil, ganhando contornos, também, no ordenamento constitucional.

Antônio Carlos Marcato, ao ser questionado, em debate também transcrito na obra “Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo”, já referenciada nesta sede, sobre o cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública, asseverou, a propósito do cumprimento do mandado, a inviabilidade, dadas as prescrições do artigo 100 da Constituição, de que o Estado venha a proceder, em Juízo, o pagamento do débito afirmado. Nas suas palavras:

Há um problema nesta hipótese. Toda vez que se tratar de pagamento pela Fazenda, decorrente de determinação judicial, incide o artigo 100 da Constituição Federal. Não se discute, em nenhum caso, a causa determinante do adimplemento: não se vai discutir se a Fazenda deixou de adimplir porque o Administrador é corrupto, ou se a Fazenda deixou de adimplir porque o Administrador, podendo pagar, não o fez e assim por diante. A partir do instante que o cumprimento voluntário está afastado – e foi por isso que procurei distinguir este cumprimento voluntário na palestra – incidem regras constitucionais a respeito do pagamento pela Fazenda Pública. Com o ingresso em juízo deve haver sentença e deve haver precatório. Isto é: se a Fazenda Pública é a fonte pagadora, o ideal é que a Fazenda Pública se comporte como qualquer devedor correto, adimplindo suas obrigações na forma, no prazo, no local em que o cumprimento se der, etc. Mas, no momento em que a Fazenda se comporta como um devedor inadimplente – e pouco importa a essa altura a razão para o inadimplemento –, a forma de pagamento é aquela prevista na Constituição (MARCATO; YARSHELL, 2000, p. 226, grifo nosso).

Com efeito, tal como disposto no artigo 100 da Carta da República, o pagamento de débitos pela Fazenda Pública, em sede judicial, encontra-se irremediavelmente amalgamado à sistemática de precatórios.

Concluímos, pois, pela impossibilidade do cumprimento do mandado monitório pela Fazenda Pública, circunstância que, *per se*, já afiançaria, a nosso sentir, a inadequação da via.

3.2.2 *Contumácia*

Tornando-se o réu contumaz, aplicam-se as disposições do artigo 1.102c, *in verbis*:

Artigo 1.102c – No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulos II e IV (grifo nosso).

Ocorre que as execuções contra a Fazenda Pública não se processam pelo mesmo rito que as execuções em geral, mas, como dissemos, nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil e do artigo 100 da Constituição da República. Dada essa limitação, prevalece entre os doutrinadores que defendem a admissibilidade da ação monitória contra a Fazenda Pública o entendimento (corrente majoritária) de que sua incidência limita-se à fase inicial do procedimento, exaurindo-se a ação monitória com a formação do título executivo.

Não compartilhamos deste posicionamento. A nosso sentir, o procedimento monitório comporta uma fase cognitiva (que se encerra com a formação do título) e, ainda, uma fase executória. É o que nos leciona Antônio Carlos Marcato, de quem divergimos, apenas, quanto à natureza jurídica da ação monitória, *verbis*:

Tenho sustentado o seguinte: o processo monitório tem por objetivo básico a rápida obtenção do título e a ime-

diata execução. Fundamentalmente o que se busca através dele é a rápida obtenção do título e a imediata execução sem solução de continuidade. Tanto que se diz que, no processo monitorio, há duas fases. A primeira seria uma fase postulatória, tendente à obtenção do título e a segunda fase – que não sofre em si solução de continuidade – que é a fase executiva” (MARCATO, 2000. p. 199).

Mas mesmo sob a ótica daqueles que defendem (como defendíamos ao iniciarmos nossos estudos sobre o tema) que o procedimento monitorio exaure-se com a constituição do título (justificando-se, por consequência, a deflagração de um novo procedimento executivo autônomo para a solução da crise de satisfação) não há como se sustentar a admissibilidade do rito contra a Fazenda Pública.

Nelson Nery Jr., ao tratar do procedimento monitorio, fixa que “a ação pode ser dirigida, em tese, contra a Fazenda Pública (entrega da coisa certa ou incerta), com as limitações impostas pela CF 100 e Código de Processo Civil 730 ss. [...]” (NERY JR, 1999, p. 1375). Este posicionamento parece partir da premissa de que o provimento jurisdicional inicial do procedimento monitorio assume natureza jurídica de sentença, já que o mencionado artigo 100 da Constituição da República em princípio condiciona a expedição de precatórios à verificação do acertamento do direito por meio de comando sentencial exauriente, ou, na letra da lei, “sentença judiciária”. Eis o que dispõe o preceito constitucional:

Artigo 100 – À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela fazenda nacional, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem cronológica de apresentação de precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (grifo nosso).

Extrai-se da literalidade do preceito supra-enunciado, óbice potencial à utilização do procedimento monitorio contra a Fazenda Pública, visto que o provimento preambular do procedimento monitorio, que determina a constituição do título executivo pela via da contumácia, por ser medida interlocutória, não pode ter natureza jurídica de sentença.

Creemos, todavia, que esta interpretação é por demais restritiva e inconciliável como espírito da prescrição constitucional ora em comento. Não restam dúvidas de que o artigo 100 da Constituição da República Federativa do Brasil tem por objeto a proteção da ordem jurídica e da sociedade e que se funda no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Todavia, os Tribunais Superiores vêm mostrando-se contrários ao entendimento de que somente sentenças judiciais poderiam ensejar a expedição de precatórios, pugnano, ao admitirem a execução de títulos executivos extrajudiciais contra a Fazenda Pública, por uma interpretação teleológica do preceito. Neste contexto, são bastante ilustrativas as observações do Exmo. Ministro do STJ Luiz Vicente Chernicchiaro em voto proferido no bojo do Recurso Especial n.º 98.104-PR:

[...] Impõe-se a seguinte distinção: o precatório deverá ser precedido de 'sentença judiciária'. Entenda-se o pressuposto. Nada exclui a execução por título executivo extrajudicial. Este é idôneo para detonar o processo de execução. Inidôneo, entretanto, para, por si só, justificar o precatório.

No caso do processo de que trata o artigo 730 do Código de Processo Civil, ainda que não haja sentença, quando não interpostos os Embargos, haverá manifestação judicial, o que basta para a fiscalização pensada pelo preceito do artigo 100 da Carta Política.

Dever-se-á, portanto, entender esse dispositivo atento à sua teleologia. Com isso, conferir-se-á atenção aos interesses do Estado e do particular. Insista-se, a Cons-

tituição não está se preocupando com o título em si, mas com a segurança da decisão judicial. Extremo formalismo, em título executório extrajudicial, preciso, para ganhar eficácia, esgotar o penoso processo de conhecimento[...] (RE n.º 98.104 – PR. 6ª Turma. Relator Ministro Luiz Vicente Chernicchiaro. DJ de 16/12/1996).

Ocorre que quando se fala em título executivo extrajudicial já se tem por constituída a obrigação por documento hábil a ensejar o processo executório (Código de Processo Civil, artigo 583). Já no procedimento monitório o que se pretende é justamente a constituição deste título executivo, pelo aperfeiçoamento do título monitório ou injuntivo, auferido por presunção e em juízo de cognição sumária (probabilidade da existência do crédito).

Por tais peculiaridades, sequer se pode falar em eficácia executiva do título injuntivo contra Fazenda Pública. Dadas as peculiaridades do rito monitório, e, sobretudo, em virtude do provimento jurisdicional que acolhe o título injuntivo fundar-se em mero juízo de probabilidade, não há como se pretender a imediata constituição de título executivo, nos moldes do artigo 1.102c do Código de Processo Civil, quando figurar no pólo passivo da demanda a Fazenda Pública.

Tal provimento, como bem ressalta Alexandre Câmara nas suas “Lições de Direito Processual Civil”, não possui eficácia declaratória. Daí a inexecutabilidade inicial do título injuntivo. Somente se verificado o não oferecimento de embargos no prazo legal (contumácia) é que o referido procedimento alçará eficácia declaratória, tornado-se apto a assumir as providências executórias a que se refere o artigo 1.102c do Código de Processo Civil, em sua parte final. Este autor, mesmo sem tecer sobre o assunto considerações mais profundas, pugna pela admissibilidade do procedimento monitório contra a Fazenda Pública. Todavia, é da sua exposição acerca da natureza jurídica do *decisum* que

dá origem à formação do título injuntivo que extraímos os argumentos suficientes e necessários à confirmação da tese contrária. *In verbis*:

É inegável que o juiz, ao proferir sentença liminar que determinar a expedição do mandado monitorio, se baseia, tão-somente, em um juízo de probabilidade da existência do direito substancial afirmado pelo demandante. Ocorre, porém, que a certeza jurídica capaz de legitimar a formação da coisa julgada não precisa estar presente no momento em que a decisão é proferida, mas sim no instante em que o pronunciamento judicial se torna imune a impugnações. Assim sendo, a certeza jurídica surgirá aqui da combinação de probabilidade de existência do direito, aferida pelo magistrado, com o silêncio do demandado, que permaneceu contumaz, deixando de oferecer embargos ao mandado. É, pois, o silêncio do demandado, combinado com a atividade probatória do demandante, que constitui a base lógica e jurídica da declaração de certeza obtida através do procedimento monitorio.

[...]

Do exposto se extrai que a formação da coisa julgada material no procedimento monitorio tem por base o mesmo raciocínio que permite afirmar a formação daquela situação jurídica no procedimento comum em que ocorre à revelia (1999, pg. 493-494, grifo nosso).

Pelo que se vê, é a inércia do devedor quanto à oposição de embargos ao mandado inicial que permite a sua conversão em mandado executivo. Tratamos, aqui, da contumácia, que, no rito monitorio, tem efeitos similares aos da revelia, embora potencializados. Revelia e contumácia são facetas de um mesmo fenômeno: a inércia do demandado. O fato é que, dada a prescrição contida no inciso II, do artigo 320, do Código Brasileiro de Processo Civil, no sentido de que não se operam os efeitos da revelia quando o litígio

versar sobre direitos indisponíveis, como são os interesses da Fazenda Pública, também se torna inviável, no procedimento monitorio, a formação do título executivo em seu desfavor.

Ressaltamos, a propósito, ser pacífico o entendimento jurisprudencial quanto à indisponibilidade dos interesses da Fazenda Pública. É o que se pode extrair do seguinte julgado, emanado do Egrégio Tribunal Regional Federal, no qual, em razão do que dispõe o inciso I, do art. 109 da Constituição da República, a maior parte dos litígios contempla uma condicionante especial: a Fazenda Pública em Juízo. *In verbis*:

Ementa

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGO. ITR. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FAZENDA PÚBLICA. INÉRCIA DO EXEQÜENTE. DESCABIMENTO. INTERESSE PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA. 1- Em face do princípio da indisponibilidade dos direitos da Fazenda Pública, é indispensável a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública para a prática dos atos processuais, a teor do disposto no art. 25 da lei de execuções fiscais.

2- Sentença reformada.

3- Remessa oficial provida.

(TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO. Classe: REO-REMESSA *EX-OFICIO* – 441791. Processo: 98030874535. UF: SP. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Data da decisão: 20/10/1999 Documento: TRF300048933. Fonte DJ DATA: 25/02/2000 PÁGINA: 1407. Relator(a) JUIZ MANOEL ALVARES).

Outro não é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. A saber:

Ementa

TRIBUTÁRIO. DÉBITO. PARCELAMENTO. ACRÉSCIMOS LEGAIS. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. APLICAÇÃO.

I – Na concessão de parcelamento, não pode a administração retirar nenhum dos encargos que recaem sobre a dívida, porquanto, nesse caso, é aplicável o princípio da indisponibilidade do interesse público, traduzido no interesse da Fazenda.

II – Ofensa aos arts. 581 e 794, I, do Código de Processo Civil caracterizada. Dissenso pretoriano configurado.

III – Recurso especial conhecido e provido.

(STJ. RESP 45390 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1994/0007365-8. Fonte DJ DATA: 26/08/1996. PG:29660. Relator Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (0280). Data da Decisão 08/08/1996. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA).

Também o Excelso Pretório vem pugnando a indisponibilidade dos interesses da Fazenda Pública, *verbis*:

Ementa

DÉBITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO.

Não prevendo o Código Tributário Nacional o pagamento parcelado do débito tributário, admite-se a Administração como procedimento de iniciativa do contribuinte. Na sua concessão, não pode a Administração retirar nenhum dos encargos que recaem sobre a dívida, visto que, na hipótese, é aplicável o princípio de indisponibilidade do interesse público, consubstanciado no interesse da Fazenda.

Recurso conhecido e provido.

(STF. RE 100925 / SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA. Publicação: DJ

DATA-04-04-86 PG-04757 EMENT VOL-01413-02 PG-00386. Julgamento: 28/02/1986 - SEGUNDA TURMA).

Atesta-se, assim, a imediata aplicabilidade do disposto no art. 320, I, do Código Brasileiro de Processo Civil aos litígios que envolvem interesses da Fazenda Pública. É o que se pode extrair do seguinte julgado do STJ:

Ementa

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

I – Se o juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia o acórdão do Tribunal inverter aquela decisão em favor da outra parte, sem ensejar, no caso, a possibilidade de realização de perícia oportunamente requerida e indispensável à elucidação dos fatos constitutivos da demanda.

II – Ao reexaminar a sentença, em razão do duplo grau de jurisdição obrigatório, pode o Tribunal apreciar amplamente a causa, inclusive se se achavam ou não, provados os fatos constitutivos da demanda. Há de ter-se em conta, nesse caso, que os direitos da fazenda pública são indisponíveis, não se lhes aplicando os efeitos da revelia (Código de Processo Civil, artigo 320, II).

III – Se o aresto atacado, através de Recurso Especial, julgou a ação improcedente, não há entender que o acórdão que o anulou, bem com a sentença, para dar oportunidade de complementação da prova produzida, tenha incidido *reformatio in pejus*.

IV – Embargos Declaratórios rejeitados (destaques pessoais).

(STJ. REsp 1381/SP – Ministro Antônio de Pádua Ribeiro – 09/05/94).

Infere-se, pois, por este fundamento, a impossibilidade da formação do título executivo na hipótese versada, dada

a inoponibilidade, se não da contumácia, de seus efeitos, à Fazenda Pública.

Raciocínio similar foi desenvolvido por Eduardo Talamini, no seu “Tutela Monitoria – A Ação Monitoria – Lei 9.079/95”, *verbis*:

No processo comum de conhecimento, não se dá o efeito principal da revelia contra a Fazenda Pública; a Fazenda Pública não tem o ônus de impugnar especificamente fato a fato da inicial para que esses não se presumam verdadeiros; não se concebe a confissão da Fazenda Pública – e assim por diante. Tudo isso se deve ao princípio constitucional da indisponibilidade do interesse público.

Se não se admitissem essas decorrências no processo comum de conhecimento, não seria coerente, dentro do sistema, que se tolerasse a grave consequência da inércia do réu no procedimento monitorio: automática formação de título executivo (1997, p. 153).

Pela interpretação teleológica adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do artigo 100 da Constituição da República, a exigência de sentença judicial não constitui óbice à emissão de precatórios (“[...] a Constituição não está preocupada com o título em si [...]”). A preocupação da Carta Política, no dizer do Ministro Chericchiaro no precedente supra-enunciado, é com a segurança da decisão judicial e com a verificação judicial do débito reclamado, que não podem ser obtidas em cognição sumária.

Evidente, então, a impossibilidade material de que o juízo de pré-libação emitido por ocasião do *decisum* que recebe a petição inicial no procedimento monitorio (afeto à probabilidade da existência do crédito) veja-se aperfeiçoado pela contumácia da Fazenda Pública, o que inviabiliza a formação do título executivo em seu desfavor. Melhor explicando: a inércia da Fazenda Pública em opor embargos no prazo

legal (contumácia) não assegura a formação de título judicial a partir daquele provimento jurisdicional preambular.

Nesse pormenor, aduz o Ministro Sálvio Figueiredo que a norma contida no artigo 320 do Código de Processo Civil não estaria a constituir óbice ao processamento de ação monitória em face da Fazenda Pública, uma vez que tal procedimento exige prova pré-constituída, sendo do autor o ônus de colacionar o documento a instruir a sua pretensão. Nas suas próprias palavras: “[...] O ônus da prova, quanto aos fatos constitutivos, como se sabe, é do autor da monitória. Em razão disto, fica relevada a incidência do artigo 320, Código de Processo Civil”.

Ocorre que, por expressa disposição legal, (artigo 333, do Código de Processo Civil), em qualquer demanda cível incumbe ao autor o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito, de forma que tal argumento não tem o condão de afastar a aplicação das disposições do artigo 320, II da lei processual civil ao procedimento monitório. Ora, se tal restrição normativa tem plena validade nas ações ordinárias, onde se tem por regra a cognição exauriente, com muito mais razão ela se aplica ao *decisum* que recebe a petição inicial no procedimento monitório, onde há cognição sumária e mero juízo de probabilidade.

Por estas considerações, não há como se pretender a constituição do título executivo contra a Fazenda Pública pela via da contumácia. A rigor, se não forem oferecidos os embargos monitórios, a demanda sequer merece prosseguimento.

3.2.3 Oferecimento de embargos

Inicialmente, há de se tecer algumas considerações acerca da controvérsia doutrinária entabulada quanto à natureza jurídica dos embargos no procedimento monitório. Para alguns doutrinadores, dentre os quais se pode desta-

car Rubens Costa, Antônio Carlos Marcato, Cândido Rangel Dinamarco, Rogério Cruz e Tucci, Sérgio Bermudes e Vicente Greco Filho, cuidam-se tais embargos de demanda cognitiva autônoma, ajuizada incidentalmente ao procedimento monitorio. Para uma segunda corrente, encabeçada por Humberto Theodoro Jr., Nelson Nery Jr., Carreira Alvin e Ada Pelegrini Grinover, os embargos, no procedimento monitorio, fazem as vezes de peça contestatória (CÂMARA, 1999, p. 487).

Opondo-se à proposição de que os embargos monitorios equiparam-se à contestação, sendo processados, pois, nos mesmos autos, argumenta-se que, nos termos do referido preceito, o oferecimento de embargos suspende a eficácia do mandado judicial, tal como ocorre nos embargos do devedor (Código de Processo Civil, artigo 736), processados incidentalmente e em autos apensos. Por tal motivo, teriam os mesmos a natureza jurídica de demanda autônoma.

Ressaltamos, todavia, que o procedimento monitorio não deve, numa análise simplória, ser comparado ao processo de execução. Enquanto que na execução já existe título pré-constituído, o que se busca pela via monitoria é justamente a constituição, mesmo que célere, do título executivo judicial, diante da qual se faz imprescindível o estabelecimento de juízo de cognição.

Também no rito monitorio, há de ser observado o devido processo legal. São corolários do devido processo legal o contraditório e a ampla defesa (CF, artigo 5º, LV), que não podem ser preteridos em qualquer hipótese. O contraditório, ademais, é elemento integrante do conceito de processo. E se, no rito monitorio os embargos ao mandado constituem única oportunidade de manifestação do demandado acerca do pedido, o seu recebimento como demanda autônoma constituiria, em princípio, relevante óbice à efetivação do contraditório naqueles autos.

Assim, mais consentâneo o sistema constitucional seria encarar os citados embargos como defesa, como autêntica contestação. Até porque a técnica da transferência (ou inversão) do contraditório apenas atua no sentido de permitir ao magistrado a antecipação de uma providência, de natureza “condenatória”. A rigor, a postergação do contraditório para momento oportuno, que se justifica, na ação monitória, apenas como forma de dar celeridade ao rito, não afasta a sua exigência sob os ditames do devido processo legal. Mas não pretendemos, nesta sede, pacificar a questão.

Tomando os embargos ao mandado no rito monitório por contestação, firma-se, com o seu oferecimento, a litis-contestação entre as partes, de forma a se instaurar um juízo de cognição plena e exauriente, dentro do qual caberá ao magistrado um exame de mérito das pretensões dos litigantes. Tomando-os, ao revés, como ação autônoma de impugnação, também caberá ao magistrado proceder, embora em demanda apartada, ao acertamento do direito, convencendo-se, a partir da prova dos autos, da existência ou inexistência da relação jurídica de crédito/débito.

Ocorre que, tanto numa quanto noutra hipótese, o deslinde da *quaestio juris* demandará cognição plena, própria das demandas ordinárias. Daí a constatação que se faz, em doutrina e jurisprudência, de que, uma vez ofertados os embargos, há a conversão do rito monitório em ordinário (CÂMARA, 1999, p. 490). É o que nos afirma, com muita propriedade, Sérgio Shimura:

No procedimento monitório não há cognição exauriente, visto que, *initio litis*, não há lugar para a análise das razões do demandado. No fundo, trata-se de cognição sumária – mas não cautelar –, apta a constituir o título executivo, portanto, dando azo a uma tutela antecipada satisfativa.

Se, contudo, o devedor o impugna, opondo as defesas de que dispõe – aqui a defesa é ampla –, o preceito trans-

forma-se em simples citação, e o processo se desenvolve, a partir da contestação como um processo ordinário de condenação (1997, p. 202-203, grifo nosso).

Nessa hipótese específica, caso figure no pólo passivo da demanda a Fazenda Pública, deverão ser observadas pelo Juízo as garantias que lhe são inerentes, e, também, as prerrogativas processuais que a lei lhe atribui. *Ipsa facto*, ante as ressalvas supra-alinhavadas (da impossibilidade do cumprimento, pela Fazenda, do mandado de pagamento e da inviabilidade da formação de título executivo em seu desfavor, pela contumácia), exsurge inútil e desnecessária a articulação da lide sob o rito monitório, circunstância que, a toda evidência, torna prejudicado o interesse de agir.

4 Conclusão

Por todo o exposto, o ajuizamento de demanda contra a Fazenda Pública pela via monitória não constitui qualquer vantagem ao suposto credor. Ante a impossibilidade material de se proceder ao pagamento nos termos do parágrafo 1º do artigo 1.102c do Código de Processo Civil e de se verificar a rápida formação do título executivo judicial pela contumácia do réu (Código de Processo Civil, artigo 320, II), somente mereceria prosseguir o feito quando do oferecimento de embargos ao mandado. Em situação diversa, resta ao magistrado decretar a carência da ação, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, a teor do artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

Veja-se que aqui não se discute legitimidade passiva do Estado no procedimento monitório, mas tão somente a inconveniência (inutilidade) da utilização do referido rito processual contra a Fazenda Pública. Conforme Eduardo Talamini, “[...] a legitimidade ad causam é definida examinando-se se as partes processuais coincidem com as envolvi-

das na situação carente de tutela ou têm autorização legal para agir, em nome próprio, no interesse destas”, devendo fixar claro que “[...] não é esse tipo de pesquisa que se faz quando se discute se cabe ou não a demanda monitória em face da Fazenda Pública” (1997, p. 154).

Por certo, o oferecimento de embargos ao mandado, em tese, viabilizaria o prosseguimento de tal demanda. Contudo, opera-se, com o seu oferecimento, a conversão do rito monitório em ordinário.

Neste contexto, com a devida vênia aos ilustres juristas que assim o defendem, não há qualquer coerência em se justificar a admissibilidade da tutela monitória contra a Fazenda Pública. Na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco:

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre os fins e os meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais [...] (1999).

Ora, se a finalidade do rito monitório é justamente a celeridade na composição dos litígios, exsurge excêntrica a decisão do magistrado que, mesmo sabendo não ser possível o pagamento antecipado da obrigação pela Fazenda Pública ou a constituição sumária do título executivo em seu desfavor, recebe a petição inicial no rito monitório, ao invés de intimar o autor para adequar sua pretensão ao rito ordinário. Na melhor das hipóteses, qual seja, na hipótese de oferecimento de embargos, as pretensões do autor somente seriam analisadas em juízo de cognição exauriente, visto que não há como evitar, *in casu*, a conversão do rito monitório em ordinário.

Além disso, assim decidindo, concorre o Juiz para a execução desmotivada de atos processuais que não trarão qualquer proveito à parte (autuação do feito, expedição de mandado de pagamento, cumprimento do referido mandado pelo Oficial de Justiça etc.), numa inoportuna afronta ao supra-enunciado princípio da economia processual. Assim procedendo estaria o magistrado postergando ainda mais a satisfação do crédito, ante a possibilidade da não oposição dos embargos ao mandado, o que, à míngua da constituição do título executivo, implicaria na extinção terminativa do feito.

Assim sendo, numa interpretação sistemática do Direito, não há como se evitar a tese da inadmissibilidade do procedimento monitorio quando dirigido contra a Fazenda Pública.

5 Referências

ALVIM, J. E. Carreira. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. Porto Alegre: Lejur, 1987.

BERMUDES. *A reforma do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. v. 2.

_____. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999. v. 3.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. atual. por Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. São Paulo: Besta Book, 2001.

MARCATO, Antônio Carlos. Ação monitória: seu regime jurídico e a fazenda pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARCATO, Antônio Carlos; YARSHELL, Flávio Luiz. Debates: ação monitória e execução contra a fazenda pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Observações sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, n. 79.

MEIRELES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentário do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 5.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais e o interesse da fazenda pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986. v. 11.

_____. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1990.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 84, p. 64-74, out./dez. 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP/Malheiros, 2000.

TALANIMI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria*, Lei 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Processo de execução*. 7. ed. São Paulo, Leud, 1983.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

1.6

A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO MINERAL (CFEM) E O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE O ASSUNTO

LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do tratamento constitucional da exploração das jazidas minerais. 3 A criação da CFEM. 4 Crítica quanto à conceituação usada. 5 A natureza jurídica da CFEM. 5.1. Receitas Públicas – originárias, derivadas e transferidas. 5.2. Crítica à caracterização da CFEM como Tributo. 5.3. Crítica à caracterização da CFEM como Preço Público. 5.4. Crítica à caracterização da CFEM como Indenização. 5.5. A natureza jurídica da CFEM como receita patrimonial ou transferida. 6 A posição atual do Supremo Tribunal Federal. 7 Referências.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, §1º, assegurou aos Estados, Distrito Federal, Municípios e a órgãos da administração direta da União:

“participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

Sendo assim, a CFEM é devida aos Estados, Distrito Federal, Municípios e a órgãos da administração direta da União, como contraprestação pela utilização econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios.

* Procurador do Estado do Espírito Santo.

A Compensação Financeira é devida pelas mineradoras em decorrência de exploração de recursos minerais, que consiste na retirada de substâncias minerais da jazida, mina, salina ou outro depósito mineral, para fins de aproveitamento econômico.

Muito se discute acerca da natureza jurídica da referida Compensação. Alguns afirmam que a mesma tem caráter “tributário”, outros, que a enquadram como “preço público”, havendo, ainda, a corrente que a entende como “indenização”.

A averiguação da natureza jurídica da CFEM tem-se tornado de extrema importância nos dias atuais, já que muitas mineradoras têm se excusado de pagar essa referida compensação por enquadrá-la como receita tributária, sustentando assim a sua inconstitucionalidade, pois afrontaria os arts. 154, I, e 155, § 3º da Constituição.

2 Do tratamento constitucional da exploração das jazidas minerais

O regime de aproveitamento de minas e jazidas minerais, por sua relevância, sempre mereceu tratamento constitucional. Reflete a intervenção do Estado na economia, dentro de um avançado conceito de propriedade, relevando a sua função econômica e social.

José Cretella Júnior,¹ sobre o assunto, comenta:

“(...) as riquezas do subsolo representam, no conjunto da economia do Estado, um dos elementos de maior relevância, e em torno desse assunto a Política, a Economia e o Direito disputam a primazia. É que não somente se deve levar em conta, no exame dos problemas ligados à exploração das riquezas minerárias, aqueles ligados aos meios ou processos de extração, mas também ao domínio, à utilização da propriedade, ao aproveitamento do solo e do subsolo.”

¹ *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3. p. 1255.

Em nosso sistema, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são considerados bens da União.² É o que determina a Constituição Federal de 1988 nos arts. 20, IX; e 176, *caput*:

“Art. 20. São bens da União:

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;”

“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica **constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União**, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”(grifos nossos)

Com esse texto, o Brasil seguiu uma tendência de vários países de tradição mineira, que têm suas reservas como bens inalienáveis da União, a exemplo da Constituição Chilena, de 1980, que em seu art. 24 dispõe:

“O Estado tem o domínio absoluto, exclusivo, inalienável e imprescritível sobre todas as minas, exceto as argilas superficiais, não obstante a propriedade das pessoas físicas e jurídicas sobre as áreas em que estiverem situadas.”

No mesmo sentido, Constituição Peruana de 1993, art.66:

“Os recursos naturais, renováveis e não renováveis, são patrimônio da Nação. O Estado é soberano em seu aproveitamento.”

² Não foi sempre assim. A Constituição de 1891 dispunha que “as minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que foram estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo da indústria.” (art.72). Consagrou-se, assim, o chamado regime fundiário ou da acessão, corolário do conceito amplo do direito de propriedade, em que não se distingue a propriedade do subsolo da propriedade do solo, relacionadas em termos de acessório e principal. A Constituição de 1934 abandonou este regime e consagrou o regime de *res nullius*, ao estabelecer no artigo 118 que “as minas e demais riquezas do subsolo constituem propriedade distinta da do solo para efeitos de exploração ou aproveitamento industrial,” e ao sujeitar no artigo 119 o aproveitamento industrial a autorização federal. Idêntico regime foi adotado na Constituição de 1937 art. 143), na de 1946 e na de 1967. No regime de *res nullius*, os recursos minerais pertencem à Nação, como um todo, não se inserindo nos bens dominiais da União. O sistema de domínio federal, só veio aparecer, então, com a Constituição de 1988. Mais sobre o tema, ver FREIRE, William, *Comentários ao Código de Mineração*. Rio de Janeiro, 1995. p. 11ss.

Entretanto, o art.173, *caput*, da Constituição Federal, veda à União a exploração direta de atividade econômica:

“Art.173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Não se tratando a exploração mineral, então, de atividade “*necessária aos imperativos de segurança nacional*” ou a “*relevante interesse coletivo*”, a União consente aos particulares, mediante ato administrativo específico, o direito de exploração das jazidas minerais.

É o que dispõe a Constituição Federal de 1988:

“Art. 176 (*omissis*)

§1º. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional...”

Então, o minerador, mediante autorização ou concessão concedidas pela União, ganha o direito de exploração dos recursos minerais.

É importante ressaltar que a União (proprietária dos recursos minerais) ao conceder ao particular o direito de exploração, concede somente este e não a propriedade sobre a mina.

William Freire,³ um dos poucos estudiosos e comentaristas sobre este assunto pós-Constituição de 1988, doutrina:

“O regime de domínio federal encerra preocupação com a transformação do depósito mineral em riqueza do que com a titularidade da mina. Não se transfere uma pro-

³ *Comentários ao Código de Mineração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 19

propriedade dominial sobre a mina, mas apenas, o direito de explorá-la.”

3 A criação da CFEM

Primeiramente, é necessário analisarmos o que a Constituição aborda a respeito da CFEM, estabelecendo no §1º, do art. 20, da Constituição Federal:⁴

“É assegurada nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

Ives Gandra Martins,⁵ ao comentar o supramencionado artigo assim expressou-se:

“O artigo tem nítido objetivo desconcentrador. Pretende fortalecer a Federação na medida em que a exploração de um bem que o constituinte outorgou à União, embora situado em Estados e Municípios, inclusive Distrito Federal, representa perda de patrimônio destes a favor da entidade maior do Estado Federativo. Por essa razão, de forma mais explícita, o constituinte houve por bem centralizar a propriedade do bem e descentralizar o resultado de sua exploração”.

⁴ A equipe da Price Waterhouse comentou sobre o dispositivo: “A despeito de atribuir à União a propriedade sobre os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, o mar territorial, os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, a Constituição não descuidou de reconhecer o direito dos Estados, Distrito Federal e Municípios a uma participação nos resultados obtidos pela União na exploração dos bens situados em seus territórios e a ela pertencentes.” (*A Constituição do Brasil 1988*, Price Waterhouse, p. 251)

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. t. 1. p. 96 ss.

Verificamos que muito embora tais bens pertençam à União Federal (Art. 20, IX), o constituinte, por delegação, determinou que outros entes públicos políticos (Estados, Municípios, Distrito Federal e órgãos da administração direta da União Federal), recebessem o ressarcimento pela exaustão dos minerais pertencentes à União, quer através da participação dos resultados ou pela compensação financeira.

O legislador optou por regulamentar, através das leis ordinárias nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989 e nº 8.001, de 13 de março de 1990, a segunda opção, ou seja, a “compensação financeira”.

É o que dispõe a supracitada Lei 7.990/89 (norma instituidora da CFEM) em seu art. 1º :

“O aproveitamento de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica e dos recursos minerais, por quaisquer dos regimes previstos em lei, ensejará compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser calculada, distribuída e aprovada na forma estabelecida nesta Lei.”

O Art. 6º da Lei nº 7.990/89, então, regulou:

“A compensação financeira pela exploração de recursos minerais para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante de venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.”

Sendo assim, a “*compensação*” é devida pela comercialização de recursos minerais processados e acabados, e calculada com base no valor do faturamento líquido, mediante aplicação de alíquotas fixadas em até 3% (três por cento). Posteriormente, a Lei nº 8001/90 especificou que as alíquotas seriam de 0,2% (dois décimos por cento), 1%

(um por cento), 2% (dois por cento) ou 3% (três por cento), de acordo com as classes de substâncias minerais.⁶

4 Crítica quanto à conceituação usada

Embora a forma escolhida pelo legislador seja a “compensação financeira”, esta mais se assemelha a “participação no resultado da exploração” do que compensação financeira propriamente dita. Compensação, aqui, tem o sentido de restabelecimento de equilíbrio, reparação de um uma situação anterior que foi abalada.

Isso porque a base de cálculo da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será calculada sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral.

Outorgar ao beneficiário um percentual sobre o faturamento líquido resultante da venda do produto mineral equivale a dar-lhe “participação no resultado”. Para que fosse caracterizada a compensação financeira, como optou o legislador, deveriam ter sido levados em conta critérios outros, como o valor da degradação ambiental em virtude da lavra, o esgotamento da jazida, problemas ecológicos, etc... e não o valor do produto mineral, desvirtuando assim, a intenção do Constituinte.

Desta forma, verifica-se que a “compensação” instituída pela Lei nº 7.990/89 (o pagamento de percentual sobre

⁶ Art. 2º da Lei 8001/90 “Para efeito do cálculo da compensação financeira de que trata o art. 6º da Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1.989, entende-se por faturamento líquido o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguros

“§ 1º. O percentual da compensação de acordo com as classes de substâncias minerais, será de:

“I - minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 3%;

“II - ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias minerais: 2% (dois por cento), ressalvado o disposto no inciso IV deste artigo;

“III - pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento);

“IV - ouro: 1% (um por cento), quando extraído por empresas mineradoras, isentos os garimpeiros”.

as vendas) não guarda qualquer relação com o dano que visa a reparar, restabelecer. Como dito, a exploração de recursos minerais causa danos ambientais, sociais e econômicos. Ora, não há relação possível entre um percentual qualquer sobre o faturamento líquido decorrente da venda do produto mineral e os danos sofridos.

Não seria crível aceitar a hipótese de que um percentual sobre o faturamento líquido representasse os danos sofridos, passíveis de serem compensados. Isto porque o faturamento poderá ser muito superior ou inferior à degradação ambiental sofrida.

Para corroborar com o nosso pensamento, Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta o dispositivo constitucional em foco:⁷

“Participação ou compensação. O direito constitucional anterior não se preocupava com a questão.

A norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um prejuízo decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação nos benefícios.

Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado, ou, até, nela tenha participação. Menos aceitável é que faça jus a uma participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integram o território. Quanto à compensação, esta ainda admissível, sob a condição do prejuízo.”

Sobre esse assunto, Alberto Xavier⁸ ressalta:

“...porque a expressão “compensação financeira” não está, na Constituição, conexas com qualquer idéia de dano sofrido por entidades públicas, mas sim com a de

⁷ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v.1. p. 154.

⁸ “Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 29, p. 10 ss.

uma prestação patrimonial que visa substituir o mecanismo de participação nos resultados da exploração, caso a lei ordinária tenha preferido não adotá-lo.”

O que ocorre, então, para não mudarmos a conceituação dada pelo legislador, é uma “compensação financeira” por meio da técnica de “participação no resultado”. A fixação de um percentual sobre uma base de cálculo representativa do montante de vendas bem evidencia que se criou um modo de os Estados, Distrito Federal, Municípios e outros entes públicos participarem do “resultado” da exploração. Quanto maior for o faturamento líquido, maior então será a participação devida aos entes.

O Supremo Tribunal Federal, estancando qualquer dúvida que ainda podia pairar sobre o assunto, classificou a obrigação instituída pela Lei nº 7.990/89 como “participação no resultado da exploração”, desqualificando-a como “compensação”.

“A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de “participação nos resultados da exploração” dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição.”⁹

5 A natureza jurídica da CFEM

Muito se tem discutido, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, acerca da natureza jurídica da CFEM. Há correntes caracterizando-a como “tributo”, como “preço público”, ou como “indenização”.

⁹ Recurso Extraordinário nº 228.800-5/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.09.2001, DJU de 16.11.2001.

Em uma primeira análise, verifica-se que o valor pago a título de CFEM decorre da exploração de um BEM da União que repassa esse valor aos Estados, Municípios e órgãos da administração pública direta.¹⁰

Sendo assim, não há dúvidas de que a CFEM é uma **receita do tipo pública** para aqueles que dela se beneficiam.

Alberto Deodato¹¹ define receita pública como:

“É o capital arrecadado, coercitivamente, do povo, tomado por empréstimo ou produzido pela renda dos seus bens ou pela sua atividade, de que o Estado dispõe para fazer face às despesas públicas.”

5.1 Receitas Públicas – originárias, derivadas e transferidas

Para o Direito Financeiro, as receitas públicas podem ser classificadas, dentre outras,¹² em receitas “originárias” e “derivadas”.

Seguindo esta classificação, as receitas originárias seriam aquelas auferidas em função do acervo de bens patrimoniais do domínio público e das empresas mantidas pelo Estado. Receitas derivadas, por sua vez, seriam as advindas da economia privada, transferidas ao Poder Público, via de regra, através de tributos.

¹⁰ Distribuição: 23% para os Estados e o Distrito Federal; 65% para os municípios e 12% para o DNPM (Departamento Nacional da Produção Mineral que destinará 2% à proteção ambiental nas regiões mineradoras, por intermédio do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) ou outro órgão federal competente que o substituir.

¹¹ *Manual de Ciências das Finanças*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. p. 29

¹² Para Deodato, as receitas públicas também se dividem em receita ordinária e extraordinária; geral e de aplicação especial.

Para Stein, há a divisão em receitas econômicas do Estado, receitas econômicas do indivíduo e o crédito público.

Pantaleoni classifica-a em rendas das contribuições, rendas da administração do patrimônio fiscal, rendas da oportuna transformação de um gênero de patrimônio fiscal em outro mais frutífero; e rendas provenientes da elevação dos débitos.

Seligman divide em gratuitas, contratuais e obrigatórias.

Para Aliomar Baleeiro,¹³ as receitas seriam caracterizadas pelo seu caráter de “compulsoriedade”. Segundo o autor, as receitas originárias seriam:

“(...) as rendas provenientes dos bens e empresas comerciais ou industriais do Estado que os explora a semelhança de particulares, sem exercer os seus poderes de autoridade, nem imprimir coercitividade à exigência de pagamentos ou à utilização dos serviços que os justificam, embora, não raro, os institua em monopólios”.

As receitas derivadas, por sua vez, seriam:

“caracterizadas pelo constrangimento legal para sua arrecadação...rendas que o Estado colhe no setor privado, por ato de autoridade...”

Deve-se esclarecer, entretanto, que a compulsoriedade, à qual se refere Baleeiro, diz respeito à utilização do bem ou serviço, e não à obrigação do pagamento do valor estipulado. De fato, se a utilização do bem ou serviço não é compulsória, o particular nada deverá ao Estado se não utilizar, efetivamente, esse bem ou serviço. Entretanto, a partir do momento em que escolhe, livremente, utilizá-lo, o pagamento torna-se obrigatório, por força de contrato ou de lei.

Assim, não se deve confundir a “compulsoriedade” do uso com a do pagamento. Vale dizer, nas receitas originárias, o uso é livre, mas, a partir do momento em que esse ocorre, o pagamento é compulsório, por força de contrato de adesão ou de lei. Por outro lado, nas receitas derivadas, especialmente nas tributárias, o sujeito passivo não tem a opção de aderir ou não (contratualmente), sendo o pagamento compulsório, por força de lei.

¹³ *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. p. 159.

Alberto Deodato¹⁴ entende receita originária como:

“É a que o Estado aufere dos seus próprios recursos, da venda de seus bens, do exercício de sua própria atividade, como se fosse um indivíduo.”

E a receita derivada como:

“É a que é arrecadada dos contribuintes, sob o nome genérico de tributos.”

Para a análise da questão, tendo em vista que algumas receitas apresentam características peculiares, cabível é, ainda, a observância da existência das receitas denominadas “transferidas”, que não se caracterizam, em princípio, nem como receitas “originárias” nem como “derivadas”.

Mizabel Derzi,¹⁵ caracteriza a “transferência” como:

“...fluxo de moeda em favor de terceiro, que nada contrapresta diretamente em bens ou serviços”.

Há receitas que não pertencem às pessoas políticas que as instituem e passam, pois, a ser classificadas de receitas transferidas, pois como o próprio nome diz, esta receita, uma vez arrecadada, é transferida a outras pessoas jurídicas menores. Como exemplo de tais receitas, tem-se o art. 153, § 5º, da Constituição Federal de 1988, que determina que o produto da arrecadação do IOF sobre o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro, será repassado para os Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de origem. No caso acima mencionado, embora o titular do tributo seja a União, os beneficiários são outros, que recebem “receitas transferidas” por força de dispositivo constitucional. Tais receitas não podem ser classificadas nem de “originárias” nem de “derivadas”, uma vez que não são provenientes da explo-

¹⁴ *Manual de Ciências das Finanças*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. p. 33.

¹⁵ In atualização da obra de BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 85.

ração do patrimônio do beneficiário, nem obtidas por força da arrecadação de tributos de sua competência. Assim, não recebendo os beneficiários esta receita por atos ou patrimônio próprios, mas por força de dispositivo constitucional, classificam-se estas receitas como “receitas transferidas”.

Régis Fernandes de Oliveira,¹⁶ sobre as receitas, explica:

“Há algumas que se podem denominar transferidas, isto é, são arrecadadas pela pessoa jurídica competente para a tributação, mas a ela não pertencem, devendo ser transpassadas a outras pessoas jurídicas menores (Estados e Municípios). Podem ser tributárias ou não.”

E, ao discorrer sobre a CFEM, o mesmo autor ressalta que neste caso, trata-se de “um tipo de receita transferida não tributária.”¹⁷

5.2 Crítica à caracterização da CFEM como Tributo

Alguns autores entendem que a CFEM, tendo natureza de tributo, se enquadra no conceito dado pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, no qual:

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

O Prof. Roque Antônio Carrazza¹⁸ argumenta que a CFEM seria um tributo pois é:

- I – uma prestação pecuniária: as empresas que exploram recursos minerais estão sendo obrigadas, pela lei, a transferirem dinheiro para os cofres públicos (um percentual das receitas de vendas dos minerais);

¹⁶ *Receitas Públicas Originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 72-73.

¹⁷ FERNANDEZ, Régis. ob. cit. p. 73.

¹⁸ *Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*, Fortaleza, ano 3, v. 3, 2000.

- II – compulsória: o vínculo obrigacional não nasceu da vontade destas empresas, mas decorreu de imperativo legal (*ex vi legis*);
- III – em moeda: a “compensação financeira” tem por objeto a transferência de dinheiro do patrimônio das empresas que exploram recursos minerais, para os cofres estatais;
- IV – que não se constitui em sanção por ato ilícito: a exploração, mediante concessão ou autorização, de recursos minerais, colocando-os, depois, “*in commercium*”, está longe de tipificar uma ilicitude; é uma conduta perfeitamente lícita, já que não descumpre nenhum dever jurídico;
- V – instituída em lei: efetivamente, a obrigação em causa foi criada “*in abstracto*”, pelas leis nº 7.990/89 e 8.001/90; a vontade das empresas que exploram recursos minerais é irrelevante para determinar o nascimento do vínculo obrigacional; ele nasce “*ex vi legis*”; e,
- VI – cobrada de modo totalmente vinculado: o cálculo do montante da “compensação financeira”, a fixação de seus sujeitos e a forma de seu pagamento não foram discricionariamente deixados ao sabor das circunstâncias de momento, mas, pelo contrário, estão sendo feitos por meio de atividade administrativa plenamente vinculada, vale dizer, por meio de lançamento e cobrança fiscais.

Alberto Xavier,¹⁹ também adepto desta corrente, ressalta:

“Se o próprio texto do §1º do artigo 20 da Constituição Federal prevê a criação pela lei em favor de entes de direito público de prestações patrimoniais compulsórias, pode desde já concluir-se pela natureza tributária das prestações em causa, pois os seus traços essenci-

¹⁹ “Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Renovar, n 29, p. 12.

ais se subsumem por inteiro no conceito de tributo dado pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional.”

Classificando a CFEM como tributo, as mineradoras sustentam a inconstitucionalidade da mesma em razão do contido no art. 155, § 3º, da Constituição Federal, que prescreve que nenhum tributo incidirá sobre as operações de minerais, ressalvados o ICMS, o imposto de importação e o imposto de exportação e que também possui a mesma base de cálculo de outros impostos, não podendo assim ser cobrada em respeito ao princípio da não cumulatividade tributária.

Entretanto, para a classificação de qualquer ingresso como tributo, este deve caracterizar-se como receita derivada²⁰, compulsória.

O fato de a CFEM ser cobrada em função da exploração do patrimônio da União (receita originária), no caso, jazidas minerais, a descaracteriza como tributo. Tal fato não passou despercebido a Aurélio Pitanga Seixas Filho,²¹ que afirmou:

“O que descaracteriza totalmente a compensação financeira de ser um tributo (ou contribuição para intervenção no domínio econômico) é que a causa de seu pagamento é a exploração (lavra, extração, industrialização e venda) de um bem público, de um bem pertencente à União Federal, e não a venda ou circulação econômica de uma mercadoria ou produto de propriedade do explorador do bem público.”

De fato, como bem afirma Heleno Tavares Taveira Torres,²²

“(…) se formos seguir a lógica pela qual toda espécie de receita pública, prevista em lei, que não constitua sanção de ato ilícito, possua ‘fato gerador’, ‘base de

²⁰ Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, art. 9º, que define “tributo”, para efeitos financeiros, como “receita derivada”.

²¹ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. “A natureza jurídica da compensação financeira por exploração de recursos minerais”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 13, p.128, 1996.

²² TORRES, Heleno Tavares Taveira. A compensação financeira (art. 20, § 1º, CF) na discriminação constitucional de rendas: regime jurídico e aspectos tributários”. *Revista da ABDT*, n. 3, p. 127 ss.

cálculo' e 'alíquota' e seja exigida como uma prestação pecuniária compulsória, invariavelmente, tenha a fisionomia de tributo, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional, portanto, toda e qualquer receita pública (foros, laudêmios, preços públicos etc.) será doravante espécie de tributo.”

Embora sustente tratar a CFEM de “preço público”, a observação de Aurélio Pitanga Seixas Filho acima transcrita é suficiente para descaracterizar sua natureza tributária.

Para o Direito Financeiro, os tributos enquadram-se na categoria de “receitas derivadas”, ou seja, aquelas que o Estado recolhe dos particulares, compulsoriamente, em razão de lei. No caso em tela, o particular não é obrigado à exploração mineral. Entretanto, a partir do momento em que passa a explorar a jazida, torna-se obrigado, por força da lei, a dar à União uma compensação financeira por esta exploração.

A União, por sua vez, destinou, através das Leis nº 7.990 de 28 de dezembro de 1989 e 8.001 de 13 de março de 1990, toda a receita decorrente da “compensação financeira” (sobre exploração mineral) aos Estados, Distrito Federal, Municípios e ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM.

Embora a exploração mineral dê ao Estado direito à “compensação financeira”, essa é decorrente da vontade do concessionário em praticar a atividade mineradora e não do poder de império do Estado. Não se pode, assim, classificar a CFEM como receita derivada e, conseqüentemente, como tributo.

Régis Fernandes de Oliveira esclarece:²³

“Sendo assim, do produto de tal arrecadação há participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos

²³ *Receitas Públicas Originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.74.

exatos termos do §1º do art. 20. Vê-se que não se cuida de tributo, mas exploração de atividade econômica.”

A CFEM caracteriza-se como receita originária da União, decorrente da exploração de seu patrimônio. O fato de ser *transferida* a seus beneficiários, não tem o condão de transformá-la em receita *derivada* (tributária), uma vez que não é arrecadada em função do “Poder de Império” dos beneficiários.

Vale a pena transcrever o parecer do Subprocurador da República João Batista de Almeida sobre o assunto:²⁴

“Por outro lado, a exação em foco não decorre do exercício da soberania do Estado para a arrecadação de receitas como custeio das despesas públicas, mas sim, repita-se, de uma recomposição que, embora exigida por lei, decorre da exploração de bens públicos, exploração essa que se inclui no campo das receitas originárias, ou patrimoniais, em contrapartida às receitas derivadas, ou tributárias, estas sim obtidas pela arrecadação dos tributos em razão do *jus imperii*, ou nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira, as quais provêm ‘do constrangimento sobre o patrimônio do particular’... E a CFEM justamente incide sobre a exploração do patrimônio do Estado, refletindo nos minerais, como compensação, como seria devido a qualquer particular cujos bens estivessem em idêntica situação.”

Embora o regulamento regente da compensação financeira (Dec. 1/91) utilize alguns termos próprios do Direito Tributário, como fato gerador (art. 15) e lançamento (art. 16), não podemos, com isto, entender que se trata de um tributo. As palavras são meros rótulos, sendo irrelevantes para determinar a natureza jurídica de um dado instituto.

²⁴ Parecer extraído do julgamento do RE 228800, STF. Min. Relator Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 16/11/2001.

Finalmente, sobre o argumento de que a CFEM seria tributo em razão de se ajustar ao conceito definido ao art. 3º do CTN, João Batista de Almeida estanca a questão:

“Também não convence a alegação de que a CFEM seria tributo por se ajustar ao conceito definido pelo art. 3º do CTN. É que esta definição não tem o condão de abarcar toda e qualquer obrigação que se lhe ajuste. Como já decidiu essa Suprema Corte, em voto do Exmo. Sr. Min. Francisco Rezek, ao definir, após intensos debates, a natureza não tributária do PIS, “o fato de o Estado tomar das pessoas determinada soma em dinheiro, e de o fazer compulsivamente, por força de lei, não é bastante para conferir natureza tributária a tal fenômeno” (RE nº 148.754/RJ, in RTJ 150/888).²⁵

Sendo assim, não cabe aqui nenhuma consideração de ordem tributária, pois a CFEM não é tributo e pode, portanto, a sua cobrança perfeitamente conviver com os três impostos pagos em razão da exploração dos minerais – o ICMS, o imposto de importação e o imposto de exportação – frustrando assim, a pretensão das mineradoras de se eximirem do pagamento desta compensação sob este argumento.

5.3 Crítica à caracterização da CFEM como Preço Público

Alguns autores pretendem que a CFEM tenha a natureza de “preço público”.

Segundo Geraldo Ataliba,²⁶ a teoria dos preços fortaleceu-se, no Brasil, no regime da Constituição de 1946 que, em seu art. 30, permitia a instituição de “contribuições de melhoria”, “taxas” e, “quaisquer outras receitas que possam

²⁵ *Op. cit.*

²⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 144.

provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços”.

A partir daí, seguiu-se a distinção entre “preço” e “preço público”, que pode assim ser estabelecida:

“preço é a contraprestação de uma prestação contratual livremente fixada entre partes iguais”.²⁷

Entretanto, o Estado pode prestar serviços ou explorar seus bens, como se fosse um particular, sem necessidade do exercício do poder coativo ou da imposição da autoridade estatal para que alguém se utilize ou compre seus produtos. Nestes casos, o Estado, também, cobraria “preço”, que Antônio Theodoro Nascimento²⁸ define como a:

“(…) quantia que representa pagamento pela utilização e consumo de serviço ou produto, de natureza comercial ou industrial, que o Estado fornece, ou que representa pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem público dominial.”

Embora seja devida pela exploração de bens da União, os beneficiários da CFEM são os Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União. Em relação a esses, a CFEM não “representa pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem público dominial” por eles disponibilizável, pois não decorre da exploração dos bens dessas entidades. Por outro lado, o “preço público”, quando estipulado pelo Estado, em virtude da exploração de atividade ou de bens públicos, sempre mediante concessão ou permissão, importa, em regra, em pagamento do particular (usuário) ao concessionário e não em pagamento do concessionário ao Poder Público.²⁹

²⁷ ATALIBA, Geraldo. *op. cit.* p. 142.

²⁸ *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*: preços, taxas e parafiscalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 8.

²⁹ Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências).

Embora haja autores que sustentem ter o preço público caráter contraprestacional,³⁰ parece mais razoável que este, por ser decorrente de atividade pública, realizada pelo particular,³¹ deve trazer em si, obrigatoriamente, o intuito de lucro.

O Professor Ferreiro Lapatza,³² ao discorrer sobre a distinção tão vastamente tratada e controvertida entre taxa e preço público, argumenta que quando a atividade da Administração é similar à que pode desenvolver qualquer particular, e seu fim primordial é o lucro, torna-se claro que essa prestação de serviços deve estar regida pelo direito privado e custeada por meio de preços.

Werther Botelho,³³ ao tratar dessa distinção, também entende:

“(...) quando um serviço público for prestado diretamente pela Administração, a finalidade única da prestação é atender a uma necessidade pública, e sua remuneração se dará necessariamente por Taxa. Quando um serviço público, atendidas as prescrições legais, for prestado por particulares, terá dupla finalidade (satisfação de uma necessidade pública e lucro), e sua remuneração se dará pela figura do preço público.”

Cláudio Martins³⁴ destaca:

“O preço público com base no monopólio é a verdadeira fonte de renda pública da espécie, pois que o Estado, neste caso, não permite a competição, cobrando, quan-

³⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder do, ao discorrer sobre preço público relata: “Decorre, pois, da atividade do Estado de natureza econômica em razão da exploração do seu patrimônio, com o objetivo de cobrir os custos pelo fornecimento de coisas ou serviços prestados aos usuários.” (*Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 113.

“A contraprestação é marca indelével do preço público.” (Arx Tourinho. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 144-145).

³¹ Podem, ainda, os serviços públicos ser prestados por empresas públicas ou por sociedades de economia mista, às quais aplicar-se-á o regime jurídico das empresas privadas, de acordo com o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

³² LAPATZA, Ferreiro. *Tasas y precios públicos: la nueva parafiscalidad*. *Revista Española de Derecho Financiero*, n. 64, p. 488.

³³ BOTELHO, Werther. *Da Tributação e sua Destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 77 ss.

³⁴ MARTINS, Cláudio. *Compêndio de Finanças Públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 104.

do lhe convém, preços mais altos, dos quais resulta um lucro líquido para as arcas do tesouro público.”

Entretanto, o fator lucro não condiz com a forma de cálculo da CFEM, uma vez que o valor da produção mineral – base de cálculo da Compensação – é estabelecido pelo mercado e não fixado unilateralmente, como ocorre, via de regra, com os serviços públicos concedidos.

Por essas razões, não pode a CFEM ser caracterizada como “preço público”.

5.4 Crítica à caracterização da CFEM como Indenização

Existe a corrente que entende ser a CFEM uma “indenização” devida pelo concessionário. Tal indenização teria por fundamento o esgotamento dos recursos minerais ou as despesas nas quais incorreriam os Entes Federados, em função da atividade minerária (infra-estrutura de bens e serviços, assistência às populações envolvidas etc.).³⁵

Adepto dessa corrente, Ricardo Lobo Torres,³⁶ após discurrir sobre a natureza das receitas originárias, dividindo-as em ingressos “patrimoniais” (aqueles que provêm diretamente da exploração do patrimônio público) e “comerciais” (exploração de monopólios e empresas estatais), classifica a CFEM como ingresso patrimonial de caráter indenizató-

³⁵ “Pode-se acrescentar que essa receita, em relação às entidades políticas não titulares dos recursos naturais, tem uma natureza contraprestacional. Realmente, não há como negar que a exploração de recursos naturais, que se caracteriza como atividade de grande porte, obriga os poderes públicos a efetuar investimentos maciços na formação de completa infra-estrutura material e pessoal, capaz de suportar as movimentações de bens e pessoas dela decorrentes. Além disso, notadamente o poder público local é obrigado a manter um programa ou um serviço de assistência à população direta ou indiretamente envolvida na atividade econômica da espécie. É fato incontestável que toda atividade econômica de grande porte atrai populações mais carentes, resultando na formação de cinturões de pobreza em torno dos centros urbanos, que se constituem em causas permanentes de inúmeros problemas” (HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 58).

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 150 ss.

rio,³⁷ diferenciando-a, entretanto, do “preço público”, uma vez que esse decorre da remuneração de serviços inessenciais; não tendo o objetivo de fornecer recursos para as atividades gerais do Estado, nem a remuneração de prestação de serviços vinculados à soberania, nem tão pouco tem como finalidade a garantia dos direitos fundamentais.

Regina Helena Costa também caracteriza a CFEM como indenização. Para ela, ainda que a propriedade do subsolo pertença à União, a Constituição Federal pressupõe um prejuízo maior para aquela pessoa em cujo território se dê a respectiva exploração, razão pela qual tais pessoas devem ser indenizadas.³⁸

A Procuradoria Geral do DNPM (Departamento Nacional da Produção Mineral),³⁹ ao discorrer sobre a natureza jurídica da CFEM, o caracterizou como preço público de caráter indenizatório, o que, de pronto, se mostra incompatível, pois, como ressaltado anteriormente, preço público está ligado à uma idéia de lucro, o mesmo não ocorrendo com a indenização, uma vez que seu fundamento é a contraprestação pelo dano.

Com o devido respeito a todas essas opiniões, não há como prosperar o entendimento da corrente que caracteriza a CFEM como indenização.

Embora a palavra “indenização”⁴⁰ possa, por vezes, ser utilizada como sinônimo de “compensação financeira”, se

³⁷ “(...) podem receber compensações financeiras, que têm a natureza de indenização pela perda de recursos naturais situados em seus territórios ou de contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e a assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte.” TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 150 ss.

³⁸ COSTA, Regina Helena. A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 19, p. 149, 1997.

³⁹ www.dnpm.gov.br/tribut00.html

⁴⁰ “(...) em sentido genérico, quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para reembolsar de despesas feitas ou para ressarcir de perdas tidas. E nesse sentido, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem. É, portanto, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição pecuniária, que se efetiva para satisfazer um pagamento, a que se está obrigado ou que se apresenta como um dever jurídico. Traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo de que se desfalcou pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-los de proventos, a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho.” *Apud* SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 452 ss., verbete “indenização”, grifos no original.

de indenização se tratasse, essa deveria ser feita exclusivamente à União, proprietária do subsolo e dos recursos minerais ali encontrados, ou ao proprietário do imóvel, mas nunca a quem não tem qualquer bem atingido (Estados, Distrito Federal e Municípios, que não são proprietários das jazidas). Além do mais, não teria sentido a Constituição Federal atribuir a propriedade do subsolo à União e a indenização pela sua exploração a outros Entes Federados.

Pretendesse o Constituinte que a “compensação financeira” tivesse a natureza de indenização, teria atribuído a propriedade do subsolo aos Entes Federados nos quais as jazidas se encontrassem.

Além do mais, não podemos entender que há um prejuízo por parte da União pela “perda” de seus recursos minerais, pois a única razão de ser da atribuição da propriedade federal de tais recursos é precisamente a de assegurar a sua exploração ordenada e racional pelos particulares. Como bem acentua Alberto Xavier:⁴¹

“Ao invés de perda, o que ocorre é uma valorização econômica de recursos pela sua extração e beneficiamento.”

William Freire explicita como princípio fundamental do Direito Minerário, dentre outros, “o interesse público na transformação da reserva mineral inerte em riqueza” e complementa que à União e ao Direito Minerário interessa o subsolo enquanto mineralizado, porque tem expressão econômica e estratégica, justificando assim sua proteção legal.⁴²

Se de indenização se tratasse, essa deveria ser calculada em função do dano sofrido e não em função do valor do produto mineral. De fato, a extração de um quilo de produto mineral pode causar um prejuízo (ambiental, ecológi-

⁴¹ XAVIER, Alberto. *In obra cit.*, p. 15.

⁴² FREIRE, William. *In obra cit.* p. 22.

co etc.) inúmeras vezes maior do que o valor devido a título de “compensação financeira”. Nesse caso, não haveria “indenização” alguma, mas, apenas, participação no resultado da exploração.

5.5 A natureza jurídica da CFEM como receita patrimonial ou transferida

A CFEM é, indubitavelmente, uma receita originária patrimonial da União, que, por disposição constitucional, a transfere para os Entes Federados e órgãos da Administração Pública Direta.

A CFEM tem natureza de “receita originária” (patrimonial) para a União e de “receita transferida” para os Estados, Municípios e órgãos da administração pública direta. A conclusão é lógica. Para a União, a CFEM decorre da exploração mineral que ela concede ao particular; para os demais, é receita cuja transferência, determinada pela Constituição Federal, foi regulamentada por lei.

Embora criada com a denominação de “compensação financeira”, a CFEM foi estruturada como “participação no resultado”, vez que é estipulada em função desse. Se de verdadeira “compensação financeira” se tratasse, deveria ser calculada em função do dano (ambiental, ecológico, esgotamento da jazida etc.) e não em função do valor do produto mineral obtido.

Entretanto, seja como “participação no resultado” seja como “compensação financeira”, a natureza jurídica da CFEM será, em termos de receita pública, a mesma, qual seja, “receita originária patrimonial” para a União e “receita originária patrimonial transferida” para os beneficiários.⁴³

⁴³ “A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar a natureza patrimonial da receita a auferir.” Voto do Min. Relator Sepúlveda da Pertence no RE 2288000-5, em que se discutiu a natureza jurídica da CFEM e sua constitucionalidade.

É que, embora a receita obtida não decorra da utilização dos bens dos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração pública direta, ela é advinda de um “patrimônio” (direito à CFEM) que estes possuem, substanciado no “direito” que a constituição lhes assegura de serem compensados pela exploração mineral.

Como bem define De Plácido e Silva:⁴⁴

“(…) no sentido jurídico, seja civil ou comercial, ou mesmo no sentido do Direito Público, por patrimônio entende-se o conjunto de bens, de direitos e obrigações, apreciáveis economicamente, isto é, em dinheiro, pertencentes a uma pessoa, natural ou jurídica, e constituindo-se uma universalidade”.

Sobre o tema, afirma Celso Ribeiro Bastos:⁴⁵

“Receitas patrimoniais são aquelas geradas pela exploração do patrimônio do Estado (ou mesmo pela sua disposição), feitas segundo regras de direito privado, conseqüentemente sem caráter tributário. Com efeito, os Poderes Públicos desfrutam de um patrimônio formado por terras, casas, empresas, direitos, que são passíveis de serem administrados à moda do que faria um particular, isto é, dando em locação, vendendo a produção de bens ou mesmo cedendo o imóvel ou o direito.”

Deve-se frisar que a “compensação financeira” pela exploração mineral garantida aos entes federados pela Constituição, caracteriza-se como um direito patrimonial desses. Assim, sem razão, *data venia*, aqueles que entendem que a CFEM não poderia ser caracterizada como receita patrimonial, pelo fato de não decorrer da exploração de bem dos Entes Federados. Tal assertiva parte da pre-

⁴⁴ SILVA, De Plácido e. *Op. cit.*, p. 330, verbete “patrimônio”.

⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

missa – equivocada – de que as receitas patrimoniais somente decorreriam da exploração de um “bem físico”, desconsiderando os “direitos” dos beneficiários, como no caso, o direito à “compensação financeira”, que também compõe o “patrimônio”. Assim, para os beneficiários, indistintamente, a CFEM tem a natureza de receita originária (patrimonial) transferida.

Embora a natureza jurídica varie em face de quem a institui e de quem dela se beneficia, cumpre gizar que a CFEM é, para o minerador, uma despesa compulsória, decorrente da atividade minerária que o obriga, por força de lei, a pagar à União um determinado valor.

6 A posição atual do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar recurso em que se discutia a natureza jurídica da CFEM e sua constitucionalidade, foi taxativo, como se verá adiante, em decidir pela natureza de receita patrimonial originária. Desta forma, estancou o assunto sobre a não possibilidade da aplicação dos princípios do sistema tributário nacional à obrigação em exame.

Veja a ementa da decisão:

“Bem da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e parágrafo 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (Lei 7.790/89, artigos 1º e 6º e Lei 8.001/90).

1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da **participação nos resultados** ou da **compensação financeira** previstas no art. 20, parágrafo 1º, CF, que configuram receita patrimonial.

2. A obrigação instituída pela Lei 7.990/89, sob o título de “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de “participação no produto da exploração” dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, parágrafo 1º, da Constituição.⁴⁶

7 Referências

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

———. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

———; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 6. t. 1.

BOTELHO, Werther. *Da Tributação e sua Destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

———. Natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais sua manifesta inconstitucionalidade. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Paulo: PUC, n. 2, p. 300 ss.

⁴⁶ RE 228800-5, Min. Relator Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ. 16/11/2001.

COSTA, Regina Helena. A natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 19, p. 149, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3.

DEODATO, Alberto. *Manual de Ciências das Finanças*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

FREIRE, William. *Comentários ao Código de Mineração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

LAPATZA, José Ruan Ferreiro. Tasas y precios públicos: la nueva parafiscalidad. *Revista Española de Derecho Financeiro*, n. 64, p. 488.

MARTINS, Cláudio. *Compêndio de Finanças Públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

NASCIMENTO, Antônio Theodoro. *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*: preços, taxas e parafiscalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 7. p. 8.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Receitas Públicas Originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.

PRICE WATERHOUSE. *A Constituição do Brasil*. 1998. p. 251.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A natureza jurídica da compensação financeira por exploração de recursos minerais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 13, p.128, 1996.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 452 ss.

TORRES, Heleno Tavares Taveira. A compensação financeira (art. 20, § 1º, CF) na discriminação constitucional de rendas: regime jurídico e aspectos tributários". *Revista da ABDT*, n. 3, p. 127 ss.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

XAVIER, Alberto Pinheiro. Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 29, p. 10 ss.

1.7

ANOTAÇÕES SOBRE A GREVE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E SUAS POSSÍVEIS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

LEONARDO GUSTAVO PASTORE DYNA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Greve: definição e histórico. 3 A greve na Constituição Federal de 1988. 4 O direito de greve dos servidores públicos: norma de eficácia limitada. 5 Conseqüências jurídicas da greve dos funcionários públicos: as possíveis sanções ao servidor pelo exercício ilegal do direito de greve. 6 A impotência dos servidores perante a mora legislativa: ineficácia dos meios constitucionais para sanar a ausência da norma regulamentadora da greve dos funcionários públicos. 7 A vedação da greve aos militares. 8 Conclusões. 9 Referências.

1 Introdução

As relações humanas são palco de diversos conflitos de interesses, os quais nem sempre são resolvidos de maneira amigável. Como não poderia ser diferente, o mesmo ocorre nas relações de trabalho.

Diante do impasse surgido do não atendimento de determinada reivindicação do trabalhador, deflagra-se o movimento de greve, que após toda uma história de repressão, teve sua legitimidade reconhecida pela maior parte das Constituições contemporâneas.

Entre nós, a Carta de 1988 também seguiu esse rumo, garantindo aos trabalhadores o exercício do direito de greve, vedando-a somente aos militares. No tocante, porém, aos “funcionários públicos *civis*”, o constituinte de primeiro grau vacilou e deixou como herança para o legislador ordi-

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Professor do curso de Direito da FAVI e da FACES. Especialista em Direito Constitucional pela UFES.

nário a tarefa de regulamentar a matéria de forma completa, o que, todavia, ainda não aconteceu.

Em função deste regramento apenas parcial dado pela Constituição, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência firmou-se no sentido da impossibilidade *temporária* dos servidores públicos exercitarem seu direito de greve, até que o legislador execute a tarefa que lhe fora imposta pelo constituinte originário.

Não obstante, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais à parte, o fato é que a categoria mencionada não raramente promove a ação paralisadora, donde podem-lhe resultar diversas conseqüências jurídicas, mas que nem sempre são implementadas na prática.

O estudo que ora se inicia tem por objetivo analisar aspectos constitucionais da greve dos funcionários públicos, com destaque para os possíveis efeitos legais da paralisação de suas atividades, mas sem deixar de apontar, em segundo plano, porém, alguns dos elementos gerais que cercam a matéria.

2 Greve: definição e histórico

A história demonstra que, na luta pela sobrevivência, o mais fraco submete-se ao mais forte, que o domina economicamente. Neste confronto de classes, é natural que ocorram conflitos dos mais variados, em que o hipossuficiente, por depender de quem lhe é superior, seja do ponto de vista jurídico ou econômico, abre mão de determinada pretensão para que não seja ainda mais prejudicado, já que quem pretere seu objetivo lhe exerce amplo domínio.

No entanto, em determinados momentos, o objeto de disputa de ambas as partes é tamanho que não pode o dominado simplesmente aceitar o que lhe é imposto. Neste passo, sendo praticamente impossível chegar-se a um con-

senso, o mais fraco, como meio derradeiro capaz de permitir a consecução de seu objetivo, utiliza-se do único bem jurídico de que depende o mais forte: sua força de trabalho.

Assim, nas relações trabalhistas, para alcançar o bem jurídico que antes fora negado pelo seu empregador, o empregado estanca o fornecimento de sua energia laboral até que o primeiro atenda seu pedido, fazendo-o através do movimento paralisante de suas atividades, denominado greve.

Muitas são as definições encontradas na doutrina, mas, de forma geral, entendemos ser a *greve* uma paralisação *temporária* das atividades de determinado grupo de pessoas juridicamente assemelhadas, tendo em vista uma ou mais reivindicações não atendidas por alguém hierarquicamente superior, que, por óbvio, deve(m) ter relação com o vínculo existente entre o primeiro e o segundo.

O elemento coletivo é quesito fundamental para a caracterização da greve, uma vez que a ação perpetrada deve dizer respeito diretamente aos interesses da coletividade, e não de uma só pessoa,¹ embora possam ocorrer casos concretos em que o movimento paredista tenha por finalidade beneficiar apenas um integrante.²

Para Giuliano Mazzoni,³ “a greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado.”

Comumente se afirma que o vocábulo *greve* teria sido utilizado pela primeira vez no final do século XVIII, numa praça em Paris, denominada *Place de Grève*, onde se reuniam trabalhadores que, insatisfeitos geralmente com os

¹ O legislador parece ter abraçado idéia semelhante, estatuindo que é legítima a suspensão *coletiva* da prestação de serviços ao empregador (art. 2º da Lei 7.783/89), muito embora tenha ressalvado a livre definição dos interesses defendidos através da greve (art. 1º, “caput”), na estrita observância do art. 9º da Constituição. Veja a nota seguinte.

² Imagine-se a hipótese de um grupo de operários iniciar uma greve em virtude da demissão, sem justa causa, de um colega acometido de grave doença, mas que não o impede de trabalhar, com objetivo de forçar o empregador a readmiti-lo. Neste caso, o movimento coletivo (classificado como greve solidária) não terá por finalidade defender eventuais direitos coletivos, mas tão somente o de um único indivíduo. Porém, a exceção apenas confirma a regra.

³ *Relações coletivas de trabalho*, p. 223-224, *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 307.

baixos salários e com as jornadas excessivas, paralisavam suas atividades e reivindicavam melhores condições de trabalho. Na referida praça, acumulavam-se gravetos trazidos pelas enchentes do rio Sena. “Daí o termo *grève*, originário de graveto”.⁴

A palavra *greve*, infelizmente, é vista pela maior parte da sociedade em que vivemos como algo pejorativo, sendo, muitas vezes, correlacionada com pessoas de má-índole, certos partidos políticos ou movimentos sociais e desordem.⁵ Diz-se infelizmente porque tal ligação afasta o entendimento do verdadeiro sentido do ato paralisador, que, como visto, tem como finalidade o alcance de determinado objetivo de um grupo de pessoas, em boa parte das vezes absolutamente legítimo.

Importante ressaltar que a greve é conquista paulatina dos trabalhadores. Segundo o Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite, conta-se que a história da greve remonta ao Século XII a.C., quando operários teriam se negado a construir um túmulo de um faraó, por conta de irregularidade no pagamento de salários e nas condições de trabalho, mas há também quem defenda que o êxodo dos hebreus do Egito antigo seria seu verdadeiro marco inicial.⁶

O que importa é que, por muito tempo, buscou-se a melhoria das condições de trabalho, uma vez que o elemento

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na teoria geral do direito: estudos*. São Paulo: Ltr, 2000. p. 166.

⁵ O Judiciário, atento ao problema da reiterada correspondência entre o exercício do direito de greve à confusão e desordem, tem se mostrado rígido quanto à análise concreta das conseqüências que podem advir de qualquer movimento grevista. Sobre o tema, veja-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça que manteve decisão que não acolhera a pretensão do recorrente em ser-lhe alongado o prazo para a interposição de recurso, sob alegação de ter sido impedido de protocolar a peça recursal em razão de suposta “confusão” que teria sido criada no trânsito pela ocorrência de greve de ônibus, cuja ementa ora é transcrita: “Agravos Regimental – Recurso Especial Intempestivo – 1. Impertinente a invocação do art. 184, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil, pois no último dia para interposição do recurso especial no prazo legal, não houve encerramento do expediente antes do horário normal no Tribunal de origem, já que, conforme certificado às fls. 181, a seção de protocolo funcionou em regime de plantão a partir das 17:30 até às 19:00 horas. 2. Quanto à ocorrência de greve de ônibus, ‘congestionamento incomum no trânsito, nervosismo e pânico naqueles que tinham compromissos agendados’, não representam fatos suficientes a comprovar o alegado óbice à interposição do recurso na quinzena legal. 3. Agravo regimental improvido”. (STJ – AGA 270392 – (199901009308) – SP – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 08.05.2000 – p. 00093) – grifou-se.

⁶ *A greve como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 14.

humano que o prestava era colocado em último plano da cadeia produtiva. Os interesses do trabalhador, pois, não eram relevados nem pelo Estado nem pelo empregador, que o submetia a uma carga de trabalho infinitamente superior à que poderia exercer, tendo em vista somente o lucro.

A concepção da greve como conduta delituosa ocorre não só entre nós, mas também em países mais evoluídos social e culturalmente. Até o início do Século XIX, não era aceita sequer a simples reunião de trabalhadores para tratar de interesses referentes à relação laboral, sendo vedada desde a antiguidade, na Roma dos Césares, como adverte Francisco Osani de Lavor.⁷

Na França, mesmo ainda sob os recentes efeitos da Revolução de 1789, era expressamente proibido pelo Código Penal Napoleônico qualquer ato que visasse a greve. Na Inglaterra, esta era considerada crime contra a Coroa pelos “Combination Acts”, de 1799 e de 1800.

Como observado pelo último autor citado, “tal situação perdurou na Europa, de um modo geral, até 1825, na Inglaterra, e até 1864, na França, quando leis específicas afastaram a conotação de crime dos movimentos paredistas dos trabalhadores, quando no trato de interesses profissionais. No México, em 1917, na Itália, em 1947, e em Portugal, em 1974, a greve passou a ser considerada um direito, passando a figurar em seus respectivos textos constitucionais”. Outros países, como o Canadá, Finlândia e Espanha, também são considerados alguns dos precursores do reconhecimento do direito de greve dos trabalhadores.

Entre nós, a greve foi totalmente vedada até o final de 1890, quando o Decreto 1.162, de 12 de dezembro daquele ano, determinou punição para os grevistas *no caso de violência* praticada durante o movimento. Cite-se que tal norma fora editada logo após o Código Penal de 1890, que

⁷ A greve no contexto democrático. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, v. 82, p. 11, 1996.

proibia expressamente a greve, ainda que pacífica. A maior parte da doutrina entende ter sido este o primeiro passo rumo à legalização da greve no Brasil.

O Constituinte de 1891, que, diga-se de passagem, praticamente reproduziu em nosso ordenamento jurídico a Carta Norte-americana, bem que poderia ter agido no embalo das mudanças já ocorridas na Europa e constitucionalizado o exercício do direito de greve, mas, ao contrário, foi omissivo.

A Constituição de 1934, por sua vez, promulgada já na era Vargas, momento histórico em que foram conquistados muitos dos direitos dos trabalhadores, também não inovou no tocante à greve, sendo igualmente omissiva.

Porém, mesmo não sendo prevista constitucionalmente, a greve, neste período, já era considerada um *fato social*, que o Estado tolerava, com reservas.

Em 1937, com a implantação do Estado Novo e a ditadura de Getúlio, após a dissolução do Congresso, fora outorgada a Constituição de 10 de novembro de 1937 pelo chefe do Executivo. Se antes não havia previsão nas Constituições, a Carta de 1937 retrocedera na evolução natural da matéria, considerando a greve *recurso incompatível* com os interesses da produção nacional, movimento anti-social e repudiável, sendo considerada ainda nociva ao trabalho e ao capital.

De fato, em meio a tantas imposições ditadas por Vargas, dentre as quais podem ser citadas o poder de manipulação do Congresso Nacional, diminuição da competência parlamentar e a centralização compulsória do poder em suas mãos, atos, aliás, típicos de qualquer ditador, não poderia o movimento grevista obter qualquer benesse. Com isso, preteriu-se ainda mais não só o direito de greve, mas também a própria evolução sócio-democrática brasileira, sobre a qual nos falece espaço para tratar nesta oportunidade.

No interregno entre a Constituição de 1937 e a de 1946, a greve fora ferozmente proibida pelo Decreto-lei n.º 431/

38, que a tipificava como crime, e pelo Decreto-lei n.º 1.237/39. Mais tarde, a Lei 4.330/64 permitia o exercício do direito, mas com reservas.

Mais adiante, através do Código Penal, em seus artigos 200 e 201, a proibição da greve começara a ser suavizada, tipificando como crime apenas a paralisação do trabalho na hipótese de uso de violência, perturbação da ordem pública ou paralisação de obra ou serviço de interesse coletivo.

Interessante notar a contradição praticada pelo próprio Chefe do Executivo que, em 15 de março de 1946, editou o Decreto-lei n.º 9.070, que permitia a greve nas atividades acessórias, mesmo havendo proibição expressa da Constituição de 1937, como já visto. No entanto, pode-se dizer que tal ocorrera em função da redemocratização do País iniciada pós-Segunda Guerra Mundial, com renovação de idéias, influências culturais estrangeiras e reestruturação da política nacional, o que culminou com a promulgação da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946 que, muito embora seja considerada pelos juristas uma Carta nascida “de costas para o futuro”, já que elaborada com base nas Constituições de 1891 e 1934, previu expressamente o direito de greve, condicionando-a apenas à edição de lei posterior (art. 158), o que, sem sombra de dúvida, consolidou o reconhecimento estatal deste direito do trabalhador, sobrepondo-o, naturalmente, a qualquer diploma infraconstitucional que antes o coibia.

A Constituição de 1967, tendo sido praticamente outorgada pelos militares, assegurou o direito de greve, restringindo-se seu exercício, no entanto, quanto aos *serviços públicos* e atividades essenciais, no que foi seguida pela Emenda nº 1, de 1969. Todavia, *a greve no serviço público era terminantemente vedada*.

Nota-se, portanto, que o direito de greve fora sendo conquistado pela classe trabalhadora aos poucos, através de

lutas vigorosas com objetivo de melhores condições de trabalho e qualidade de vida.

O direito de greve chegou ao ápice, entre nós, com a promulgação da Carta Política de 1988, quando fora assegurado a todos os trabalhadores o seu exercício, exceto quanto aos militares. Os servidores públicos *civis*, entretanto, mereceram tratamento diferenciado, como será visto a seguir.

3 A greve na Constituição Federal de 1988

Tendo sido promulgada logo após o fim do regime militar, era natural a preocupação do constituinte originário em garantir um Estado Democrático, assegurando aos cidadãos todos os direitos antes preteridos pelo regime autoritário. Muito embora não proibida *totalmente do ponto de vista legal* no período militar, a questão da greve, então, surge na Constituição como direito e garantia fundamental, nos termos de seu artigo 9º, impedindo, assim, lei infraconstitucional criar embaraço a seu exercício.

Dispõe o mencionado dispositivo:

“Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

José Afonso da Silva adverte que a greve não pode ser colocada somente no plano de um simples direito fundamental do trabalhador, mas sim como direito fundamental de natureza instrumental, sendo, pois, garantia constitucio-

nal, funcionando como meio constitucionalmente previsto para o uso dos trabalhadores, “não como um bem auferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses”.⁸

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, então na Presidência do Supremo Tribunal Federal, salientou, com seu reconhecido brilhantismo e atenção aos fundamentos sociais que envolvem a maior parte dos embates jurídicos no Pretório Excelso:

“A República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – artigo 1º da Constituição Federal. Em assim sendo, ganha envergadura o direito do trabalhador (gênero) de engajar-se em movimento coletivo, com o fim de alcançar melhoria na contraprestação dos serviços, mostrando-se a greve o último recurso no âmbito da resistência e pressão democráticas. Em síntese, na vigência de toda e qualquer relação jurídica concernente à prestação de serviços, é irrecusável o direito à greve. E este, porque ligado à dignidade do homem – consubstanciando expressão maior da liberdade a recusa, ato de vontade, em continuar trabalhando sob condições tidas como inaceitáveis –, merece ser enquadrado entre os direitos naturais.”⁹

Ocorre que o constituinte, ao dispor sobre o funcionalismo público, estipulou que seu direito de greve *seria exercido* nos termos e limites fixados em *Lei Complementar* (Art. 37, VII), o que fora modificado pela Emenda Constitucional n.º 19/98, tão só para substituir a exigência da espécie normativa originariamente prevista por uma *lei específica*, que ampla doutrina identificou como simples lei ordinária, cujo objeto, porém, seja somente a greve do servidor.

⁸ Ob. cit., p. 307.

⁹ SS (AgRg) 2.061-DF, Rel. Min. Marco Aurélio (Presidente). *Informativo STF*, n. 248, seção “Transcrições”.

Houve, dessa forma, uma aparente diferenciação entre o trabalhador comum e o estatal, levando a crer que o último exerceria seu direito de greve com alguma ressalva e/ou limitação não existente para os demais trabalhadores, sendo certo, todavia, que todos são o *esteio da sociedade*, na precisa expressão da Prof^a. Maria Garcia.¹⁰

Por sua vez, acrescenta ainda o sempre lembrado José Afonso da Silva:

“Em geral todos os trabalhadores, privados ou públicos, têm o direito de sindicalização e de greve. A resistência, no Brasil, sempre foi muito grande em admitir, para os servidores públicos, essas duas garantias dos trabalhadores. As Constituições anteriores vedavam expressamente a greve no serviço público e nos serviços essenciais. Resquício dessa resistência transparece no texto constitucional que reconhece o direito de greve dos servidores (art. 37, VII)”.¹¹

Razão disso, a maior parte da jurisprudência e doutrina afilia-se à tese de que o direito de greve do servidor público não poderá ser exercido enquanto não editada a norma referida no inciso VII do art. 37. Outros defendem que não há como impedir o servidor público de exercer seu direito de greve, pois a mora do legislador ordinário em regulamentar indigitado inciso não teria o poder de inviabilizar direitos fundamentais amparados pela Constituição, onde se inclui o de greve.¹²

Em outros termos, o ponto fulcral do debate é definir qual a eficácia da norma jurídica contida no artigo 37, VII, da Carta Magna, do que cuidaremos a partir de agora.

¹⁰ Previdência social e o déficit previdenciário: uma questão constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, v. 41, p. 116, 2002.

¹¹ Ob. cit., p. 678.

¹² Veremos que esta é uma das faces da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

4 O direito de greve dos servidores públicos: norma de eficácia limitada

Do cotejo do art. 9º com o art. 37, VII, ambos da Constituição Federal, surge um imbróglio. Enquanto o primeiro assegura o direito de greve, fazendo-se apenas algumas ressalvas sobre as atividades essenciais, atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e penalização de eventuais abusos ocorridos no exercício do direito, o segundo, com a redação que lhe foi dada pela Emenda 19, dispõe que:

“o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”

Nesse passo, afloram as seguintes questões: Há contradição e/ou conflito entre os dois dispositivos constitucionais? Há aplicabilidade imediata de ambos? A norma do art. 37, VII, é de eficácia plena, contida ou limitada?¹³

De início, responde-se o primeiro questionamento com a negativa, uma vez que, logicamente, não pode haver conflito entre os dois dispositivos constitucionais. Como deflui da própria sistematização da Carta, o art. 37, inciso VII, se destina aos servidores públicos, categoria profissional que, dada sua importância político-administrativa, fora tratada em separado pela Constituição. Bem que poderia o constituinte ter calado quanto à previsão específica da greve do servidor público, prevendo somente a norma geral do art. 9º, onde se poderia supor inclusive sua aplicação para a categoria dos funcionários públicos, por integração normativa. No entanto, quis frisar a garantia da greve também para estes

¹³ Para efeito deste trabalho, aderimos à consagrada denominação de José Afonso da Silva acerca da classificação das normas constitucionais, quanto à sua eficácia, em *plena, contida e limitada*, apresentada em sua *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Não se pode deixar de citar também Maria Helena Diniz, que propõe a classificação em *normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação* (*Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992), e Luís Roberto Barroso, que as denomina *normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas* (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 94).

últimos, prevenindo-se qualquer prejuízo aos mesmos por obra do legislador infraconstitucional.

Quanto à aplicabilidade das duas normas, começa a despontar alguma diferenciação, não prática, mas eminentemente jurídica.¹⁴

O artigo 9º, estando inserido no capítulo dos direitos sociais, que, por sua vez, faz parte do título relativo aos direitos fundamentais, é dispositivo de aplicação imediata, conforme determina o § 1º do artigo 5º da CF.¹⁵

O artigo 37, VII, por seu turno, não encontra dispositivo expresso na Constituição que disponha sobre sua aplicabilidade. Cabe ao operador do direito, pois, interpretar o sentido da norma.

Nota-se que o dispositivo determina que “o direito de greve *será exercido* nos termos e limites que a *lei específica determinar*”. Ocorre que ainda não fora editado o diploma legal que reclamou a Constituição.¹⁶

Daí surge o debate para saber se a citada norma é de eficácia contida ou limitada, ou seja, se tem aplicação ilimitada até que a lei específica seja editada, ou se só poderá ser aplicada quando o legislador determinar os termos e

¹⁴ Quando dizemos não haver diferenciação prática, falamos no sentido de que a greve também é deflagrada pela categoria dos servidores públicos, independentemente da natureza da norma do artigo 37, VII, da CF. Sobre tal fato e suas conseqüências, ocupamo-nos detidamente no capítulo nº 5.

¹⁵ A este propósito, cumpre observar que, a despeito da literalidade do § 1º, do artigo 5º, da CF, muitos são os direitos fundamentais que, à época da promulgação da Carta, não possuíam elementos para eficaz aplicação. Cite-se, a título de mero exemplo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, somente regulamentada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, ou seja, mais de dez anos após a instituição da nova ordem constitucional. Sobre a aparente contradição, José Afonso da Silva assegura que as referidas normas “são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”, e, a seu ver, o Judiciário deve conferir o direito reclamado pelo interessado, “segundo as instituições existentes” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 165).

¹⁶ É importante ressaltar que a Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, NÃO É a lei específica regulamentadora do exercício do direito de greve dos funcionários públicos. A uma, pelo fato de que, à época de sua edição, vigorava a redação original do artigo 37, VII, da Constituição, que, como visto, exigia lei complementar para tratar a matéria; a duas, o artigo 16 da Lei 7.783/89 expressamente dispõe que “para os fins previstos no art. 37, inciso VII”, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”, ou seja, o legislador optou expressamente em não regulamentar, naquela oportunidade, a greve dos servidores públicos. Entendimento análogo é colhido na jurisprudência do STF (MI 485-MT, Rel. Min. Maurício Corrêa). Contra: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A greve como direito fundamental*. Ob. cit., p. 39, nota 36, para quem a Lei 7.783/89 passou a ser aplicável ao caso, por analogia, após o advento da Emenda Constitucional 19, por não mais ser exigida Lei Complementar. Com a vênua devida, discordamos de nosso notável Professor pelo fato de que não se trata de lacuna de lei, mas sim opção velada do legislador em não tratar do assunto específico da greve em enfoque, o que não se nos afigura o caso da aplicação da analogia estabelecida pela Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º.

limites do exercício daquele direito, ou mesmo se é de plena eficácia.

De plano, por óbvio, afasta-se a hipótese de norma de eficácia plena, uma vez que esta independe de qualquer ato posterior para sua inteira operacionalidade. Como ensina Michel Temer, aquela é *norma bastante em si*.¹⁷ Tem aplicação imediata e integral, o que não é o caso do art. 37, VII, já que o próprio constituinte definiu claramente que o exercício *pleno* do direito de greve depende de ato do legislador infraconstitucional.

Resta saber então se a norma tem eficácia contida ou limitada.

É consabido que uma norma de *eficácia contida* é aquela que tem sua aplicação imediata, mas que, através de um ato posterior do Poder Legislativo, pode ter sua eficácia alterada (mesmo reduzida), com observância, por óbvio, do teor do dispositivo original, ponto do qual não poderá o legislador ultrapassar, como se fosse um núcleo mínimo. Enfim, a norma tem aplicação imediata, mas tem sua abrangência determinada pelo legislador decorrente, nos limites constitucionais.

Já a norma de *eficácia limitada* só pode ser aplicada quando implementada a condição imposta pelo dispositivo originário. Tem aplicação mediata, com integral dependência de ato posterior do legislador.¹⁸

Em termos didáticos, pode-se definir a norma de *eficácia contida* como aquela que tem aplicação imediata mas que poderá ser restringida ou não pelo legislador. A de *eficácia limitada* somente será aplicada quando regulamentada, momento em que finalmente terá eficácia no mundo jurídico, gerando efeitos.

¹⁷ *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 24.

¹⁸ Na lição de Pontes de Miranda, mesmo as normas constitucionais de aplicação diferida, ou mediata, implicam em comando obrigatório para o legislador ordinário, de modo que [as programáticas] "procuram dizer para onde, e como se vai" (*Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*), apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Cit., p. 137.

É sabido que uma norma constitucional não deve ser interpretada isoladamente, mas sim de acordo com toda a sistemática da Constituição, bem como fatores sociais, históricos e políticos preponderantes em sua elaboração.

O direito de greve, em termos constitucionais, pode ser visto como uma regra matriz, que é determinada pelo artigo 9º. Neste dispositivo, o exercício daquele direito é garantido, não podendo o legislador infraconstitucional preteri-lo.

A regra, portanto, é da possibilidade de exercício da greve em qualquer setor da economia ou linha produtiva. A exceção à regra, também deve ser expressamente prevista pela Carta, sendo, no caso de nossa Lei Maior, a greve dos militares.¹⁹

O trabalhador comum, numa primeira análise, só se diferencia do servidor público no tocante ao cargo que ocupa, pois seu trabalho também tem significativa importância para a economia como um todo, não sendo razoável diminuí-lo unicamente em função de não ocupar um cargo público.

Ocorre, porém, que se comparadas organicamente as funções do servidor e do trabalhador privado, ver-se-á o abismo que as separa. Tal diferenciação não se resume nas funções, mas também nas responsabilidades, seu regime jurídico, critérios para ingresso na carreira, aposentadoria, remuneração, vedações etc. Isso pode ser justificado pelo fato da Administração Pública jamais poder receber o tratamento dado à iniciativa privada. Várias são as razões para tal diferenciação, que não nos cabe avaliar aqui, mas o fator preponderante diz respeito à suposta supremacia do interesse público sobre o privado.²⁰

Vozes podem se levantar no sentido de que o tratamento não equânime resultaria inobservância do princípio da

¹⁹ Especificamente sobre a proibição da greve aos militares, ver capítulo nº 7.

²⁰ Embora não seja o objeto de nossa exposição, atente-se que há corrente que rechaça a idéia de supremacia do interesse público sobre o privado. Para aprofundamento no tema ver, na doutrina, a obra da Prof^a. Odete Medauar ("O direito administrativo em evolução").

igualdade, cuja expressão encontra amparo declarado no *caput* e inciso I do artigo 5º da Carta Cidadã. Todavia, por não ser aceita a idéia de existirem normas constitucionais *originárias* incongruentes entre si, cabe ao intérprete sanar a contraposição normativa, buscando o máximo de efetividade dos dispositivos em aparente conflito.

Por isso, além do que fora dito há pouco, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina, com sua reconhecida autoridade, que:

“... não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário”.²¹

E não há dúvida de que as particularidades da categoria dos funcionários públicos, a função que exercem e as implicações decorrentes de seu movimento paralisador merecem, de fato, tratamento diferenciado pela Lei Máxima, sem haver ofensa à isonomia.

Portanto, é de suma importância lembrar que os servidores desempenham funções estatais, sendo o elemento humano da máquina pública, o que implica dizer que, como a Administração possui regramento diverso dos demais setores produtivos, seus funcionários (*rectius*: servidores) também carecem de disciplina especial.

O constituinte de primeiro grau alinhou-se nesse sentido, dispondo acerca dos servidores em várias passagens da Constituição, em regras específicas, cuja inobservância implica direta afronta à Carta Maior.

²¹ O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43.

E no que tange ao direito de greve, é certo que fez questão de frisar que também pertence aos funcionários públicos, mas não de maneira ampla e geral, como aos demais trabalhadores. Deixou ao legislador ordinário a tarefa e oportunidade de delimitar os limites e parâmetros legais a regerem a matéria.

De fato, na disciplina constitucional, o direito *será exercido* nos termos e limites definidos em lei específica (Art. 37, VII). A redação do dispositivo leva à insofismável conclusão que, enquanto mencionada norma legal não for introduzida no sistema jurídico brasileiro, os servidores estarão impedidos de exercer seu direito.

Há muito, a maior parte da doutrina e jurisprudência comunga este entendimento, classificando a norma do art. 37, VII, da CF como de eficácia *limitada*. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no mesmo sentido,²² havendo, porém, divergência no Superior Tribunal de Justiça.²³

É verdade, por outro lado, que tal restrição aparentemente conflita com toda a evolução constitucional do tema em debate, especialmente pelo fato de a Carta de 1988 provir de um período marcado pela repressão e conter elementos antiditatoriais que foram preponderantes na elaboração da Constituição, como já dito alhures. Todavia, essa foi a *opção* do constituinte originário, que não cabe mais lamentar, mas sim analisar todas as conseqüências e efeitos legais da falta atual de normatização.

Porém, com algumas ponderações postas ao longo deste texto, deve-se registrar que o tratamento dado pelo legislador constitucional, mesmo tratando a matéria em dispositivo de eficácia limitada, significa um passo além da ordem constitucional prévia (1967/69) que, como ressaltado, ve-

²² Mandado de Injunção nº 20-4-DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello.

²³ Decidindo pela *eficácia limitada*: ROMS 12288-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T.; ROMS 2715-SC Min. Jesus Costa Lima, 5ª T.; ROMS 2810-SC, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª T. Pela *eficácia contida*: ROMS 2947-SC, Rel. Min. Adhemar Maciel, 6ª T.; ROMS 2171-GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T.; ROMS 15662-PR, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma. Todos *in* <www.stj.gov.br>.

dava expressamente a greve dos funcionários públicos, mas sem esquecer, por fim, a crítica de Luís Roberto Barroso:

“Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido.”²⁴

Todas estas normas, que ressoam preciosamente inócuas, padecem de um mesmo mal: não são eficazes na prática, não se realizam efetivamente no dia-a-dia da vida das pessoas. O ideário constitucional torna-se, assim, vazio e vão.”²⁵

5 Conseqüências jurídicas da greve dos funcionários públicos: as possíveis sanções ao servidor pelo exercício ilegal do direito de greve

Partindo da conclusão tomada nos tópicos anteriores, qual seja, de que o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis está reservado à atividade legiferante ordinária, tratando-se o artigo 37, VII, da Constituição Federal, de norma de eficácia limitada, cumpre-nos analisar quais as implicações geradas por referido entendimento.

É sabido que, independentemente de ser a indigitada norma de eficácia plena, contida ou limitada, ou seja, de existirem ou não todos os requisitos constitucionais para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, na prática, o movimento paredista muitas vezes é iniciado pelos mesmos, ou seja, a greve, como fato social, é também exercida pelos servidores, a despeito da ausência da lei específica a que reclama o artigo 37, VII, da CF.

Via de regra, as conseqüências da suspensão do trabalho dos funcionários públicos são monumentais, atingindo

²⁴ Ob. cit., p. 61.

²⁵ Idem, p. 64.

a grande massa da população que depende da prestação de serviços estatais, cuja continuidade lhe é ínsita.²⁶ Por outro lado, em relação aos grevistas, costuma-se amenizar os efeitos, pois, muitas vezes, não há qualquer tipo de punição para os servidores que aderem ou mesmo se põem à frente do movimento, inclusive na hipótese deste ser julgado ilegal pelo Judiciário. O mesmo se diga quanto à prática das autoridades administrativas que, resolvendo “amigavelmente” a questão, não aplicam qualquer sanção ao servidor grevista.

Daí surge um paradoxo. De acordo com a interpretação dada à Constituição da República pelo Pretório Excelso e maior parte da doutrina, não é permitida a greve do servidor público enquanto não editada lei específica dispondo sobre a matéria. Mesmo assim, não é rara a realização de movimentos paredistas no serviço público, sendo que, em grande parte das vezes, os servidores não são punidos nem pela Administração, nem pelo Poder Judiciário.

Como resolver a questão? Em outros termos, se a norma do artigo 37, VII, da CF, é de eficácia limitada, não permitindo o exercício do direito de greve pelo funcionário público sem a edição prévia de lei específica, não pode ser cabível engrossar o movimento grevista sem que seus atores não sofram as conseqüências legais do ato que, *enquanto não regulamentado*, será caracterizado como *ilícito*. Não nos parece acertado, saliente-se, usar dois pesos e duas medidas para o caso em exame.

Isso acarreta dizer que, uma vez paralisadas as atividades da administração pública, seus causadores não podem se esquivar da aplicação das penalidades cabíveis. Do contrário, estar-se-ia admitindo, por via transversa, o embuste à Constituição. Ora, se esta não permite o exercício do direito de greve pelos servidores senão após sua regulamen-

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 39.

tação, não se pode aceitar que seus transgressores passem incólumes perante a ilicitude e afronta ao ordenamento jurídico pátrio.

Não queremos defender a tese de que ao funcionário público é absolutamente vedada a greve, pois esta, como já ressaltado, é reconhecidamente um direito da classe trabalhadora como um todo. Ocorre que o constituinte originário deixou a responsabilidade de regulamentar esse direito dos servidores para o legislador infraconstitucional, que permanece inerte ante seu dever funcional.

Todavia, se referida classe trabalhadora *ainda* não detém o direito em questão com *plenitude*, não cabe “exercê-lo” de maneira *ilícita*. E, com todo respeito às opiniões em contrário, o servidor público cometerá *ato ilícito* toda vez que iniciar um movimento grevista, enquanto não editada a *lei específica* requerida pelo artigo 37, VII, da Carta da República. Tal trabalhador pode fazer greve (é a previsão da Constituição), mas tão só após a edição do mencionado diploma legal. Se o fizer antes, estará indo de encontro à Lei Magna.

Tal entendimento encontra amparo, dentre outras, na doutrina do saudoso Prof. Celso Ribeiro Bastos:

“Embora não se desconheça o fato de que mesmo as normas demandantes de integração produzem certos efeitos, no caso não há possibilidade alguma, em nosso entender, de se invocar o preceito constitucional para legitimar greves exercidas no setor público, sobretudo na Administração centralizada. A absoluta ausência de normatividade complementar priva o preceito de eficácia. *A prática de greve nesse setor torna-se necessariamente ilegal por falta de escoro jurídico*”.²⁷

E as conseqüências desse ato ilícito ressoam na esfera civil, penal e administrativa.

²⁷ *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 430. O destaque está ausente no original.

De fato, caso eclodida a greve por um grupo de funcionários públicos e ocorrendo, em função do ato, prejuízo a qualquer pessoa, certamente o prejudicado poderá se valer da norma esculpida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, para argüir a responsabilidade objetiva da Administração Pública,²⁸ que, por sua vez, terá ação regressiva em face de seus agentes. Aliás, neste caso, a existência de culpa dos últimos será inafastável, pois, como visto, a greve dos servidores será ato ilícito enquanto não for regulamentada. Entendimento contrário implica em afronta indireta ao inciso VII do mesmo artigo citado.²⁹

Por outro lado, a conduta característica da greve pode, seguramente, tipificar um ilícito penal. O artigo 323 do Código Penal estabelece que comete crime quem abandona cargo público, fora dos casos permitidos em lei. E a greve dos servidores, como ainda não está regulamentada, pode ser lida como um dos casos não previstos em lei como abandono, mesmo transitório, de uma função pública.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete, “o artigo 323 do CP pune o desrespeito do funcionário público às disposições regulamentares que organizam o serviço público, eis que o Estado tem interesse em garantir o normal funcionamento de seus serviços”.³⁰

²⁸ *Mutatis mutandis*, Hely Lopes Meirelles menciona acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo em que um sindicato fora condenado a pagar os prejuízos causados à população, num caso de greve nos serviços essenciais: Ap. Cível 188.695-1, j. 17.8.94 (*Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 305).

²⁹ No caso de servidores públicos federais, norma legal estipula a denúncia da lide ao(s) grevista(s) tão logo seja citada a União (ou suas autarquias ou fundações públicas) para ressarcir os danos ocasionados com o movimento paredista. Trata-se do Decreto nº 1.480, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em caso de greve no serviço público federal enquanto não regulamentado o artigo 37, VII, da Constituição. O *caput* do artigo 3º de referido Decreto estatui o seguinte: “No caso em que a União, autarquia ou fundação pública for citada em causa cujo objeto seja a indenização por interrupção, total ou parcial, da prestação dos serviços desenvolvidos pela Administração Pública Federal, em decorrência de movimento de paralisação, será obrigatória a denúncia à lide dos servidores que tiverem concorrido para o dano”. Cabe o registro de que há vozes argüindo a inconstitucionalidade desse ato normativo, dentre outros motivos, pelo fato do mesmo estar infringindo o princípio da reserva legal (no caso o art. 37, VII, da CF, clama por lei ordinária e específica). Porém, apesar do tema suscitado ser contagiante, acaba por ultrapassar o móvel principal de nossa reflexão, pelo que passaremos ao largo do debate, considerando o indigitado diploma legal, para os fins deste estudo, capaz de produzir todos os efeitos narrados neste texto.

³⁰ *Manual de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 3, p. 337.

E antes que alguém possa argumentar que a greve é apenas a paralisação transitória do serviço, não resultando no abandono definitivo do cargo, o mesmo autor supracitado adverte que “não importa, porém, que o sujeito ativo não tenha o ânimo definitivo de abandonar o cargo; não exclui o crime o *animus revertendi*”.³¹

Na esfera administrativa, com toda certeza, o ilícito caracterizado pela greve do servidor também irradia efeitos, pela infração, em âmbito federal, à Lei 8.112/90, especialmente no que diz respeito ao art. 116, incisos I, III, e X,³² e art. 117, I,³³ e, no Estado do Espírito Santo, à Lei Complementar 46, em especial ao art. 220, I, V e VI e ao art. 221, I,³⁴ dentre outros que não cabe aqui analisar, já que nossa proposição é o tratamento geral da matéria, sendo certo, todavia, que a atitude grevista proporcionará a aplicação das penalidades previstas na mencionada lei (art. 127), como advertência, suspensão, destituição de função ou cargo comissionado ou até mesmo a demissão.³⁵

O mesmo entendimento deve ser estendido aos funcionários públicos estaduais e municipais, dado que, apesar de não se submeterem ao regime da Lei 8.112/90, certamente os estatutos que lhes regem também contêm dispositivos semelhantes aos tratados aqui, pois estes decorrem diretamente dos princípios norteadores do direito administrativo. Ademais, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não ofende a competência privativa da União para disciplinar o direito em voga o Decreto do Governador de Estado que disciplina as consequências admi-

³¹ Ob. cit., p. 338.

³² “Art. 116. São deveres do servidor: I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; III – observar as normas legais e regulamentares; X – ser assíduo e pontual ao serviço.”

³³ “Art. 117. Ao servidor é proibido: I – ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato.”

³⁴ Estes artigos da Lei Complementar 46 são reproduções fiéis das disposições citadas da Lei Federal 8.112/90.

³⁵ Por seu turno, o Decreto 1.480/95 estipula expressamente que os ocupantes de cargos em comissão e os que percebam função gratificada (no âmbito da União) serão imediatamente exonerados ou dispensados no caso de participarem de movimento de paralisação de serviços públicos.

nistrativas, disciplinares ou não, decorrentes do ilegal movimento paralisador das atividades da Administração Pública,³⁶ à semelhança do que já fora feito na esfera federal, com a edição do Decreto 1.480/95.

Da mesma forma, enquanto não *legalizado* o exercício do direito de greve do servidor, a deflagração do movimento também caracterizará improbidade administrativa. Como se sabe, a Lei 8.429/92 trata não apenas dos atos ímprobos que causam prejuízo monetário ao Erário, mas inclusive dos que atentam contra os princípios da Administração Pública, onde se incluem, expressamente, aqueles cuja prática é vedada por lei (art. 11, I).

Quanto ao pagamento dos dias parados, cumpre ressaltar que, ao contrário do que pode ocorrer na iniciativa privada, onde as partes podem transacionar e, a despeito da greve, pagá-los, na Administração Pública tal não será possível,³⁷ tanto pela indisponibilidade do interesse público, que impede a transação desamparada por lei, quanto pela *ilicitude* que contamina a greve do servidor enquanto não editada a lei regulamentadora. Em outras palavras, o pagamento dos dias compreendidos no período da greve não poderá ocorrer em nenhuma hipótese, diferentemente do que ocorre na relação empregatícia particular, por decorrência automática do princípio da estrita legalidade.³⁸

Sérgio Pinto Martins, lembrando que a greve é considerada hipótese de suspensão do contrato de trabalho, defende o não-pagamento de salários, pois como a todo direi-

³⁶ ADI 1696-SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

³⁷ Registramos o entendimento diverso do Min. Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº 185.944-ES, que admite o pagamento quando a própria Administração Pública autoriza a paralisação, uma vez tomadas medidas para a continuidade do serviço, ao qual pedimos todas as vênias para discordar, pelos fundamentos expostos ao longo deste artigo.

³⁸ Por óbvio, aqui nos referimos aos servidores que aderem livremente à greve e não aos que são impedidos de trabalhar pelos grevistas, exceção que somente confirma a regra do não-pagamento de salários. Embora difícil a diferenciação entre um e outro caso na prática, tal não pode resultar no tratamento generalizado dos servidores, fazendo-se, tanto que possível, sua correta identificação.

to corresponde um dever, à greve contrapõe-se o ônus da inexistência de remuneração do período não trabalhado.³⁹

Cumpra registrar que o Supremo Tribunal Federal já decidira esta questão específica *cum grano salis*.⁴⁰ No entendimento do então Presidente, Min. Marco Aurélio, sob pena de tornar-se a greve “fenômeno de mão dupla, como se pudesse ser submetida a uma verdadeira Lei de Talião (ao não pagamento de salários)”, é cabível sim o corte remuneratório dos dias parados, mas desde que valha-se a Administração, todavia, dos mecanismos de descontos previstos nos regimes jurídicos dos servidores, para o fim de “elidir eventual enriquecimento indevido, se é que este, no caso, possa se configurar”. *Mutatis mutandis*, esse também é o entendimento colhido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas sem a exigência/restricção de desconto *programado*.⁴¹

Da mesma forma, entendemos que os participantes do movimento paralisador não poderão contar os dias parados para efeitos advindos do tempo de serviço, tal como para a percepção de abonos, gratificações ou quaisquer outras vantagens.⁴²

Ressalte-se que se os servidores, ao invés de deixar seus postos de trabalho para fazer coro ao movimento paralisante, permanecem em seus postos de trabalho sem trabalhar (greve branca), ou então trabalham com grande vagar (“operação tartaruga”), cometem igualmente ato ilícito,

³⁹ *Direito do trabalho*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 761. Importante notar que a Lei 7.783/89, no caput do artigo 7º, considera a greve como motivo de *suspensão* do contrato de trabalho, embora reserve ao entendimento das partes a composição sobre as “relações obrigacionais” surgidas neste período, demonstrando a nítida opção do legislador em permitir o pagamento de salários durante a greve, desde que acordado pelos interessados (o que, na verdade, não seria propriamente suspensão, mas sim interrupção do contrato de trabalho). Mas, além de não ser esta a lei que regula a greve no funcionalismo público (vide nota nº 16, *supra*), tal opção não pode ser tomada em relação a esta categoria, como é defendido neste estudo.

⁴⁰ SS (AgRg) 2.061-DF, citado na nota nº 9, *supra*.

⁴¹ ROMS 2715-SC (Rel. Min. Jesus Costa Lima); ROMS 3180-RS, ROMS 2873-SC, ROMS 8426-PR, ROMS 15662-PR (Rel. Min. Vicente Leal); ROMS 2171-GO (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro). Todos *in* <www.stj.gov.br>.

⁴² É o mesmo que estabelece os incisos do artigo 1º do Decreto 1.480/95 (âmbito da União).

já que o *princípio da eficiência* é um dos que norteiam a Administração Pública, sendo certo que seu descumprimento dá margem, dentre outras, à ação de improbidade administrativa com fundamento no art. 11 da Lei 8.429/92, como visto acima.

Não se pode olvidar, por outro prisma, que as autoridades administrativas superiores aos funcionários grevistas também deverão observar as regras normativas já citadas, bem como promover a punição dos últimos, sob pena de também praticarem ato ilícito. Com acerto, a falta de imputação de responsabilidade aos servidores por parte da autoridade superior tipificará o crime de condescendência criminosa (Código Penal, art. 320), além de ilícito civil e administrativo.⁴³ A indisponibilidade do interesse público impede que a autoridade, a despeito da proibição do exercício de greve do funcionário público enquanto não editada a lei disciplinadora (art. 37, VII, *contrario sensu*), deixe de responsabilizar seus subordinados pela prática do ilícito, sob pena de também estar cometendo ato contrário à Constituição, conforme já defendido.

E a responsabilidade dos servidores grevistas deve ser perquirida pela autoridade superior não apenas na esfera administrativa, mas também no que diz respeito ao ajuizamento de ação civil de regresso (desde que a Administração seja condenada pelos danos provenientes da greve, com base no artigo 37, § 6º). Aceitar o contrário é permitir a transação e disponibilidade da coisa pública, sem qualquer permissivo legal. Mesmo no caso de finalizar-se a greve através de acordo entre os servidores e a autoridade pública, não poderá haver tratamento diverso.

O que fora dito acima também deve ser entendido no caso da greve ser declarada ilegal pelo Poder Judiciário.

⁴³ Pelo art. 1º, § 2º, do Decreto 1.480/94, será exonerado ou "dispensado" o chefe imediato do servidor público *federal* grevista, desde que não transmita ao órgão de pessoal a identificação deste último, nos moldes estabelecidos no § 1º do mesmo artigo.

Aliás, como o exercício do direito de greve pelos servidores está condicionado à edição da *lei específica* tantas vezes mencionada aqui, bem como se constituir o movimento paralisador uma *ilicitude* enquanto não editado referido diploma legal, entendemos que, por mais que sejam fundadas as reivindicações dos servidores grevistas, o Judiciário, “concessa maxima venia”, *necessariamente* deverá julgar a greve *illegal*,⁴⁴ sob pena de, fazendo o inverso, cancelar o piso-teio da Constituição.

Todas estas conseqüências são implicações lógicas advindas da *opção* do constituinte originário de tratar, apenas de forma enunciativa, a greve dos funcionários públicos, bem assim da apatia funcional até agora demonstrada pelo legislador ordinário. Apesar de reconhecermos, por isso, ser injusta a situação hodierna dos servidores em relação ao seu direito de greve, tal não permite suavizar os efeitos jurídicos surgidos de tal movimento. Este é o preço que paga a categoria profissional por fazer parte de um Estado de Direito, onde as aspirações pessoais são suplantadas pelo império da legalidade.

Cumprir registrar que esta absoluta *frustração constitucional* ilustra, infelizmente, apenas uma das muitas disposições da Carta de 1988 que não passaram, até agora, de mero instrumento de retórica, o que nos permite transcrever a aguda advertência de Luís Roberto Barroso:

“Em um País sem tradição de respeito aos direitos, a constituinte termina sendo uma caça aos privilégios. Criam-se diferentes castas dos que são mais iguais. Alguns conseguem um lugar sob o sol da proteção constitucional direta. Outros ficam no mormaço das normas que sinalizam o *status*, mas precisarão ser integradas pelo legislador infraconstitucional. A maioria fica sob o

⁴⁴ No nosso entender, a greve é denominada *illegal* pela inexistência de norma que a regulamente, ou seja, não possui arrimo em lei. Ao contrário, se existente a lei, há de diferenciá-la da *greve abusiva*, quer dizer, aquela que extrapola as regras e limitações estabelecidas no diploma legal correspondente.

sereno das normas programáticas, as que prometem saúde, cultura e terceira idade tranqüila. Mas só quando for possível”.⁴⁵

6 A impotência dos servidores perante a mora legislativa: ineficácia dos meios constitucionais para sanar a ausência da norma regulamentadora da greve dos funcionários públicos

Como visto, apesar da greve ser um direito assegurado à classe trabalhadora, quis o constituinte de primeiro grau tratar diferentemente os servidores públicos. Atribuiu a responsabilidade ao legislador infraconstitucional de editar uma *lei específica* para a classe especial poder exercer licitamente tal direito.

Porém – já tantas vezes frisado – o legislador ordinário continua imóvel, sem dar tratamento à matéria. E, como já defendemos, enquanto assim permanecer, os funcionários públicos jamais poderão dar início a um movimento grevista sem incorrer na aplicação, ao menos em tese, das penalidades acima demonstradas, pois a greve – *necessariamente* – não encontrará arrimo em lei.

Importante ressaltar que nem toda inércia legislativa caracteriza uma omissão inconstitucional, pois o legislador possui ampla discricionariedade para avaliar qual o melhor momento de editar uma norma legal. Mas a ação omissiva do Legislativo nos casos em que a Lei Máxima lhe impõe regulamentar determinado preceito normativo, evidentemente caracterizará o comportamento inconstitucional, pela manifesta inobservância de seus deveres institucionais.⁴⁶ E não temos dúvida de que este último caso se aplica à insistente omissão do legislador em colmatar o vazio legal que envolve o direito de greve dos servidores públicos.

⁴⁵ Ob. cit., p. 319-320.

⁴⁶ Luís Roberto Barroso, ob. cit., p. 164.

Por outro lado, é de geral sabença que os instrumentos previstos pela Carta de 1988 para garantir a efetividade das normas constitucionais, tal como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, acabaram por se mostrar meios *anêmicos* para atingir sua finalidade. Ambos não possuem força suficiente para obrigar o legislador a cumprir seu dever constitucional. Mesmo caracterizada a inércia deste, pela independência dos Poderes (CF, art. 2º), não pode ser o Legislativo obrigado pelo Judiciário a legislar.⁴⁷

Assim, a primeira via que poderia ser seguida pela categoria dos servidores públicos para legitimar o exercício de seu direito de greve está inviabilizada, pelo menos enquanto não for superado o entendimento do Pretório Excelso sobre o Mandado de Injunção.⁴⁸ Valendo-se deste, ou mesmo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, e julgado precedente o pedido, ainda assim não serão os parlamentares obrigados a editar a *legislação específica* prevista pelo inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal.

Portanto, somente resta a alternativa de mobilização da categoria em enfoque, cobrando dos responsáveis pela *apatia legislativa* a inserção no ordenamento da lei necessária ao exercício de seu direito de greve. Mas, como é óbvio, também não há garantia de que tal implicará êxito, já que, como lembrado pela Prof^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as dificuldades que o legislador enfrentará para regula-

⁴⁷ Não nos cumpre aqui avaliar os motivos que resultaram na inefetividade das citadas ações constitucionais. Porém, a melhor doutrina insiste na idéia de que, em especial quanto ao Mandado de Injunção, poderia o Supremo Tribunal Federal ter dado outro tratamento ao tema. O entendimento majoritário do STF foi de que a decisão no MI não teria o condão de suprir a ausência da norma regulamentadora, mas tão somente servir para informar o Poder Legislativo de sua mora, tal como é feito na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Para aprofundamento, consulte MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 182.

⁴⁸ Restringimos a hipótese da mudança de posicionamento do STF ao Mandado de Injunção uma vez que os efeitos de sua decisão decorrem nitidamente de entendimento pretoriano, ao contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, cuja (in)efetividade em relação ao Poder Legislativo decorre de previsão constitucional, posto não ser estabelecido prazo para o preenchimento da lacuna ou mesmo sanção pelo descumprimento da decisão da referida ação direta (CF, Art. 103, § 2º: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias").

mentar a greve do servidor público ultrapassam o problema do inevitável rompimento da continuidade do serviço público, chegando à incapacidade para o tratamento de questões salariais em negociações coletivas,⁴⁹ uma vez ser a remuneração dos servidores regulada pelo artigo 37 e seguintes da Constituição.⁵⁰

Ademais, lembra José Afonso da Silva:

“Qualquer lei que complete texto constitucional há que limitar-se a desenvolver os princípios traçados no texto. Mas há que desenvolvê-los inteiramente, pois tanto infringe a constituição desbordar de seus princípios e esquemas como atuá-los pela metade. Em ambos os casos ocorre uma deformação constitucional.”⁵¹

Cabe aqui ressaltar, sem embargo, que a vedação *momentânea* de seu direito de greve, bem como as limitações pertinentes ao tema, não devem obstar o Estado estar atento às reivindicações e direitos da classe dos servidores, tanto por desempenhar as tarefas fundamentais ao seu funcionamento, quanto pela questão social que dá azo à maior parte dos movimentos grevistas, como já visto.

Assim, por mais penoso que possa ser, temos que admitir que a solução do problema apresentado, hoje se amolda muito mais a uma questão política que jurídica. E como asseverado por Konrad Hesse, esta deveria ser a última alternativa posta à concretização da força normativa da Constituição:

“... o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus *limites*. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta for-

⁴⁹ Registre-se, sobre o tema, recente enunciado de súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Súmula 679 - A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

⁵⁰ *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 460-461.

⁵¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230.

ça tem limites. A sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos acima enunciados. Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*).

Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zuz Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.⁵²

7 A vedação da greve aos militares

Embora o presente estudo tenha como objetivo a análise das (im)possibilidades e conseqüências do exercício do direito de greve pelo funcionário público “civil”, mesmo em poucas palavras, há de ser ressaltado assunto relevante, que é o que diz respeito à greve dos militares.

A Constituição Federal, em seu artigo 142, § 3º, IV, vedalhes expressamente o direito de greve.

Destinados os militares “à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem” (art. 142,

⁵² *A força normativa da Constituição. (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 26-27. Os grifos estão no original.

caput, in fine), é evidente que a vedação referida decorre da segurança e soberania nacionais, pois conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “as Forças Armadas são um corpo especial da administração”, possuindo como precípua finalidade garantir a segurança externa do Estado, além de, “secundariamente, assegurar a ordem interna”, na hipótese de insuficiência dos meios das polícias.⁵³

Decerto, não pode ficar o País refém de qualquer movimento paredista partido dessa categoria. No entanto, a despeito da vedação de seu direito de greve, o Estado deve estar atento às suas reivindicações e demais garantias que lhes são constitucionalmente previstas, tal como no caso dos servidores públicos “civis”.

8 Conclusões

Por tudo que aqui tratamos, podemos concluir:

- a greve é a última alternativa no Estado Democrático para a composição entre patrões e empregados, cujos elementos sociais e históricos a classificam como um fato social;
- a Constituição Federal garantiu o direito de greve a todos os trabalhadores, exceto aos militares;
- os funcionários públicos também possuem o direito de greve, mas seu exercício será permitido somente após a edição de lei dispondo sobre a matéria, exigência constitucional que implica na classificação do artigo 37, inciso VII, da Carta Magna, como de eficácia limitada;
- o tratamento diferenciado das categorias não afronta o princípio da isonomia, por carecer a Administração

⁵³ *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 235-236.

Pública (onde se incluem seus servidores) de regras específicas;

- embora possua discricionariedade na edição de atos normativos, no caso do art. 37, VII, da Lei Maior, encontra-se o Poder Legislativo em estado de mora legiferante, que evidencia seu comportamento inconstitucional por omissão;
- enquanto não regulamentado o art. 37, VII, da Constituição, a greve perpetrada pelos servidores, sejam cabíveis ou não as suas reivindicações, constitui-se ato ilícito, por lhe faltar o elemento normativo exigido pela Lei Fundamental;
- a Lei 7.783/89 não é a *lei específica* responsável pela regulação do exercício do direito de greve dos funcionários públicos;
- a ilegalidade do movimento paredista dos servidores decorre nitidamente do princípio da estrita legalidade, viga mestra da atividade administrativa;
- enquanto não editada a lei reclamada pelo art. 37, VII, da CF, aos servidores grevistas devem ser aplicadas sanções civis, penais e administrativas;
- na esfera civil, deve ser o funcionário público acionado em ação regressiva de indenização, caso seja a Administração Pública condenada pelos danos causados a terceiros em função da greve, pelo que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição;
- em âmbito penal, a paralisação dos serviços pelo grevista tipifica o crime de abandono de cargo ou função pública, conforme reza o art. 323 do Código Penal, pouco importando não ser a ausência no trabalho definitiva;
- administrativamente, a atitude do funcionário grevista pode autorizar, dentre outras, advertência, suspen-

são, demissão ou perda de função ou cargo de confiança;

- pela afronta aos princípios regedores da Administração Pública, a participação na greve também caracteriza improbidade administrativa;
- a participação do servidor na greve obriga o desconto salarial dos dias parados, sem possibilidade de transação com a autoridade superior;
- o tempo de participação do funcionário público na greve não pode ser contado na aquisição de direitos decorrentes do tempo de serviço, como abonos, gratificações ou outras vantagens;
- a “operação tartaruga” e a greve branca também acarretam punição, pois infringem o princípio da eficiência da Administração;
- as autoridades superiores aos funcionários participantes do movimento paredista necessariamente devem buscar a responsabilização destes, sob pena de também estarem praticando ato ilícito punível civil, penal e administrativamente;
- enquanto não editada a lei a que reclama o art. 37, VII, da CF, as conseqüências administrativas, sejam elas disciplinares ou não, decorrentes da ilegal paralisação das atividades da Administração, podem ser reguladas em Decreto do Chefe do Executivo de cada ente federativo, de acordo com o entendimento do Pretório Excelso;
- os meios constitucionais originariamente previstos para sanar a *anemia normativa* se mostram, atualmente, desprovidos de eficácia para colmatar o vazio legal, donde desloca a questão do meio jurídico para o político;

- a inércia funcional do Poder Legislativo não legitima a ação dos servidores grevistas, que dispõem tão só de sua capacidade de mobilização social para pressionar as autoridades responsáveis pela inefetividade do direito de greve, a fim de tornar legal seu movimento paralisador.

9 Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GARCIA, Maria. Previdência social e o déficit previdenciário: uma questão constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internaciona*. São Paulo: RT, v. 41, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (*Die normative Kraft der Versassung*). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- LAVOR, Francisco Osani de. A greve no contexto democrático. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, v. 82, 1996.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A greve como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Direito e processo do trabalho na teoria geral do direito: estudos*. São Paulo: Ltr, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 3.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

1.8

PRECATÓRIO - A PERDA DA NATUREZA ALIMENTÍCIA DOS CRÉDITOS OBJETO DE CESSÃO*

GUSTAVO CALMON HOLLIDAY**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. 3 Precatório – breve noção. 4 Créditos de natureza alimentícia nos precatórios. 5 Da preferência dos créditos de natureza alimentícia na ordem de pagamento de precatório. 6 Da cessão de créditos. 7 Análise sobre a cessão dos créditos oriundos de precatório. 8 A perda da natureza alimentícia dos créditos de precatório objeto de cessão. 9 Conclusões. 10 Referências.

1 Introdução

O pagamento por meio de precatório tem recebido inúmeras críticas nos últimos tempos, principalmente pela inobservância das regras inerentes à sua sistemática, resultando na não-inclusão no orçamento, com a conseqüente não-quitação, ou mesmo no excessivo atraso no pagamento dos valores nele consignados.

Certamente, a razão do problema não está no sistema de pagamento por meio de precatórios, mas sim no fato de não serem observados os prazos e regras dispostos na Constituição Federal.

O sistema de precatório surgiu justamente para evitar favoritismos no pagamento dos débitos das Fazendas Públicas: **ficou estabelecido o dever de observância da ordem cronológica de apresentação para efeito de pagamento.**

* Tese apresentada e aprovada no XXIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Aracaju (SE).

** Procurador do Estado do Espírito Santo e Professor Universitário.

Posteriormente, e de maneira justa, estabeleceu-se que os credores de verbas de natureza alimentícia têm preferência no recebimento dos seus créditos relativamente aos de origem diversa. Ora, se a verba possui natureza alimentar, ou seja, destinada à manutenção e ao sustento, nada mais correto do que priorizar o seu pagamento.

Todavia, não se pode dar o mesmo tratamento privilegiado quando esses créditos que, inicialmente, servem ao propósito alimentar, forem objeto de cessão para terceiros, sempre com o propósito especulativo.

E esse é justamente o objetivo do presente estudo, ou seja, analisar a possibilidade e as conseqüências da cessão dos créditos alimentícios, oriundos de precatórios judiciais, que foram cedidos a terceiros.

Vale acrescentar, ainda, que o presente estudo visa não só discutir essa questão, mas também servir como subsídio na prática forense, haja vista acreditar no ineditismo da tese e nas conseqüências de ordem prática em favor das Fazendas Públicas.

2 Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública

Os débitos das pessoas jurídicas de direito público são executados por meio de procedimento próprio previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil. A execução contra a Fazenda Pública segue esse rito haja vista a impenhorabilidade dos bens públicos em razão de serem, em regra, inalienáveis.¹ Apesar da possibilidade de alienação dos bens públicos dominicais,² essa alienação deve observar as exigências da lei, motivo pelo qual também são impenhoráveis.

¹ Art. 100 CC – Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar; Art. 649, I do CPC – São absolutamente impenhoráveis: I- os bens inalienáveis, (...)

² Art. 101 CC – Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Diante dessa premissa, na Execução por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública, a citação é para opor embargos do devedor no prazo de 30 dias,³ e não para pagar ou nomear bens à penhora. O procedimento do artigo 730 do CPC deve ser observado, inclusive quando se tratar de execução de crédito fiscal.

O TRF-4ª Região editou a Súmula 58: **“Súmula 58 do TRF-4ª Região - A execução fiscal contra a Fazenda Pública rege-se pelo procedimento previsto no art. 730 do CPC”**.

É importante salientar que havia divergência sobre a possibilidade de se executar a Fazenda Pública com base em título executivo extrajudicial, haja vista que o art. 100, *caput*, da Constituição Federal, faz referência apenas a sentença judiciária. Todavia, recentemente, o STJ pacificou a questão quando editou a Súmula 279, que dispõe: **Súmula 279 do STJ – É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.**

Tratando-se de execução por quantia certa baseada em título judicial ou extrajudicial, a Fazenda Pública deverá apresentar embargos no prazo legal. Caso não sejam apresentados os embargos ou julgados improcedentes, o pagamento do débito deverá ser efetuado mediante precatório, conforme preconiza o art. 100 da Constituição Federal.

O § 3º do art. 100 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 30, excluiu do pagamento via precatório as obrigações consideradas de pequeno valor. *Pequeno valor*, por sua vez, foi definido recentemente por meio da Emenda Constitucional nº 37, de 12/06/2002, que inseriu o art. 87 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estipulando 40 salários mínimos quando se tratar de Estado e 30 salários mínimos quando se referir a Município, enquanto não houver lei que o defina. Relativamente

³ O art. 730 foi modificado pela MP 2.180-35 oportunidade em que o prazo para oferecer embargos do devedor passou de 10 para 30 dias.

à União Federal, pequeno valor foi definido pela Lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, no seu art. 17, §1º, estabelecendo 60 salários mínimos.

Ressalte-se que nas demais modalidades de execução (entrega de coisa, fazer ou não-fazer), a Fazenda Pública fica submetida ao mesmo rito que as pessoas jurídicas de Direito Privado, observando-se, todavia, os Princípios que regem a Administração Pública.

3 Precatório – breve noção

O precatório é uma forma de pagamento. O juiz da causa requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente, ou seja, tribunal ao qual o juiz estiver vinculado. Assim, se a causa for julgada pela Justiça do Trabalho, o juiz da causa requisitará ao presidente do Tribunal Regional do Trabalho respectivo, o pagamento. Se a causa estiver tramitando em uma Vara Federal, a solicitação será feita ao presidente do Tribunal Regional Federal. Se a causa tramitou em Vara da Justiça Comum, o pagamento deverá ser solicitado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado. O Presidente, por sua vez, requisitará à Fazenda Pública devedora a verba devida ao credor, que deverá ser incluída no próximo orçamento.

A sistemática de pagamento por meio de precatório é criação nacional, não havendo esse procedimento no Direito estrangeiro. Foi incluída na Constituição Federal Brasileira de 1934, no seu art. 182.⁴

O sistema de precatório surgiu inicialmente limitado ao âmbito federal, com o objetivo de moralizar o pagamento

⁴ Art. 182. Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de casos ou pessoa nas verbas legais." § único. Esses créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias no cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento que alegar preterição de sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador Geral da República.

das dívidas da Fazenda Pública Federal, pois dessa forma seria obedecida uma ordem cronológica de pagamento que evitaria o favorecimento de alguns credores em detrimento de outros.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou com relação ao tema: ***O sentido teleológico da norma inscrita no caput do art. 100 da Carta Política – cuja gênese reside, no que concerne aos seus aspectos essenciais, na Constituição Federal de 1934 (art. 182) – objetiva viabilizar, na concreção do seu alcance, a submissão incondicional do Poder Público ao dever de respeitar o princípio que confere preferência jurídica a que dispuser da precedência cronológica (prior in tempore, potior in jure). (STF – RE 188285-9-SP, Rel. Min. Celso de Mello)***

O rito de execução contra a Fazenda Pública é regulamentado no ordenamento jurídico nacional pelo Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/73 – nos seus artigos 730 e 731, que permanecem em vigor até a presente data.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 manteve a previsão do regime de precatório, inovando quanto à natureza dos créditos devidos pela Fazenda Pública, classificando-os em créditos de natureza alimentícia e créditos de natureza não-alimentícia.

4 Créditos de natureza alimentícia nos precatórios

Inicialmente a Constituição Federal não especificou os créditos de natureza alimentícia, ficando a critério da Doutrina e da Jurisprudência apontar quais os créditos teriam essa natureza privilegiada.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 30 de 2000, o art. 100 foi acrescido do §1º-A que definiu os créditos de natureza alimentar, nos seguintes termos: **“§1-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles de-**

correntes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.”

O Constituinte estabeleceu essa distinção objetivando dar tratamento diferenciado a quem possui esses créditos, haja vista que, dada a sua natureza alimentar, ou seja, de que provêm alimentos, devem recebê-los antes dos demais créditos.

Nessa linha de raciocínio, entendemos ser correto o entendimento de que os honorários também devam ser considerados como verba de natureza alimentar, haja vista que são, na verdade, os “salários” dos profissionais liberais, como advogados, médicos, dentistas, psicólogos, contadores, entre outros. É retribuição, pagamento feito aos profissionais liberais. O profissional liberal vive do que recebe como verba honorária. Embora não tenha a natureza jurídica de salário, a finalidade é a mesma.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 146.318-SP, proferiu Acórdão que foi assim ementado: **CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. PAGAMENTO NA FORMA DO ART. 33, ADCT. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS: CARÁTER ALIMENTAR. ADCT, ART. 33. I. Os honorários advocatícios e periciais têm natureza alimentar. Por isso, excluem-se da forma de pagamento preconizada no art. 33, ADCT. II. R.E. não conhecido.**

Na oportunidade, o Ministro CARLOS VELLOSO votou da seguinte forma: **“Os honorários advocatícios e periciais remuneram serviços prestados por profissionais liberais e são, por isso, equivalentes a salários. Deles depende o profissional para alimentar-se e aos seus, porque têm a mesma finalidade destes. Ora, se vencimentos e salários têm natureza alimentar, o mesmo deve ser dito em relação aos honorários.”**

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 170.220-6-SP, em que foi Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, tendo o Acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998, dispôs nos seguintes termos: **“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. A teor do disposto nos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94, os honorários advocatícios, incluídos na condenação, pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia, cuja satisfação pela Fazenda ocorre via Precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia.”**

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 204.066-RJ,⁵ entendeu que as comissões recebidas por leiloeiro também são impenhoráveis, estando compreendidas na expressão salário, prevista no inciso IV do artigo 649 do Código de Processo Civil. Salientou, ainda, que a impenhorabilidade é em decorrência da presunção legal de que o salário se destina à manutenção de quem o aufer.

Daí pode-se concluir que o rol do §1-A do artigo 100 da Constituição Federal é exemplificativo, e não taxativo como defendem alguns juristas.

O Professor Hely Lopes Meirelles, quando fala sobre os vencimentos dos servidores públicos, ensina: **“A natureza alimentar dos vencimentos não permite sejam eles retidos pela Administração, nem admite arresto, seqüestro ou penhora, consoante dispõe o artigo 649, IV, do CPC, a que fazem remissão os arts. 821 e 833 do mesmo diploma legal, relativamente ao arresto e ao seqüestro.”**⁶

A razão de ser da tese alimentar consiste em negar aos vencimentos a conotação de simples retribuição pelos serviços prestados por parte dos servidores públicos. Destina-se, preponderantemente, a garantir a subsistência do servi-

⁵ STJ - Resp 204.066-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma.

⁶ *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 448.

dor e da sua família, pelo que se consolida a sua natureza jurídica especial.

O art. 78 do ADCT possibilitou que os créditos pendentes de pagamento às Fazendas Públicas e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, sejam parcelados em até dez anos. Ficaram ressalvados os de pequeno valor, os que já foram parcelados (art. 33 ADCT), os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os que forem originários de desapropriação de imóvel residencial do credor e os *créditos de natureza alimentícia*.

Dessa forma, a distinção da natureza dos créditos é altamente relevante, não só pela ordem preferencial de pagamento que deve ser obedecida em favor dos que possuem natureza alimentícia, como também em razão da impossibilidade de fracionamento, em até dez anos, de verbas dessa natureza. Significa dizer que os créditos de natureza alimentar deverão ser pagos de uma só vez.

5 Da preferência dos créditos de natureza alimentícia na ordem de pagamento de precatório

Além da distinção entre créditos de natureza alimentícia e não-alimentícia, o art. 100 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a preferência dos créditos alimentares em detrimento dos demais.

O art. 100 estipula o seguinte: ***À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.***

À *prima facie*, infere-se que os créditos de natureza alimentícia não estariam submetidos à ordem de precatórios, mas tão-somente os demais créditos desprovidos dessa origem. Tanto é que houve inúmeras decisões judiciais determinando o pagamento dessas dívidas independentemente da ordem de precatórios, mediante seqüestro.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, a quem compete interpretar a Constituição Federal, já pacificou a questão, definindo que as prestações de caráter alimentar submetem-se ao regime constitucional dos precatórios.⁷ Assim, o crédito alimentício segue uma ordem própria, paralela à ordem relativa às verbas desprovidas dessa natureza, com preferência sobre àquela.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, editou a súmula 144 que dispõe: **“Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.”**

Após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, a matéria atualmente está pacificada no sentido de que os créditos de natureza alimentícia também devem ser pagos por meio de precatórios, desvinculados dos demais créditos e na ordem cronológica de sua apresentação.

Além da preferência na ordem de pagamento, os créditos de natureza alimentar, conforme se infere do art. 78 do ADCT da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 30/2000, não podem ser fracionados sem a concordância do credor, devendo o pagamento ser feito de uma só vez.

⁷ “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o alcance da norma inscrita no *caput* do art. 100 da Constituição, firmou-se no sentido de considerar imprescindível, mesmo tratando-se de crédito de natureza alimentícia, a expedição de precatório, ainda que reconhecendo, para efeito de pagamento do débito fazendário, a absoluta prioridade da prestação de caráter alimentar sobre os créditos ordinários de índole comum. Precedentes.” (STF – RE 188285-9-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 1/03/96)

“As prestações de caráter alimentar submetem-se ao regime constitucional dos precatórios, ainda que reconhecendo a possibilidade jurídica de se estabelecerem duas ordens distintas de precatórios, com preferência absoluta dos créditos de natureza alimentícia, de ordem especial, sobre aqueles de caráter meramente comum, de ordem legal.” (STF- RE 195042-1-SP, Min. Celso de Mello, DJU 24/11/95).

A Constituição do Estado de São Paulo, no seu artigo 57, § 3º, já previa que o crédito de natureza alimentar deve ser pago de forma atualizada e de uma só vez. A constitucionalidade do dispositivo foi questionada pelo Governo Estadual, sob o fundamento de que estaria havendo afronta ao sistema de precatórios (§ 1º do artigo 100 da CF) e do orçamento (§ 8º do art. 165 da CF).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 189.942-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, enfatizou inexistir qualquer situação de conflito hierárquico-normativo entre o preceito em questão e as regras constantes da Constituição Federal.

A Lei 10.482, de 03 de julho de 2002, estabeleceu outra prerrogativa, permitindo que 50% dos depósitos judiciais e extrajudiciais de valores referentes a processos litigiosos ou administrativos em que a Fazenda dos Estados ou do Distrito Federal seja parte, fossem repassados à conta única do Ente Federado,⁸ sendo que esses valores seriam exclusivamente aplicados no pagamento de precatórios judiciais relativos a créditos de natureza alimentar.

Observa-se, assim, que há uma forte tendência em dar-se tratamento privilegiado aos créditos de natureza alimentar, inclusive sem a necessidade de expedição de precatório para pagamentos dessas verbas.⁹

6 Da cessão de créditos

A cessão de crédito é uma das formas de transmissão das obrigações. Quanto à origem, a cessão pode ser decorrente de lei, de decisão judicial e convencional. Será objeto de estudo a cessão de crédito convencional, que decorre do exercício da autonomia da vontade do credor,

⁸ O art. 1º da Lei 10.482/2002 limitou o repasse aos depósitos efetuados no período de 1º de janeiro de 2001 a 03 de julho de 2002.

⁹ Nesse sentido, Projeto de Lei do Senado Federal nº 255/2000, de autoria do então Senador Paulo Hartung (atual Governador do Estado do Espírito Santo), em fase de tramitação na Câmara dos Deputados.

de forma onerosa ou gratuita, e está prevista no art. 286 do Código Civil de 2002.

É negócio jurídico bilateral pelo qual o credor transfere a outrem seus direitos na relação obrigacional. Tem natureza contratual. A transmissão das obrigações, inclusive direito de créditos, também se dá por *causa mortis*, que é objeto do direito das sucessões. A cessão de crédito, propriamente dita, é ato *inter vivos*, inerente ao direito das obrigações.

Conforme ensinamento da Professora Maria Helena Diniz,¹⁰ ***a cessão de crédito é um negócio jurídico bilateral, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor de uma obrigação (cedente) transfere, no todo ou em parte, a terceiro (cessionário), independente do consentimento do devedor (cedido), sua posição na relação obrigacional, com todos os acessórios e garantias.***

Conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa,¹¹ ***a cessão tem pontos de contato com a compra e venda, tanto que o código francês cuida do instituto no mesmo capítulo. No entanto, na compra e venda existe apenas um comprador e um vendedor. Na cessão de crédito há necessariamente as três figuras já apontadas. A compra e venda objetiva sempre um bem material. A cessão é sempre de direitos, assim entendidos bens imateriais. Na cessão, pois, não vamos encontrar a possibilidade de a avença servir de veículo para a aquisição de propriedade.***

Com relação à cessão de crédito, o art. 290¹² do Código Civil vigente, que incide sobre a questão, estipula: ***A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.***

¹⁰ Código Civil Anotado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹ Direito Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

¹² Art. 1.069 do Código Civil de 1916.

Dessa forma, tratando-se de cessão de direito de crédito, inclusive de precatório, onde figura como devedora a Fazenda Pública, é necessária a sua notificação, judicial ou extrajudicial, para que haja ciência do negócio jurídico, e para que seja eficaz com relação ao devedor. Sendo firmada a cessão entre o cedente e o cessionário, sem a necessária notificação do devedor, **o negócio jurídico é válido, mas somente produz efeitos entre as partes negociantes. A notificação também é importante porque o devedor, quando notificado, pode alertar o cessionário que tem exceções a opor, como por exemplo, a *exceptio non adimplet contractus*.**

Além da necessidade da notificação do devedor, para que a cessão tenha eficácia com relação ao mesmo, também devem estar presentes os requisitos de validade dos atos jurídicos previstos no art. 104 do novo Código Civil, ou seja, **capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não-defesa em lei.**

O artigo 286 do novo Código Civil estabelece que o credor somente pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a **natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor.**

Como exemplos de vedações legais podemos citar os créditos decorrentes de alimentos, conforme expressa disposição do art. 1.707 do novo Código Civil que prevê de impossibilidade de compensação, penhora ou cessão. De plano deve se distinguir os alimentos dos créditos de natureza alimentar. Alimentos são verbas devidas em razão de parentesco, casamento ou convivência, previstos no artigo 1.694 do Código Civil.

Outro exemplo está previsto no artigo 114¹³ da Lei 8.213/1991 (Lei que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social). Este artigo proíbe que os benefícios previdenciários sejam objeto de penhora, arresto ou seqüestro,

¹³ STJ - EREsp 429581-RJ- A terceira seção do STJ considerou nula cláusula de mandato que tinha por objeto a cessão de créditos previdenciários, haja vista a expressa vedação contida no art. 114 da Lei 8.213/91.

estabelecendo a nulidade de pleno direito do ato jurídico que tenha por objeto a sua venda ou cessão.

Assim, são proibições decorrentes de expressa disposição legal. Todavia, não há dúvida de que essas vedações, previstas em lei, são influenciadas pela natureza da obrigação.

Também não podem ser cedidos os créditos que foram penhorados, conforme expressamente dispõe o art. 298 do vigente Código Civil.

Com relação à cessão de créditos incidem, ainda, as restrições previstas no art. 497, incisos II, III e IV e arts. 1.749, III e 1.774, todos do novo Código Civil.

O artigo 497, *caput* e § *único*, estabelece que não podem ser comprados ou cedidos, sob pena de nulidade, ainda que em hasta pública: ***I – pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração; II – pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; III – pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; IV – pelos leiloeiros e seus prepostos, bens de cuja venda estejam encarregados.***

O artigo 1.749, inciso III, estabelece que: não pode o tutor, sob pena de nulidade, ainda que tenha ordem judicial, constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor. O artigo 1.774, por sua vez, determina a aplicação das disposições contidas na tutela à curatela.

Além das hipóteses de vedação legal e da previsão de se convencionar a impossibilidade de cessão, o artigo 286 dispõe, ainda, que **não podem ser cedidos os créditos quando se opuser a natureza da obrigação.**

Sílvio Rodrigues, quando trata do assunto, preconiza que **“são incedíveis, por sua natureza, os direitos personalíssimos ou aqueles créditos vinculados a um fim de caráter assistencial como, por exemplo, o crédito alimentício”**.¹⁴

Conforme ensina Orlando Gomes, **“aplica-se a regra de que não pode ser cedido o crédito impenhorável”**.¹⁵

De acordo com a regra citada por Orlando Gomes, são impenhoráveis na forma prevista no artigo 649 do Código de Processo Civil e, portanto, incedíveis, ***os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia. Também as pensões percebidas dos cofres públicos ou de institutos de previdência.***

Com relação à (im)possibilidade de cessão em decorrência da natureza da obrigação, a questão ainda é nebulosa, não havendo um critério razoável que as diferencie, haja vista as inúmeras situações possíveis.

No mesmo sentido, J. M. Carvalho Santos: **“Não é possível, como se vê, ocultar a dificuldade de que se reveste a questão de saber quando o crédito é incedível em razão da natureza da obrigação. Até agora os doutores não conseguiram se entender. Em vão têm tentado formular regras gerais, ora equiparando a cessibilidade à transmissibilidade por sucessão, ora como cessíveis unicamente aquelas obrigações, na execução das quais os credores podem intervir. (...) O acertado, por conseguinte, é não estabelecer regras gerais, nem fixar nenhum critério absoluto, procurando-se em cada caso, tendo em vista a natureza do direito ou do crédito, descobrir, pela sua natureza particular, ou pela analogia com um outro direito ou crédito visado explicitamente por texto formal de lei, a cessão não deve ser proibida.”**¹⁶

¹⁴ *Direito Civil*: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1995. p. 207.

¹⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1945. v. 14. p. 333.

7 Da cessão dos créditos oriundos de precatório

A cessão de créditos provenientes de precatórios tornou-se negócio jurídico habitual, sempre com deságio considerável em favor dos cessionários.

Conforme enfatizou J. M. Carvalho Santos, no trecho acima transcrito, é extremamente difícil saber quando o crédito é cedível em razão da natureza da obrigação, sugerindo a análise de **cada caso, tendo em vista a natureza do direito ou do crédito, descobrir, pela sua natureza particular, ou pela analogia com um outro direito ou crédito visado explicitamente por texto formal de lei, a cessão não deve ser proibida.**

O art. 78 do ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – acrescido pela Emenda Constitucional nº 30/2000, permitiu expressamente a cessão de precatório, não fazendo qualquer distinção quanto à natureza dos créditos que podem ou não ser cedidos.

Com relação a esse ponto, entendemos que a cessão do crédito de precatório é permitida por expressa disposição normativa (art. 78 ADCT), independentemente de sua natureza, não podendo a ela se opor o devedor. Ressalte-se, todavia, que para produzir efeitos com relação à Fazenda Pública devedora, esta deve ser notificada. Não existindo a notificação da cessão, a Fazenda Pública deverá efetuar o pagamento ao credor originário.

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o ROMS 12735-RO, sinalizou no sentido da possibilidade da cessão, nos seguintes termos: ***“em se tratando de créditos provenientes de condenações judiciais, existe permissão constitucional expressa assegurando a cessão dos créditos traduzidos em precatórios (ADCT, art. 78). Se assim acontece, não faz sentido condicionar a cessão ao consentimento do devedor – tanto mais, quando o devedor é o Estado, vinculado constitucionalmente ao princípio da impessoalidade.”***¹⁷

¹⁷ STJ – ROMS 12735/RO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 23/09/2002.

No referido acórdão, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso ordinário interposto, o qual tinha por finalidade compensar débito tributário com créditos oriundos de precatório, adquiridos por meio de cessão. **Outrossim, nesse julgado, o STJ permitiu expressamente a cessão e não fez qualquer referência à natureza dos créditos cedidos.**

De toda sorte, e em razão da freqüente formalização das cessões de créditos oriundos de precatório, por certo a consequência com relação aos créditos de natureza alimentícia, caso sejam cedidos, será a mesma: **a perda da natureza alimentícia dos créditos objeto de transferência.**

8 A perda da natureza alimentícia dos créditos de precatório objeto de cessão

Conforme salientado anteriormente, os créditos de natureza alimentícia constantes de precatório gozam de preferência relativamente aos demais, seja pela prioridade na ordem de pagamento, seja na impossibilidade de fracionamento, conforme estabelece o art. 78 do ADCT, seja, também, na maior disponibilidade de recursos, exclusivamente para pagamento desses créditos.

Essas prerrogativas justificam-se por sua natureza, cujo propósito é suprir o credor das necessidades básicas, no sentido de sobrevivência, aí inseridos alimentação, moradia, vestuário, lazer, entre outros. Daí constatar-se que o critério utilizado pelo Legislador Constituinte, para classificar que créditos teriam a natureza alimentícia, **foi o da sua finalidade originária.**

A característica comum dos créditos elencados no § 1-A do art. 100 da Constituição Federal é a de que todos, originalmente, destinam-se à subsistência dos credores, ou seja, a finalidade dos créditos alimentares é justamente proporcionar ao credor a sua própria manutenção e a da sua família.

Se o credor de verba alimentícia possui crédito dessa natureza, certamente deixou de recebê-lo no passado. O ideal mesmo é que esses créditos fossem pagos sem a necessidade de expedição de precatório.

Assim, a natureza dos créditos para efeito de pagamento por meio de precatórios é diferenciada em decorrência de sua finalidade: **alimentícia ou não**.

Por se tratar de disposição Constitucional, às cessões de créditos decorrentes de precatórios judiciais não se aplicam todas as regras do Direito Civil, devendo-se temperar com o propósito pelo qual foi instituída essa diferenciação.

Outrossim, quando se fala em crédito de natureza alimentar, para efeito de pagamento de precatório, leva-se em consideração a sua finalidade. Repita-se que essas prerrogativas justificam-se por sua natureza original, cuja intenção é suprir o credor das suas necessidades vitais.

Não se quer dizer aqui, que caso os valores consignados em precatórios não sejam pagos, os seus credores ficariam sem alimentação, moradia, vestuário, lazer, até porque referem-se a verbas não pagas no momento próprio. **Entretanto, trata-se de uma presunção normativa de status Constitucional, decorrente, obviamente, de sua origem.**

Nessa linha de raciocínio, os créditos que tenham originariamente natureza alimentar, e que sejam objeto de cessão voluntária, fogem da regra geral de transmissão, perdendo essa característica. Essa desnaturação justifica-se em razão da perda da finalidade do crédito alimentar cedido.

Na realidade, a distinção levada a efeito pelo Poder Constituinte Derivado visa proporcionar ao credor originário a prerrogativa de receber antes dos demais créditos. Se a preferência, por presunção normativa constitucional, se dá justamente para prover o credor originário, não há motivo razoável para se outorgar essa preferência ao adquirente cessionário, mesmo quando a transmissão for a título gratuito.

Outrossim, quase sempre as cessões de crédito de precatório são negócios especulativos, que servem ao propósito de lucro, inclusive quando o cessionário é pessoa física. É improvável a hipótese de se adquirir determinado crédito oriundo de precatório sem a finalidade de auferir lucro. Quando o cessionário for pessoa jurídica, não há qualquer dúvida quanto à descaracterização do crédito, pois dificilmente a pessoa jurídica será beneficiária de verba alimentar, por total incompatibilidade com a sua finalidade.

Como conseqüência dessa descaracterização, o crédito que inicialmente possuía natureza alimentar deixa de tê-lo e, assim, poderá ser pago em até 10 anos, conforme faculta o art. 78 do ADCT da Constituição Federal, e ainda deverá ser submetido à ordem comum de pagamento.

Conforme estabelece o art. 100 da Constituição Federal, o pagamento de débitos de precatórios deve ser feito exclusivamente na ordem cronológica de apresentação, não havendo, portanto, outra forma de pagamento.

Eventual possibilidade de compensação desses créditos, desde que devidamente autorizada por lei, também deve obedecer à ordem de pagamento, porquanto esse expediente provocaria o rompimento da ordem cronológica de preferência.

Com efeito, a sistemática da execução contra a Fazenda Pública e do pagamento por meio de precatórios está intimamente ligada ao primado da IGUALDADE, colocando os titulares de créditos judiciais contra a Fazenda Pública em posição de total isonomia no recebimento do que lhes é devido. Recebe primeiro aquele que primeiro apresentar a respectiva requisição.

De fato, o critério básico e intransponível para se estipular quais créditos devem ser pagos prioritariamente é simples e claramente positivado na Constituição Federal: **o precatório mais antigo tem que ser pago antes do**

mais recente, inclusive sob pena de intervenção e de seqüestro.¹⁸

Na hipótese de utilização de crédito adquirido por meio de cessão, para efeito de compensação, além da necessidade da existência de lei, a compensação somente seria possível à época do pagamento do título, dentro da ordem de preferência, neste caso, a não-alimentar. Admitir o contrário seria **“fulminar o princípio constitucional da ordem cronológica dos precatórios”**.¹⁹

9 Conclusões

Diante das considerações contidas neste estudo, concluímos que:

- 1) os créditos de natureza alimentícia vêm recebendo tratamento privilegiado da legislação, haja vista o seu propósito: manutenção e subsistência do credor;
- 2) os créditos oriundos de precatório que tenham natureza alimentar não podem ser parcelados (art. 78 ADCT), devendo ser pagos de uma só vez, ter preferência na ordem de pagamento e, *de lege ferenda*, sequer necessitarão de expedição de precatório para pagamento, conforme já se fez com os créditos considerados de pequeno valor;
- 3) a cessão de créditos provenientes de precatórios foi expressamente prevista no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, independente de sua natureza;
- 4) os créditos de precatórios, quando tiverem natureza alimentar e forem objeto de cessão, deixam de ter

¹⁸ O STF, no julgamento de recursos nas Reclamações 2182 e 2143, firmou entendimento de que a quebra na ordem cronológica de pagamento de precatório autoriza o Poder Judiciário a determinar o seqüestro de verbas públicas a pagar às pessoas que se sentiram lesadas.

¹⁹ Nesse sentido STJ-Resp 157 913-RS, Min. Franciulli Netto, DJ 31/03/2003.

essa característica, pois perderiam a finalidade presumida: manutenção e subsistência do credor originário;

- 5) como conseqüência da perda da natureza alimentícia, os créditos de precatórios cedidos ficariam desprovidos das suas prerrogativas, passando a ter tratamento comum, inclusive sendo submetidos à ordem de pagamento dos créditos não-alimentícios.

10 Referências

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução por quantia Certa contra a Fazenda Pública: uma proposta atual de sistematização, processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

CAMBLER, Everaldo Augusto et al. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA, Manoel da. *Precatórios*. São Paulo: Ltr, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Constituição Comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 14.

SHIMURA, Sérgio; ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Processo de Execução*. São Paulo: RT, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso Avançado de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 2.



2

PARECERES



2.1

DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE RENOVAÇÃO DE SEGUROS

CHRISTIANO DIAS LOPES NETO

PROCESSO Nº 19030452

PARECER/PRONUNCIAMENTO CPGE-ES Nº 006/2003

ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA

**SENHORA PRESIDENTE,
SENHORES CONSELHEIROS:**

Historiam estes autos que a Secretaria de Estado da Fazenda deste Estado pretendeu, nos idos de OUTUBRO de 2000, contratar diretamente, junto à BANESTES SEGUROS S/A, a renovação de seguro que alcançaria trinta e dois veículos do tipo FORD FIESTA - GLX - 1.6 mpi - 2000/2000, eximindo-se da obrigação de implementar o certame concorrencial.

Às fls. 02/05 constam pareceres do Corregedor Geral da Administração de então, Sr. Gilberto Rocha Lima, bem assim do Dr. Fabiano Geaquinto Herkenhoff, ambos opinando no sentido da possibilidade da contratação direta da BANESTES SEGUROS S/A, sem a necessidade de realização de procedimento licitatório, com base nas disposições insertas no art. 24, VIII, da Lei de Licitações.

Às fls. 06/19 foram juntados orçamentos de outras duas seguradoras (VIWA VITÓRIA SEGUROS e HRD SEGUROS) além do fornecido pela BANESTES SEGUROS S/A. Os valores apresentados por esta última revelam-se inferiores aos daquelas outras duas empresas seguradoras. Vale ressaltar, por relevante e oportuno, que os valores constantes destes autos são todos de outubro de 2000.

Extrai-se, também, destes autos, à fl. 21, publicação de edital de dispensa de licitação, no Diário Oficial deste Esta-

do de 27/10/2000, firmado pelo então Secretário de Estado da Fazenda, Sr. José Carlos da Fonseca Júnior.

À fl. 22, nova manifestação do Corregedor Geral da Administração retronominado, datado de 14/11/2000, observando que estavam cumpridas todas as formalidades para que a contratação direta pretendida fosse ultimada. Recomenda no final desta sua segunda manifestação, a remessa destes autos administrativos à PGE, *“considerando que assunto da mesma matéria foi analisado em 09/03/1999, pelo ilustre Procurador, Dr. Fabiano Geaquinto Herkenhoff”*.

Em 17/01/01, o Procurador Geral do Estado de então, Dr. Antonio Carlos Pimentel Mello, chama o feito a ordem e designa o Dr. Joel Guilherme Goulart Laranja para emissão de parecer. Este ilustre colega manifesta seu entendimento por meio do Parecer PGE/SCA/048/2001, às fls. 24/26, concluindo pela remessa dos presentes autos a este Colendo Conselho, em razão da questão aqui debatida envolver interpretações divergentes.

Entendendo que este último parecer foi inconclusivo, Dr. Pimentel designa o ilustre colega Dr. Evandro Maciel Barbosa para emissão de novo parecer. Este Procurador manifesta-se às fls. 28/31, na data de 01/02/2001, pela impossibilidade da contratação direta, com dispensa de licitação, em razão da regra inserta no art. 173, *caput*, e § 1º da CF/88.

Desde então, este processo dormita no berço esplêndido e aconchegante desta Procuradoria Geral, tendo sido despertado somente no último dia 11 do corrente mês e ano, quando a Exma. Sra. Procuradora Geral deste Estado, Dra. Gladys Jouffroy Bitran, remeteu-o a este Procurador para emissão de parecer.

É o relatório. Passo a externar as razões do meu convencimento, na forma como se segue.

De logo, vê-se que o que aqui se pretende é uma exceção ao comportamento normal da Administração Pública, na medida em que, como é cediço, a obrigação de licitar é universal, abrangente e indissociável do princípio da igualdade.

Conforme relatado, eclodem destes autos opiniões respeitáveis, da lavra dos ilustres e cultos Procuradores do Estado, Drs. Fabiano Geaquinto Herkenhoff, Joel Guilherme Goulart Laranja e Evandro Maciel Barbosa, tanto no sentido da possibilidade da efetivação da contratação direta pretendida, como no da necessidade de realização de licitação. De plano, devo dizer que sou daqueles que entende, como esses dois últimos colegas, que o certame concorrencial em casos que tais é imprescindível.

De início cumpre destacar a distinção que a Carta Magna de 1988 levou a efeito, quanto à natureza jurídica das atividades que desenvolvem as empresas estatais. Vale dizer, o sistema constitucional então vigente, e o que decorreu da edição da Emenda Constitucional 18/98, classificaram as estatais em: a) prestadoras de serviços públicos (CF/88, art. 175) e b) exploradoras diretas de atividade econômica (CF/88, art. 173, *caput* e § 1º).

Levando em conta este quadro divisório, dúvidas não sobrem sobre a enquadramento da BANESTES SEGUROS S/A nesta segunda categoria, posto que subsidiária de uma sociedade de economia mista estadual (BANESTES S/A), que desempenha, nitidamente, atividade econômica em sentido estrito, submetendo-se, por conseguinte, ao regramento constitucional insculpido no art. 173, *caput* e § 1º, da Carta Magna Federal, que estabelece, *in litteris*:

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

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, (...)”.

Por conta desta normatividade constitucional, forçoso é concluir que, enquanto empresa estatal que desempenha atividade eminentemente privada, intervindo diretamente no domínio econômico, a BANESTES SEGUROS S/A deve se submeter ao mesmo regime reservado às empresas privadas e, como tal, não pode ser privilegiada com uma contratação que prescindia do necessário certame licitatório, sob pena de malferir não só o princípio da livre concorrência estatuído no art. 170, IV, da Carta Magna Federal, como também o que eclode do art. 37, XXI, da Constituição Federal, cujo conteúdo conceitual é extensível aos procedimentos licitatórios e, como tal, revela-se um valioso instrumento garantidor de igualdade de tratamento entre todos os possíveis participantes do certame licitatório. Veja-se:

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

.....
 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, (...).”

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
 IV - livre concorrência;

Com efeito, a clareza das disposições acima transcritas espanca qualquer possível dúvida acerca da imprescindibilidade de prévio processo licitatório, para efetivação de contratos como o que aqui se pretende realizar.

Mas não é só!

Também a regra insculpida no art. 5º, *caput*, da Carta Política nos informa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Quero crer que a só menção a estes dispositivos constitucionais seria argumento necessário e suficiente, para criar no íntimo de todos os senhores o convencimento de que a contratação direta que se pretende levar a efeito, conforme noticiam estes autos administrativos – com dispensa de licitação –, é flagrantemente ofensiva ao regramento constitucional vigente.

Mas tenho outros! E estes advêm de ninguém menos que a Profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assevera com a autoridade de sempre, *verbis*: “*Quando a Administração exerce atividade econômica com base no art. 173, ela o faz a título de intervenção no domínio econômico, para subsidiar a iniciativa privada, e não para concorrer deslealmente com ela, o que ocorreria se tivesse, a empresa estatal, o privilégio de ser contratada sem licitação*” (in: *Temas polêmicos sobre Licitação e Contratos*, São Paulo: Malheiros, 4. ed. 2000, p. 115).

Para os mais recalcitrantes, trago ainda, como reforço argumentativo, a doutrina sempre abalizada do Prof. Marçal Justen Filho que, nos seus comentários acerca do inciso VIII, do art. 24, da Lei de Licitações, aquele que permite a dispensa de licitação que se pretende efetivar, pontifica, *in verbis*: “*A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenham atividade econômica em sentido estrito. Se o inciso VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito das atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, § 1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer*

privilégio na contratação destas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia.” (in: *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 9. ed., 2002, p. 248).

Bem é de se ver, ante os argumentos acima expendidos, que as empresas estatais que intervêm no domínio econômico, caso da BANESTES SEGUROS S/A. não podem se furtar a concorrerem em igualdade de condições com os particulares que exercem atividades econômicas similares, aqui incluídas as regras atinentes à submissão ao necessário procedimento licitatório.

Ante as argumentações acima expendidas, entendo que este Colendo Conselho não pode e não deve cancelar a contratação direta pretendida, sob pena de imiscuir-se nas teias de flagrante inconstitucionalidade.

Assim, entendo que o procedimento correto a ser adotado nestes autos seria a realização de procedimento licitatório, na modalidade convite, tendo em vista o valor estimado da contratação a ser efetivada (aproximadamente quarenta mil reais, conforme se infere às fls. 06/19), quando em cotejo com a regra inserta no art. 23, II, “a”, da Lei nº 8.666/93, *in litteris*:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

.....
II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite: até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Este é o meu parecer, pelo que o submeto ao abalizado crivo deste Conselho.

Em 23 de junho de 2003.

2.2

AUTÓGRAFO DE LEI Nº 37/2005, REFERENTE AO PROJETO DE LEI Nº 238/2003, QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE ENCAMINHAMENTO DE DADOS PARA A CRIAÇÃO DE CADASTRO POSITIVO DE CONSUMIDORES. INCONSTITUCIONALIDADE

BRUNO COLODETTI

**PROC.: 30344328/ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA
PARECER CEI/PGE/ES Nº 09/2005
ORIGEM: SECRETARIA DA CASA CIVIL**

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DO CEI:**

1 Relatório

Vieram os presentes autos encaminhados a este Centro de Estudos e Informações Jurídicas, objetivando análise da legitimidade do Autógrafo de Lei n.º 37/2005, fruto da aprovação do Projeto de Lei n.º 238/2003 pela Assembléia Legislativa, que estabelece a obrigatoriedade de as pessoas jurídicas de direito público e privado encaminharem dados aos bancos de dados de consumidores, a fim de criar um Cadastro Positivo de Consumidores.

É o relatório.

2 Análise

2.1 *Intróito*

O texto normativo em análise arrima-se na criação de dois deveres principais, situados nos seus artigos 1º e 2º,

os quais, embora distintos, são necessariamente imbricados. O primeiro dirigido às pessoas jurídicas fornecedoras de produtos e serviços ao mercado de consumo capixaba, e que consiste no fornecimento obrigatório aos bancos de dados de consumidores de *dados pessoais* e do *histórico de consumo* daqueles que possam ser considerados “*cumpridores de suas obrigações decorrentes de relações consumeristas*”. O outro direcionado, por sua vez, aos próprios arquivos de consumo, imputando-lhes a responsabilidade de implantar um *Serviço Central de Proteção ao Crédito dos Bons Consumidores*, cujo escopo é facilitar o acesso dos consumidores ao crédito.

Eis a transcrição literal dos dispositivos do projeto de lei em comento:

Art. 1º. Ficam as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, que ofereçam produtos e serviços ao mercado de consumo e que desenvolvam suas atividades no âmbito do Estado do Espírito Santo, obrigadas a encaminhar ao Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, bem como a outros sistemas integrados prestadores de informações aos quais encontrem-se filiados, dados pessoais e históricos de consumo de consumidores cumpridores de suas obrigações decorrentes de relações consumeristas.

§ 1º. A inclusão de qualquer dos dados previstos no artigo 1º desta Lei, quando não solicitada pelo consumidor, deverá ser precedida de comunicação pessoal, por escrito, com indicação precisa do teor das informações a serem inseridas.

§ 2º. O consumidor poderá, a qualquer tempo, solicitar a exclusão das informações ou alteração de dados e cadastros devendo o órgão responsável pelo arquivamento, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, comunicar, por escrito, a exclusão ou alteração das informações.

Art. 2º. Ficam o SPC e afins, responsáveis pela implantação do Serviço Central de Proteção ao Crédito dos Bons Consumidores, cujos moldes serão definidos pela própria instituição informativa que controlará a armazenagem e cadastramento de dados que facilitarão o acesso dos consumidores ao crédito junto aos fornecedores de produtos e serviços.

Art. 3º. A cada consulta negativa formulada por fornecedores de produtos e serviços, seguir-se-á, quando couber, uma informação positiva, sendo vedada a comercialização dos dados arquivados sobre consumidores, salvo com autorização expressa dos mesmos, que não poderá se fazer por instrumento de adesão.

Art. 4º. O descumprimento do previsto no artigo 1º desta Lei sujeitará o infrator às penalidades instituídas pelo artigo 56 da Lei n.º 8.078, de 11.9.1990 e artigo 18 do Decreto n.º 2.181, de 20.3.1997, cabendo aos órgãos públicos de defesa do consumidor a fiscalização do disposto nesta Lei.

Art. 5º. As pessoas jurídicas de direito público e privado, responsáveis pela proteção ao crédito, terão 180 (cento e oitenta) dias, após a publicação desta Lei, para adequarem-se aos seus dispositivos.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ocorre que o transcrito projeto de lei encontra-se inçãdo de inconstitucionalidade formal e material, o que implica a necessidade de vetá-lo em seu interior teor, conforme será demonstrado nos próximos tópicos:

2.2 Da inconstitucionalidade formal do art. 1º: presença de vício de iniciativa legislativa

O art. 1º do Projeto de Lei Estadual n.º 238/2003, objeto de nossas considerações, estatui, como já mencionado,

dever dirigido às pessoas jurídicas de direito público componentes da Administração Estadual:

Art. 1º. Ficam as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, que ofereçam produtos e serviços ao mercado de consumo e que desenvolvam suas atividades no âmbito do Estado do Espírito Santo, obrigadas a encaminhar ao Serviço de Proteção ao Crédito – SPC – bem como a outros sistemas integrados prestadores de informações aos quais encontrem-se filiados, dados pessoais e históricos de consumo de consumidores cumpridores de suas obrigações decorrentes de relações consumeristas.

Ocorre que tal texto normativo é fruto de iniciativa da Assembléia Legislativa, a qual não detém competência para deflagrar processo legislativo veiculador de regras com tal teor, situação fático-jurídica que desemboca na sua inconstitucionalidade formal. Vamos aos fundamentos dessa ilação:

A Carta da República conferiu ao Chefe do Poder Executivo a competência privativa de iniciar o procedimento legislativo que culmine na confecção de normas regedoras da *administração pública*, a teor do art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’, da Carta da República; *in verbis*:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.”

A despeito da suposta limitação significativa da citada prescrição normativa, que pode exsurgir numa primeira leitura, tem-se que a competência por ela veiculada abarca o “poder” de gerenciar a criação, a extinção, e mais, a composição e as atribuições dos órgãos, *bem como das pessoas administrativas vinculadas ao Poder Público*.

Com efeito, a pugnada aplicação da norma em foco às pessoas componentes da Administração Indireta já foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 2750/ES, Rel. Min. Eros Grau). Por seu turno, a amplitude das prerrogativas objeto de tal competência (criar, extinguir, compor e atribuir) pode ser depreendida facilmente, seja da regra inserida no art. 84, VI, “a”, da CF/88, expressamente referenciado pelo art. 61, § 1º, “e”, seja do próprio princípio da separação dos poderes contido no art. 2º do Texto Maior:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Note-se, a propósito, que a EC nº 32/01 promoveu alteração na redação do art. 61, § 1º, “e”, da CF/88, retirando a palavra “atribuições” dantes contida nesse preceito, substituindo-a pela remissão expressa ao art. 84, VI, da Carta Política. Nesses termos era anteriormente redigido o citado artigo:

Art. 61 (Antes da EC n.º 32/01). A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública.

Essa mudança, antes de ir de encontro à tese aqui defendida, acaba por reforçar o caráter privativo da competência destinada ao Chefe do Poder Executivo para dispor sobre as atribuições (direitos, deveres e competências) dos entes componentes da Administração. De certo, se antes a competência do Chefe do Executivo sobre esse tema limitava-se à iniciativa privativa do procedimento constitucional para a feitura de lei, agora, com o advento da EC n.º 32/01, e sua expressa remissão ao art. 84, VI, ela se amplia em prol de possibilitar a regulação privativa integral da matéria, sem a intromissão do Poder Legislativo no processo, por meio de Decreto, consoante dispõe o já transcrito art. 84, VI, “a”, da CF/88. E sem prejuízo da permanência da competência privativa do Chefe do Executivo de iniciar o processo legislativo, caso queira regradar tal questão por intermédio de lei.

O entendimento esposado pelo Excelso Pretório vai ao encontro dessa afirmação, como se nota do seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI QUE ATRIBUI TAREFAS AO DETRAN/ES, DE INICIATIVA PARLAMENTAR: INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI. Lei 7.157, de 2002, do Espírito Santo. I. - É de iniciativa do Chefe do Poder Executivo a proposta de lei que vise a criação, estruturação e atribuição de órgãos da administração pública: C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI. II. - As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros. III. - Precedentes do STF. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2719 / ES - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 20/03/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ DATA 25-04-2003)

E não poderia ser diferente, porquanto a intromissão do Poder Legislativo na organização do Poder Executivo, estatutando deveres aos entes da Administração Pública, fere de morte o princípio da separação dos poderes, por menos-cabar a autonomia necessária desse último Poder, especialmente no que toca a sua função típica: administrar.

Sobre ser plenamente aplicável o aludido preceito (art. 61, § 1º, da CF/88) na esfera estadual, tese assente na doutrina e na jurisprudência pátria¹, há também na Constituição do Estado do Espírito Santo bem-lançado dispositivo que corrobora a afirmação nesta sede pugnada:

Art. 63. A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e

¹ "As referidas matérias cuja discussão legislativa depende da iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º) são de observância obrigatória pelos Estados-membros que, ao disciplinar o processo legislativo no âmbito das respectivas Constituições Estaduais, não poderão afastar-se da disciplina constitucional federal". (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 510)

aos cidadãos, satisfeitos os requisitos estabelecidos nesta Constituição.

Parágrafo único – são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

[...]

III – organização administrativa e pessoal da administração;

Fixada essa premissa, conclui-se, necessariamente, que o art. 1º do texto normativo em testilha, ao estabelecer deveres direcionados a entes públicos estaduais (no caso, de fornecimento de determinada sorte de dados), encontra-se eivado de inconstitucionalidade formal. Isso porque a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo iniciou o processo legislativo da lei em gênese, malferindo a competência privativa do Governador do Estado de reger a Administração Pública, conforme descrito.

Realmente, o art. 1º *sub examine* cria deveres imputáveis a toda sorte de pessoas de direito público, dispondo, portanto, sobre a organização da Administração em larga escala, especificamente no que toca ao elenco de suas atribuições. Via de conseqüência, tais entes deverão que se adaptar aos seus comandos, tanto materialmente (atividade concreta de cumprimento do dever, que envolve a disposição de agentes, suprimentos e recursos) quanto juridicamente (atividade criadora de normas para disciplinar o efetivo cumprimento material do dever), o que denota a patente intromissão do Legislativo em assuntos intestinais do Executivo.

Destarte, ante a evidente inconstitucionalidade formal do art. 1º, *caput*, do texto normativo em análise, no pormenor dos deveres acometidos aos entes públicos, deve o inteiro teor do mencionado artigo ser objeto de veto, já que não se mostra possível o veto de mera palavra ou expressão, mas tão-somente de inteiro teor de artigo, parágrafo,

inciso ou alínea, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 66, § 2º) e a Constituição Estadual (art. 66, § 3º).

Resulta, assim, a inconstitucionalidade formal do art. 1º *in totum*.

2.3 Da ausência de razoabilidade do art. 1º ao imputar o dever de informar aos entes públicos

Todo ato normativo, impulsionado por pressupostos de fato, colima-se a um específico fim e, para alcançá-lo, faz uso de determinados meios. Essa tríade presente no agir público (motivo, meio e fim) deve estar em constante harmonia entre si, bem como em relação aos princípios abrigados pela Constituição, sob pena de portar o labéu da irrazoabilidade. Nesse exato sentido é o ensinamento de LUÍS ROBERTO BARROSO:

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos. (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 206)

Na esteira do pensamento do citado constitucionalista, tem-se o Princípio da Razoabilidade como um critério de aferição da legitimidade dos atos do Poder Público, cuja matriz remonta ao princípio do devido processo legal subs-

tantivo, fruto da cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta de 1215. Segundo a atual doutrina, para saber se um determinado ato do Poder Público é razoável, deve-se fazer uma análise interna e externa da adequação lógica desse ato.

A chamada razoabilidade interna é a adequação a ser medida dentro da própria lei objeto de análise. Nela infere-se a existência de ligação racional entre os motivos, meios e fins do diploma normativo. De outra banda, temos a razoabilidade externa, que consiste na adequação da lei aos meios e finalidades do Texto Constitucional. Assim, mesmo que uma determinada norma tenha racionalidade interna, se não estiver em harmonia com os valores da Constituição, ela não será razoável.

No caso em exame, o legislador capixaba, objetivando facilitar o acesso dos consumidores ao crédito, mais ainda, ao crédito a juros baixos (finalidade), estruturou um arquivo de consumo, no qual devem constar registros acerca dos consumidores que possuem histórico positivo no que toca ao cumprimento das obrigações resultantes de específicas relações jurídicas: as relações de consumo (meio).

Se assim é, fica claro que somente os dados oriundos de *relações de consumo*, e, obviamente, de *consumidores*, serão meios adequados para obter a eficácia desejada pelo legislador. Em suma: qualquer outra sorte de dados, decorrentes da atuação dos indivíduos sob título diverso do que *consumidor*, mostra-se totalmente imprestável para o alcance do objetivo da lei, pelo menos é isso que se depreende dos seus exatos termos, que claramente especifica esse tipo de relação.

Entretanto, a imputação do dever das pessoas jurídicas de direito público, que ofereçam produtos e serviços ao mercado, prestarem informações acerca de consumidores, não constitui, à evidência, meio hábil para atingir a finalidade encampada pela lei em nascimento.

Isso porque as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas), por conta de seu peculiar regime jurídico, não estão preordenadas à exploração da atividade econômica, sendo tal função reservada às empresas públicas e às sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado. Enfim, o escopo primacial de tais entes é a prestação de *serviços públicos* e de *atividades administrativas*.

Por seu turno, o Estado, na prestação de serviços públicos, seja diretamente, seja por meio de suas criaturas de direito público, remunera-se, habitualmente, por taxas. A taxa, por sua vez, é tributo, submerso no regime de direito tributário, cuja relação jurídica coloca em contraposição o Estado, no uso do *ius imperii*, e o contribuinte, portador das prerrogativas presentes no estatuto constitucional do contribuinte. Como se nota, a taxa não se trata de uma obrigação contratual, ao contrário, é obrigação instituída diretamente pela lei. Não há nela a voluntariedade imanente às relações de consumo, mas sim a imposição estatal do pagamento de um tributo.

Ademais, e a despeito do conteúdo do art. 3º do CDC, o móvel, a finalidade, os condicionamentos e as prerrogativas do poder público no pormenor (o regime jurídico) são diversos dos direcionados ao fornecedor nas relações consumeristas, o que não implica na ausência de regramento apto a proteger o usuário, ante as inúmeras normas protetoras contidas na legislação de regência.

Por conta desses aspectos, não há relação de consumo na hipótese, por haver prestação de serviços públicos com pagamento de taxa (relação tributária), como já atestou o STF, conquanto por via reflexa:

Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais

homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor Ação Civil Pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória.

(AI 382298 AgR/RS - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 04/05/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ DATA 28-05-2004)

Nesse quadrante, infere-se que o cidadão sujeito passivo do pagamento de taxa *não pode ser considerado consumidor, mas sim contribuinte*. E, com essa qualificação, os dados que dispõem as pessoas de direito público, na prestação de serviços públicos, serão, na sua maioria, dados de contribuintes e não de consumidores.

Com isso, perde sentido o dever de as pessoas públicas fornecerem dados oriundos de sua prestação de produtos e serviços ao mercado, porque não se trata de dados resultantes de relação de consumo, mas sim de relação tributária, meio que não se harmoniza com o fim colimado pelo projeto de lei em questão, qual seja, a constituição de um cadastro positivo de consumidores, o que denota a *irrazoabilidade do art. 1º no pormenor*, pela inadequação lógica entre meios e fins.

E, como já explicitado, em face da impossibilidade de veto de palavra, deve ser vetado todo o art. 1º em tela.

2.4 Da inconstitucionalidade integral do Projeto de Lei n.º 238/2003 em razão da nulidade de seu art. 1º

As eivas acima verificadas (formais e materiais), no que diz respeito à imputação do aludido dever de informação aos entes públicos, não se prestam a inquinar somente o artigo 1º, mas, por essa via, espriam efeitos deletérios por todo o conteúdo do Projeto de Lei n.º 238/2003, reservando a todos os seus artigos a mesma sorte.

Há uma conexão inextirpável entre o artigo 1º com os demais preceitos contidos no texto em perquirição. Tal ocorre porque sem o estabelecimento do dever dos fornecedores privados de comunicar o cumprimento escorreito das obrigações pelos consumidores, não haverá, também, a mola propulsora do funcionamento do Serviço Central de Proteção ao Crédito dos Bons Consumidores: a disponibilidade de informação.

De fato, tal tipo de dado, qual seja, o cumprimento de obrigações por parte dos consumidores, por ser o rumo natural e esperado dos negócios entabulados, não ocasionando, outrossim, violação do direito de qualquer pessoa, não impulsiona, pelo menos até o presente momento social, a atuação dos agentes econômicos e jurídicos, como acontece quando ocorre o não-cumprimento das obrigações. Nessa última situação verifica-se a adoção de inúmeras medidas, seja para efetivar a cobrança dos débitos, seja para obtenção de informações dos consumidores para evitar impontualidade e futuras cobranças, o que acarreta a publicidade desses dados e o grande interesse em seu armazenamento.

Por isso, não havendo disponibilidade no mercado desse tipo de informação, imputar ao SPC e demais entidades semelhantes um dever impossível de ser cumprido mostra-se inconstitucional, também por ofensa ao assaz mencionado princípio da razoabilidade, substrato necessário de qualquer lei.

Pelo quanto foi dito, o inteiro teor do Projeto de Lei em foco encontra-se eivado de inconstitucionalidade.

2.5 Da inconstitucionalidade material do art. 2º: violação ao princípio da livre iniciativa

O art. 2º do Projeto de Lei aprovado pela Assembléia Legislativa imputa ao SPC e entidades congêneres a obrigação de instituir um Serviço Central de Proteção ao Crédito dos Bons Consumidores. Tem-se, portanto, presente o dever de tais entes criarem um serviço diametralmente oposto àquele que constitui seu objeto precípua, sem que tal atividade perca a qualidade de *arquivo de consumo*, especificamente de *banco de dados de consumidores*.

Fruto do incremento constante da quantidade e complexidade das relações comerciais, os primeiros arquivos de consumo do tipo *banco de dados* surgiram no Brasil na metade do século passado, trazendo vantagens tanto para os fornecedores quanto para os consumidores. De um lado, protegeu os fornecedores dos riscos da concessão de crédito, d'outro, ampliou a oferta de crédito, agilizou sua concessão e reduziu as taxas cobradas.

Essa atividade foi, e continua sendo, desenvolvida por entidades do setor privado, com espeque no princípio da livre iniciativa, que está inserido no art. 170 da CF/88, preceito índice da adoção pela Carta de 1988 do regime econômico capitalista. A título de exemplo, temos o SPC – Serviço de Proteção ao Crédito – que é ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas e a SERASA – Centralização de Serviços dos Bancos S.A., sociedade anônima criada em 1968, que, ante a existência desse nicho de mercado, organizaram-se, em razão de sua livre iniciativa, para prestar esse tipo de serviço.

Nesse diapasão, tem-se que os *arquivos de consumo* são, em sua maioria, entes de direito privado, a despeito do caráter público conferido-lhes pelo CDC em seu art. 43, § 4º. Essa é a lição de ANTÔNIO HERMAN DE VANSCONCELLOS E BENJAMIN, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

Assim, o CDC, ao legalmente enxergar caráter público nos arquivos de consumo, quis simplesmente abrir as portas da ação constitucional (no caso, *habeas data*), mostrando ser ela instrumento adequado para seu controle, nos exatos termos do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal. Isso porque os arquivos de consumo, como regra, têm natureza jurídica privada, a não ser quando instituídos por entidades oficiais, como os PROCONs e o próprio BANCO CENTRAL.

(*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 365-366 – explicitação nossa)

Exsurge, então, que os arquivos de consumo, pelo menos os mais importantes, são entes privados que exercem atividade sob o pálio da livre iniciativa, pedra de toque do regime capitalista. Mas o caráter privado e econômico dessa atividade, que o coloca no reino da autonomia privada do cidadão, não constitui óbice intransponível para a atuação corretiva do Estado, para adequar a atividade econômica do particular aos ditames da justiça social. O liberalismo absoluto, que, aliás, é ideologia *démodé*, não foi agasalhado pela CF/88, conforme se nota do art. 170, que é clarividente nesse sentido:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Sob o acicate dessas idéias, e com fundamento constitucional no art. 170, V, da CF/88, o Poder Público, atento aos danos sociais causados pela atuação ilegítima e desregulada dos arquivos de consumo, interveio no exercício da atividade de armazenamento e oferta de dados acerca dos consumidores brasileiros. Ou seja, o Estado, condicionado à livre iniciativa dos agentes econômicos, adequou essa específica atividade particular aos reclames sociais, e o fez por intermédio dos artigos 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor, disciplinando de forma inaugural a matéria.

Contudo, se a descrita atuação estatal no domínio econômico apresenta-se hígida sob o prisma constitucional, o mesmo não se pode afirmar quanto à intervenção almejada pelo art. 2º do texto normativo em análise, que pretende obrigar os arquivos de consumo nacionais a constituir um Cadastro Positivo de Consumidores.

Com efeito, o mencionado art. 2º interfere diretamente na livre iniciativa dos agentes econômicos, no caso, dos

arquivos de consumo, obrigando-os a direcionar sua atividade a ramo estranho àqueles que compõem o seu objetivo social. Não há, nessa hipótese, regramento proporcional da livre iniciativa, mas sim seu cabal excídio, em razão da determinação estatal vinculante para que as pessoas jurídicas efetuem determinada atividade econômica. Vejamos:

A atuação estatal no domínio econômico pode se dar de duas maneiras: ou o Estado *participa* da atividade econômica, ou ele *intervém* na atividade econômica.

A participação do Poder Público na atividade econômica como agente atuante é regrado pelo art. 173 da Carta da República:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

D'outro lado, a atuação do Estado como agente interventor no domínio econômico encontra-se prevista no art. 174 do Texto Magno:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Assim, o *Estado interventor* não atua diretamente na economia, mas, ao revés, reveste-se da qualidade de agente normativo regulando a atividade econômica, mormente com a finalidade de *fiscalização, incentivo e planejamento*. Todavia, essa intervenção tem que se ater a sua função, que é apenas limitar, de forma proporcional, o livre agir dos agentes econômicos, em prol de adequá-los ao bem comum.

Mas sempre atento ao conteúdo mínimo de eficácia dos institutos-base do capitalismo: propriedade, livre concorrência e livre iniciativa. Bem por isso é que essa atuação faz-se sentir especialmente (i) na autorização e fiscalização de atividades econômicas; (ii) na limitação racional da autonomia privada sobre o uso do patrimônio; (iii) na imposição de penalidades em face do uso indevido do patrimônio; e (iv) no fomento de setores da economia.

Note-se que, como agente normativo e regulador, o Estado não pode substituir a iniciativa privada. Não lhe é facultado impor aos atores sociais que ajam neste ou naquele setor econômico, de uma ou de outra forma. O Poder Público pode é colocar a fôrma normativa que irá moldar o agir privado, mas nunca substituir o impulso privado pelo seu próprio impulso. Basta ver o que diz o art. 174 da CF/88 ao mencionar que *o planejamento estatal é meramente indicativo para o setor privado*, apesar de ser determinante para o setor público. Ou seja: o Estado não pode substituir a vontade e a conduta, isto é, a iniciativa, do setor privado pela sua, mas tão-só restringi-la ou normatizá-la de forma a alcançar o máximo proveito social. Do contrário, a livre iniciativa seria um verdadeiro simulacro de princípio constitucional, visto que poderia ter sua eficácia primordial vilipendiada às escancaras pelo legislador ordinário.

A doutrina pátria é uníssona ao afirmar que, a despeito da possibilidade de limitação do princípio da livre iniciativa, a intervenção estatal no domínio econômico deve resguardar a possibilidade dos atores sociais de escolherem se, e quando, irão atuar na economia:

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e

necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. [...]. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

(SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 772.)

Um dos “fundamentos” da Ordem Econômica é justamente a “liberdade de iniciativa”, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda, a “livre concorrência”, como um de seus “princípios” obrigatórios. Sic: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – *livre concorrência*”.

Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo *lhes advém diretamente do Texto Constitucional* e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista [...]. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 620.)

Aliás, o citado pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA acerca do conteúdo intangível da livre iniciativa já foi esposado pelo STF, conforme se nota do seguinte excerto de voto da lavra do Eminentíssimo Ministro MOREIRA ALVES:

[...] Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva [...] e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo, para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos [...] a existência digna [...].

Tem, pois, razão, José Afonso da Silva [...] ao acentuar que “a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público [...]’.”

(ADI n.º 319-4)

E não poderia ser diferente. A livre iniciativa, apesar de sofrer os condicionamentos carreados pelos direitos sociais e econômicos, constitui, ainda, a pedra de toque do sistema econômico brasileiro. Em suma: o livre agir dos agentes econômicos, no que tange à escolha das finalidades e dos objetivos de sua atuação no mercado, dêse que legítimos, é o esteio fundamental do sistema econômico pátrio, quer o material, quer o formal esculpido na Carta da República de 1988.

Fica caracterizada, destarte, a inconstitucionalidade da pretensão legislativa em apreço, por ofensa ao conteúdo mínimo do princípio da livre iniciativa.

Há mais: analisando a livre iniciativa sob o enfoque da Teoria da Constituição, chega-se à conclusão de que se trata de um *direito fundamental* do cidadão, corolário direto da autonomia privada (capacidade dos sujeitos de direito determinarem seu comportamento individual) na seara econômica. E, sendo assim, pode-se dizer que ela faz parte da noção maior de liberdade, axioma primacial do Estado Democrático de Direito.

Tal qualidade da livre iniciativa, qual seja, de ser corolário direto da autonomia privada, não a torna, no atual estágio do pensamento constitucional, imune a restrições no âmbito de sua abrangência, apesar de seu ingente *status* constitucional. Todavia, nela há um núcleo duro, o qual não pode ser desprezado, idéia que é aceita até mesmo pelos doutrinadores mais favoráveis a uma ampla intervenção estatal na economia e na propriedade.

Quanto ao tema, vem a talho apresentar os ensinamentos de DANIEL SARMENTO, o qual descreve, com brilhantismo, os contornos jurídicos da autonomia privada e, conseqüentemente, da livre iniciativa:

[...] a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de “autogoverno de sua esfera jurídica”, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores da comunidade. Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios. [...]

Mas esta autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança. [...]

Portanto, é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para

proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma “lei geral de liberdade”, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade. [...]

Mas há limites para a própria lei. Existem dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para sua dignidade, que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador, encarnação da vontade das majorias. [...]. Este é um dos aspectos centrais do constitucionalismo: a imposição de limites ao próprio legislador, em proveito da proteção dos direitos da pessoa.

(Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 188-190)

Mais adiante, o citado doutrinador estabelece os parâmetros de manipulação legítima da autonomia privada e da livre iniciativa:

Sem embargo, é importante deixar remarcado que nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma. Existem dimensões desta autonomia que ostentam superior importância, porque são consideradas mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana. [...] no Estado contemporâneo o foco deve se deslocar para a esfera das decisões existenciais, de caráter afetivo, sexual, religioso, artístico, ideológico etc., abrindo espaço para limitações muito mais extensas e profundas às liberdades de contratar e desfrutar de direitos patrimoniais [...].

[...]

A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo dimensões existenciais da vida humana; menos intensa, quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial.

[...] há [...] situações em que o comportamento humano envolve, simultaneamente, aspectos patrimoniais e existenciais, em maior ou menor grau. Nestes casos, o nível de proteção constitucional conferido à ação do agente vai depender da sua posição dentro daquela escala: quanto mais o comportamento se aproximar da esfera de opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar deste campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será esta tutela.

(*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 192-218)

Aplicando essa doutrina no presente caso, tem-se que a livre iniciativa apresenta-se sob dois aspectos: um ligado à disponibilidade das pessoas sobre o seu patrimônio, isto é, o poder de decidir o modo de uso de suas riquezas, tendo, portanto, conotação eminentemente econômica (regulação do agir econômico). Outro com conotação mais existencial, consistindo na possibilidade de os atores sociais escolherem se vão agir e quando vão agir. Nessa moldura, fica claro que a intervenção estatal poderá ser efetivada com maior rigor no primeiro caso, sendo, ao revés, ilegítima quando pretender restringir o segundo aspecto, pois este está ligado de forma ingênita à liberdade existencial, quer das pessoas físicas, consideradas por si, ou como componentes das pessoas jurídicas, quer das pessoas jurídicas, que devem ter também garantido o direito fundamental de liberdade de escolha de seus objetivos, dentro dos parâmetros da legalidade.

Desponta, nesse conspecto mais amplo, que a intervenção estatal pretendida pelo art. 2º na autonomia privada dos entes caracterizados como *arquivo de consumo* é inconstitucional, pois ofende a nota existencial do princípio da livre iniciativa.

2.6 Da inconstitucionalidade material do art. 2º: da limitação ao direito fundamental de associação

O intuito de obrigar o SPC a criar um Cadastro Positivo de Consumidores vai de encontro com o disposto no art. 5º, incisos XVII e XVIII, da CF/88, que estatuem a plena liberdade de associação, bem como a vedação de interferência estatal no seu funcionamento:

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

Ora, como SPC é ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (associação de associações), esse *arquivo de consumo* não deixa de ser objeto de proteção das citadas disposições, as quais impedem a ingerência estatal na definição de suas finalidades. JORGE MIRANDA é incisivo ao afirmar que:

I – O direito de associação apresenta-se como um direito complexo, com múltiplas dimensões – individual e institucional, positiva e negativa, interna e externa – cada qual com sua lógica própria, complementares uma das outras e que um sistema jurídico-constitucional coerente com princípios de liberdade deve desenvolver e harmonizar. [...] III- Revela-se depois um direito institucional, a liberdade das associações constituídas: (1º) Internamente, o direito de auto-organização, de livre formação dos seus órgãos e da respectiva vontade e de ação em relação aos seus membros; [...]

(*Apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 103.)

Infere-se, então, que é estritamente vedado ao Poder Público interferir na auto-organização das associações, mormente no que toca à definição de suas finalidades. Nesse passo, resta estreme de dúvidas que a ingerência pretendida pelo art. 2º no funcionamento do SPC viola os aludidos comandos constitucionais, por visar impor a busca de finalidades estatais estranhas às previstas internamente na CNDL, especificamente no que toca a um de seus serviços componentes (SPC).

Ante essas razões, fica clara a inconstitucionalidade do art. 2º do projeto de lei em estudo.

2.7 Da inconstitucionalidade formal do inteiro teor do projeto de lei: incompetência do Estado-membro para legislar sobre o tema

As normas veiculadas pelo texto normativo em discussão subsumem-se, claramente, ao ramo do Direito do Consumidor. Sem embargo das opiniões contrárias, a doutrina e jurisprudência dominante enquadram a regulação dos arquivos de consumo nesse setor jurídico, como mostra ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN:

[...] é bom que se diga que, em todo o mundo, o crédito é incluído entre as manifestações da vida econômica que integram o corpo básico das relações jurídicas de consumo. Não bastasse isso, bem se sabe que os bancos de dados, não obstante imprescindíveis ao comércio creditício, têm vida jurídica própria, manifestando-se sobre e sob todo o sistema financeiro do País.

(Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 355.)

Certo dessa premissa, e com arrimo nos moldes jurídicos da competência legislativa pertencente ao Estado federado nesse pormenor, identifica-se mais um vício no Projeto de Lei n.º 238/2003: a inconstitucionalidade formal por conta da incompetência legislativa do Estado para tratar a questão nos termos propostos.

Isso ocorre porque a competência legislativa dos Estados-membros em relação ao Direito do Consumidor é do tipo *concorrente limitada*, restando-lhe, nesse caso, a denominada competência legislativa *suplementar*, que consiste na atribuição de complementar as normas gerais expelidas pela União Federal, criando normas específicas, e, no caso de ausência de legislação nacional de cunho geral quanto a um determinado tema, exercer a competência legislativa plena, com uma atuação supletiva em relação à lacuna em questão, em prol de atender às suas peculiaridades. Conclusões que são extraídas facilmente da disciplina constitucional sobre o tema:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

III - juntas comerciais;

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Bem por isso é que se pode afirmar que, em se tratando de competência legislativa concorrente limitada, a União Federal não pode invadir o espaço reservado aos Estados para elaborar suas normas específicas (podendo apenas, como é óbvio, estabelecê-las para os órgãos federais), e, por outro lado, o Estado não poderá, *prima facie*, confeccionar normas gerais sobre o tema objeto desse tipo de competência. O resultado dessa delimitação de poderes legislativos é a inconstitucionalidade das normas editadas fora dos limites desenhados pelos parágrafos do art. 24 da Carta da República, como ensina FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA:

[...] no campo da competência concorrente cumulativa, em que há definição prévia do campo de atuação legislativa de cada centro de poder em relação a uma mesma matéria, cada um deles, dentro dos limites definidos, deverá exercer sua competência com exclusividade, sem subordinação hierárquica. Com a consequência de que a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro gera a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor.

(*A repartição das competências na constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 146.)

Focando a questão nos Estados Federados, fica claro que, em relação às matérias arroladas no art. 24 da CF/88, sua atuação regular restringe-se à criação de normas específicas, não podendo adentrar no campo das normas gerais. Mas, o que seriam normas gerais?

Tal indagação foi objeto de grandes debates por juristas de escol, sem que se chegasse a um denominador comum, um conceito apriorístico, capaz de definir com precisão todas as celeumas que gravitam em torno do tema. Tal se deve à riqueza de conotações que a expressão *norma geral* pode portar. Vale dizer, no discurso jurídico não há definição de um conceito único, condutor de um valor preciso, capaz de separar as normas gerais das específicas, existindo, na verdade, o câmbio de sua definição de acordo com a necessidade de solução de um caso concreto. Nesse mote, são de especial clarividência as lições de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

A expressão *normas gerais* tem de ser interpretada pela dogmática analítica, com ajuda de suas distinções tipológicas. Que significa geral? É a norma geral no sentido do destinatário, da *facti species* ou do espaço de incidência? Se um Estado federado, digamos, vier a definir um produto como nocivo à saúde e proibir sua comercialização em seu território, estaria respeitando o preceito constitucional? Para resolver o conflito, o jurista tem de combinar diferentes critérios, como o critério da generalidade abstrata e o do espaço de incidência. A vedação da comercialização e a qualificação do produto são objeto de norma geral-abstrata nacional, isto é, seu âmbito é todo o território nacional.

(*Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 125.)

Extrai-se do escólio acima transcrito que a identificação das normas gerais em contraponto às normas específicas se dá com fulcro em três ordens de idéias: (i) âmbito de incidência espacial (em todo o território nacional, no território dos Estados, ou só no território dos municípios); (ii) âmbito de incidência pessoal (ter como destinatário todas as pessoas políticas ou apenas aquela que editou a norma);

(iii) natureza da matéria disciplinada pela norma (quando o tratamento de uma determinada questão, por seu cunho de generalidade, por sua importância nacional ou mesmo pela necessidade de uniformização de uma dada disciplina, deva ser feito por intermédio de uma regra de validade geral).

É certo que há uma inextirpável imbricação entre esses três conceitos apresentados. Contudo, os dois primeiros são mais objetivos, e até por isso foram os que ganharam destaque no início das discussões sobre o tema. Mas, a adoção pelas recentes Constituições brasileiras, de forma cada vez mais ampla, da técnica da competência concorrente limitada (na qual cada ente da federação tem um papel específico de atuação legislativa), aliada à crescente intervenção do Estado na sociedade com a inevitável inflação legislativa, fez emergir a necessidade de se dar uniformidade de tratamento a certas matérias, sob o acicate do interesse nacional, o que tornou cada vez mais relevante o terceiro critério: *o da natureza da matéria veiculada pela norma*, conforme se pode depreender do seguinte trecho de aresto do STF:

No caso, é evidente que a lei paulista contraria a lei federal, pois esta última, longe de vedar o emprego do amianto “crisotila”, regula a forma adequada para sua legítima extração, industrialização, utilização e comercialização. A situação implica, desde logo, a ilegalidade dos dispositivos em análise. Para fins de controle concentrado, no entanto, a questão de relevo é que a legislação local cuida de normas gerais sobre produção e consumo de amianto, o que afronta as regras de repartição de competência concorrente previstas no artigo 24 da Constituição Federal.

[...]

Não há dúvida que o art. 1º do ato em exame legislou sobre matéria reservada à União. Invadiu, pois, competência que não era sua.

Por outro lado, em tema de proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente, a questão do uso de amianto não revela qualquer particularidade que justifique a exceção pretendida pelo Estado de São Paulo. Como se evidenciam, trata-se de questão de interesse nacional, sendo legítima e cogente a regulamentação geral editada pela União Federal.

(ADI 2656 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 08/05/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Destarte, o estudo da natureza da matéria tratada pela norma jurídica tem, também, papel de relevo na identificação de sua eventual generalidade para fins de aplicação das disposições veiculadas pelo art. 24 do Texto Maior.

Vem à tona, por conseguinte, a lição assaz repetida pela doutrina de que as normas gerais são aquelas que veiculam princípios, bases e diretrizes, que irão fundamentar a disciplina de um dado tema, reservando-se às normas específicas a função de complementar o tratamento geral existente, descendo a pormenores, em prol de sua aplicabilidade e adaptação às peculiaridades locais. Tal ensinamento, que é ligado à natureza da matéria tratada, apesar de não ser uma inverdade, precisa, porém, ser aperfeiçoado, acrescentado-lhe especificidades, sob pena de se perder a precisão do conceito.

Isso porque as normas gerais não se restringem ao estabelecimento de diretrizes, bases e princípios, no sentido específico de serem princípios-valores, enunciados carreadores de axiomas com a ingente função de servir de vetores impositivos da interpretação e da aplicação das normas jurídicas postas sob seu pálio. Ao revés, há normas gerais que, sem perder a característica de base da disciplina jurídica de uma matéria, assumem o caráter de meras regras (normas jurídicas *stricto sensu*), com a estrutura hipotético-

condicional que é peculiar a essa categoria, sendo despidas, de certo modo, da função de vetor interpretativo de um segmento do ordenamento jurídico². Isso sem prejuízo do caráter cogente de suas disposições em relação ao universo das pessoas políticas.

Toda essa exposição serve apenas para afirmar que normas jurídicas em sentido estrito (denominadas também de regras jurídicas), apresentadas sob a forma de uma hipótese ligada a uma conseqüência, e veiculadoras de direitos e deveres específicos, podem ser também consideradas verdadeiras normas gerais, bastando, para tanto, que contenham em seu bojo pelo menos um dos três critérios, acima apresentados, de identificação dessa estirpe de normas: (i) ter como âmbito de incidência territorial todo o território nacional; (ii) ter com âmbito de incidência pessoal todos os entes da federação; ou (iii) conter o regramento de uma matéria que, por sua peculiar natureza, revela a necessidade de uma regulação homogênea, tendo em vista ser ela de interesse nacional.

Fixada essa premissa, e em atenção ao caso *sub examine*, tem-se que as normas jurídicas contidas no Projeto de Lei n.º 238/03, aprovado pela Assembléia Legislativa, são verdadeiras normas gerais, já que contêm regramento de uma matéria que, por sua peculiar natureza, revela a necessidade de uma regulação homogênea, tendo em vista ser ela de interesse nacional. Vejamos:

A criação do dever dos fornecedores de prover aos arquivos de consumo dados relativos ao cumprimento das obrigações consumeristas, bem como o dever de os arquivos de consumo criarem o Cadastro Positivo de Consumi-

² HUMBERTO ÁVILA expõe, em sua obra *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27., o pensamento de KARL LARENZ sobre a diferença entre princípios e regras: “[...] Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de norma jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma conseqüência jurídica”.

dores, constituem matéria de interesse nacional, a demandar tratamento uniforme em todo o território brasileiro. De fato, as normas em comento não especificam tratamento jurídico porventura existente acerca dessa matéria, não constituem uma solução optativa escolhida sob a influência determinante de uma norma geral. Pelo contrário, elas inovam o ordenamento, criando um direito/dever dantes não previsto, e que é do interesse do segmento dos consumidores/fornecedores como um todo (basta notar o caráter nacional dos mais relevantes arquivos de consumo, como o SPC). Não se trata, portanto, de tratamento específico de diretrizes veiculadas por uma norma geral, em adaptação às peculiaridades regionais.

Em suma: a matéria objeto das normas veiculadas pelo Projeto de Lei em estudo (i) demanda um tratamento geral e uniforme, por ser de interesse nacional; (ii) não configura mero desdobramento de disciplina contida em um regramento geral preexistente; (iii) não tem nenhuma conexão com as peculiaridades locais do Estado federado.

Portanto, não há dúvidas de que as normas contidas no Projeto de Lei em apreço são verdadeiras normas gerais de Direito do Consumidor, o que as tornam formalmente inconstitucionais, porquanto o Estado não tem competência para confeccioná-las.

Nem se argumente que o Estado-membro poderia fazer uso da competência legislativa plena, prevista no art. 24, § 3º, para suprir omissão contida na lei geral existente sobre o tema (CDC).

De fato, a aludida competência legislativa plena dos Estados para a edição de normas gerais não é incondicionada, nem sequer possui os mesmos contornos da competência originariamente destinada à União. Tanto é assim que o próprio artigo que a disciplina estabelece o seu preciso limite, que é fruto de sua específica destinação jurídica; *in verbis*:

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Exsurge, com clareza hialina, que o Estado somente poderá manejar a sobredita competência plena (supletiva) a fim de atender às suas peculiaridades. Ou seja: apenas poderá estabelecer normas gerais quando destinadas a possibilitar o regramento específico das suas necessidades locais. Entretanto, o presente caso não se subsume a essa hipótese, visto que as normas editadas cuidam de interesse nacional. Assim pensa a melhor doutrina:

As normas específicas do Estado são suplementares, no sentido de que ocupam campo *ex novo*, embora específico e derivado do espaço aberto pela norma geral (art. 24, § 3º), e podem também ser “supletivas” à medida que suprem a omissão ou a ausência da lei federal, embora, ainda nesse caso, se trate de norma estadual de *conteúdo específico*, uma vez que o texto condiciona a faculdade legislativa “plena” do Estado ao atendimento de “suas peculiaridades”.

(FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *A repartição das competências na constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 155.)

Fica caracterizada, assim, a indevida invasão da competência legislativa reservada à União Federal pela CF/88, fato que conspurca o Projeto de Lei em análise com o vício de inconstitucionalidade formal.

3 Conclusão

Do exposto, conclui-se que o inteiro teor do Projeto de Lei n.º 238/03 deve ser objeto de veto a ser efetivado pelo

Excelentíssimo Governador do Estado do Espírito Santo, tendo em vista que esse ato normativo apresenta os seguintes vícios: (i) inconstitucionalidade formal do art. 1º, por estatuir deveres aos entes públicos componentes da Administração, sem observar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo; (ii) inconstitucionalidade formal do inteiro teor do projeto de lei, por se tratar de normas gerais que se situam fora da competência dos Estados prevista no art. 24, e parágrafos, da CF/88; (iii) inconstitucionalidade material do art. 1º, em razão da irrazoabilidade do dever dos entes públicos de informar dados acerca das relações de consumo; (iv) inconstitucionalidade material do art. 2º, por representar ilegítima intervenção do Poder Público no domínio econômico, esvaziando o conteúdo normativo mínimo do princípio da livre iniciativa (art. 170 da CF/88); (v) inconstitucionalidade material do art. 2º, já que ele malfere direitos fundamentais ligados às associações, previstos nos incisos XVII e XVIII do art. 5º da Carta da República.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Vitória, 01 de junho de 2005.

2.3

ANÁLISE DO PARECER/CONSULTA TC 018-2003, TENDO EM VISTA AS DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE

PROCESSO Nº 25217780

PARECER CEI/PGE/ES Nº 056/2003

ORIGEM: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PROCURADORA
GERAL DO ESTADO:

Relatório

Cuida-se de solicitação de estudos circunscrita aos seguintes temas delimitados na CI/PGE/GAB nº 104: (a) possibilidade de argüição de inconstitucionalidade, tendo em vistas as circunstâncias do presente caso, de decisão plenária do Tribunal de Contas estadual e (b) análise da posição tomada pela Corte de Contas na decisão plenária nº 18/2003, com impulso na discordância manifestada pelo Exmo. Sr. Secretário da Fazenda aos termos da decisão.

A solicitação vem acompanhada de cópia do voto vencido do Conselheiro Mário Moreira.

É o relatório.

Fundamentação

Dois são os temas que percutem diretamente ao caso em epígrafe, pelo que cuidarei de analisá-los em momentos distintos.

No que tange à possibilidade de argüição de inconstitucionalidade da decisão emitida na consulta (TC 018-2003),

formulada pelo Poder Judiciário à Corte de Contas estadual, creio mostrar-se incontroversa a questão, em razão da natureza intrínseca do provimento exarado.

É que o próprio *decisum* cuida de assinalar a inexistência de repercussões ditas normativas, ou de efeito geral. Vale transcrever:

“Finalmente, cumpre lembrar que ‘sendo resposta à consulta de caráter normativo, e constituindo prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto’ (...), a resposta à consulta não está vinculada às ocorrências fáticas as quais estarão individualmente sendo analisadas ao seu tempo real”.

Percebe-se, desta forma, na hipótese vertente, que a aludida decisão plenária não possui (a) coeficiente de generalidade abstrata; (b) autonomia jurídica e (c) eficácia vinculante das prescrições dele constantes, já que eis que poderão, eventualmente, ser afastadas no futuro.

Falta-lhe, assim, o mínimo conteúdo normativo a ensejar controle de constitucionalidade pela via abstrata.

Ademais, entendo, como vem nas linhas seguintes, que a manifestação não atinge sequer de forma reflexa qualquer dispositivo constitucional; pelo contrário, optou o Tribunal de Contas pela exegese legislativa que se alinha de forma mais completa aos cânones da hermenêutica.

É o que demonstraremos em seguida.

1 O processo de interpretação da lei

Fica evidente, desde o primeiro contato com o tema aqui enfocado, que se trata de investigar precipuamente sobre o processo de interpretação e compreensão das normas jurídicas. Sem o correto balizamento deste aspecto, toda e qualquer análise pontual, sobre o conteúdo das regras constitucionais e legais em tela, será vazia e inócua.

Como já alertara ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 3. ed. Fund. Calouste Gulbenkian, p. 103., “somente o jurista que se esforça por atingir o verdadeiro sentido e a correta compreensão dos preceitos jurídicos torna plausível a afirmação de que a ciência jurídica é uma das ciências do espírito, pois que, segundo as concepções modernas, o sentido e a compreensão são o critério decisivo de tais ciências”. É que, de fato, a tarefa de interpretar (compreensão intelectual) e aplicar (adequação à situação concreta) as normas jurídicas exige pressupostos de ordem teórica, que devem ser de domínio de quem se propõe ao desempenho desta tarefa.

“Interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”, na feliz definição de LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, p. 439., de onde se extrai a importância de que seja utilizada a correta metodologia, durante o processo hermenêutico, para possibilitar a melhor inteligência da norma em exame. O mesmo LARENZ indica quais são os critérios de interpretação¹ e enfrenta também a inter-relação destes critérios:

1. O *sentido literal*, a extrair do uso lingüístico geral, constitui o ponto de partida e, ao mesmo tempo, determina o limite da interpretação, pois que aquilo que está para além do sentido possível e que já não é com ele compatível, mesmo na “mais ampla” das interpretações, não pode valer como conteúdo da lei (...) O uso lingüístico geral é precedido por um uso lingüístico especial da lei, a não ser que resulte de outros critérios que a lei se afastou aqui do seu uso lingüístico próprio. O significado intencionado em cada caso pode resultar, com su-

¹ Sentido literal, contexto significativo da lei, intenção reguladora do legislador histórico, critérios teleológico-objetivos e interpretação conforme a Constituição, que correspondem, *lato sensu*, às expressões “gramatical”, “analogico”, “histórico”, “teleológico” e “conforme a Constituição”, os três primeiros já identificados por SAVIGNY, ainda no século XIX, ao qual agregava o elemento “sistemático”.

ficiente certeza, do uso lingüístico especial da lei; neste caso a interpretação é levada a seu termo com a averiguação do uso lingüístico da lei e com a constatação de que a lei não se afastou aqui dele (...).

2. O *contexto significativo* da lei é, enquanto apenas “contexto”, imprescindível para compreender o significado específico de um termo ou de uma frase precisamente neste contexto textual. Isto vale também para averiguar um uso lingüístico especial por parte da lei e para constatar que a lei se não afastou dele aqui. Para além disso, permite esperar que as diferentes normas de uma regulação concordem materialmente entre si. Por isso, em caso de dúvida, a norma individual há de interpretar-se de modo a que seja garantida a concórdância. A sistemática externa da lei e o sistema conceptual que lhe serve de base podem oferecer indícios acerca da correspondência material de preceitos (...).

3. Sempre que o sentido literal possível e o contexto significativo da lei deixam margem a diferentes interpretações, há-de preferir-se aquela interpretação que melhor se ajuste à *intenção reguladora* do legislador e ao *escopo* da norma em causa (interpretação histórico-teleológica). A intenção reguladora e os fins do legislador podem averiguar-se a partir da situação histórica, do motivo da regulação, das declarações de intenção do legislador, de uma exposição oficial de motivos, assim como a partir do próprio conteúdo da regulação, conquanto esta esteja inequivocamente orientada a um fim. Na interpretação da lei o juiz está vinculado por princípio aos fins da lei e às decisões valorativas do legislador a eles subjacentes.

4. Isto não vale, no entanto, para as *idéias normativas* mais pormenorizadas das pessoas envolvidas na preparação e redacção da lei. Sempre que estas idéias normativas concretas possam extrair-se dos anteprojectos, actas das sessões e exposições de motivos, representam ajudas valiosas para a compreensão do con-

teúdo da norma. Mas, regra-geral, não são todas elas abarcadas pela vontade do verdadeiro legislador e, por isso, tão-pouco são vinculantes para o intérprete. Além disso, como estas idéias, em regra, não se estendem a todos os aspectos da norma e aos seus possíveis casos de aplicação, mas só a alguns, o intérprete vê-se frequentemente necessitado, já por estes motivos, a ir para além delas.

5. Se os critérios até agora mencionados não forem suficientes, há-de o intérprete remontar aos critérios teleológico-objectivos, mesmo quando o próprio legislador não tenha tido porventura plena consciência deles. Tais critérios *teleológico-objectivos* são, por seu lado, as estruturas materiais do âmbito da norma e, por outro lado, os princípios jurídicos imanentes ao ordenamento jurídico. O postulado de justiça de que o que há-de valorar-se identicamente há-de tratar-se de igual modo requer, além disso, evitar contradições de valoração, dentro dos limites do possível. O intérprete há-de, portanto, dar preferência, nos quadros do sentido literal possível e da cadeia de significação (do contexto), à interpretação por meio da qual se evite uma contradição de valoração adentro do ordenamento jurídico.

6. Cabe especial importância na interpretação aos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional. O requisito de *interpretação “conforme à Constituição”* exige dar preferência, nos casos de várias interpretações possíveis segundo o sentido literal e o contexto, àquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência. O juiz que interpreta há-de ter em conta, na concretização dos princípios constitucionais, o primado de concretização do legislador. Se o princípio admite várias concretizações, está vinculado à que foi escolhida pelo legislador, conquanto que esta se situe ainda nos quadros da livre concretização assinalada ao legislador. Na concretização tanto pelo legislador como pelo juiz – se interpreta “con-

forme a constituição” – há-de ter-se sempre em atenção a combinação dos princípios constitucionais, que se podem completar reciprocamente, mas também reciprocamente limitar (*op. cit.*, p. 484).

Mais até: há base doutrinária sólida para afirmar-se não apenas a complementaridade entre os critérios hermenêuticos, como quer LARENZ, mas, verdadeiramente, a existência de uma relação hierárquica entre esses critérios, como afirmam expressamente ROBERT ALEXY e CLAUS-WILHELM CANARIS, aquele para sustentar a primazia da racionalidade² este para garantir a preponderância do critério teleológico.³

Resta indubitado, portanto, que a atividade de interpretar a lei não é exercício de valores subjetivos, no sentido de que o intérprete venha a emprestar *a sua* interpretação,⁴ mas sim é um processo de descoberta, ou de compreensão, onde o que se pretende é legitimar racionalmente o conteúdo de uma determinada regra jurídica. É novamente em ALEXY (*op. cit.*) que se pode encontrar a melhor análise do papel que cabe à interpretação como

² “Os argumentos que dão expressão a um elo com as verdadeiras palavras da lei, ou com a vontade do legislador histórico, têm precedência sobre os outros argumentos, a menos que motivos racionais possam ser citados para garantir a precedência sobre outros argumentos” (*Teoria da Argumentação Jurídica*. Landy, p. 239.).

³ “A opinião freqüente de que não existe qualquer *hierarquia* firme entre os diversos meios de interpretação não merece qualquer concordância. Deve-se, antes, **conferir à interpretação teleológica a primazia** e isso é, hoje, quase sempre reconhecido, no seu resultado prático. No que toca, primeiro, à relação entre a interpretação teleológica e a gramatical, é geralmente aceite a proposição de que “o sentido e o escopo da lei estão mais altos do que o seu teor”; quanto ao “sentido literal possível” constituir, segundo a doutrina dominante, os limites da interpretação e, nessa medida, suplantam o escopo da lei é apenas – descontando proibições de analogia ou fenômenos similares – um problema puramente terminológico, pois perante um ultrapassar do sentido literal, apenas se transitou da interpretação em sentido estrito para o grau seguinte, o da analogia e da restrição e, com isso, o escopo da lei é, de qualquer modo, erguido à frente do teor literal – demasiado estreito ou demasiado lato. No que respeita, agora, à relação entre a interpretação teleológica e a sistemática, deve-se colocar a interpretação efectuada a partir do sistema externo, por causa da sua grande insegurança (cf. precisamente, o texto), em qualquer caso, atrás da interpretação teleológica, enquanto a própria interpretação a partir do sistema interno, como se diz no texto, é apenas uma forma de interpretação teleológica. No que, finalmente, se prenda com a relação entre a interpretação teleológica e a histórica, também aqui é de conceder o primado à teleológica. Para a teoria objectiva, isso não carece de qualquer justificação; mas também não é duvidoso para a subjectiva, pois também esta não realiza as representações do legislador histórico *em todas as singularidades*, mas antes pretende promover a prossecução dos seus objectivos; a interpretação processa-se, portanto, aqui, de modo subjectivo-teleológico e passa inteiramente por cima das representações visíveis do legislador, quando estas sejam inadequadas para a obtenção dos escopos por ele pretendidos, – um processo que um partidário tão decidido da teoria subjectiva da interpretação, como Heck, verteu na conhecida máxima da “obediência pensante”.

⁴ Muito embora, alerta LARENZ, naturalmente a interpretação será sempre também a sua.

forma de argumento destinada à justificação externa do discurso jurídico:

(...) se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas, respectivamente às decisões de um grupo profissional, formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode nem tem mais nenhuma justificação (...) (p. 20-21).

Chega-se, assim, à premissa para a adequada resposta à presente consulta: INTERPRETAR A LEI É ATIVIDADE QUE IMPLICA ADOÇÃO DE ADEQUADA METODOLOGIA, suscetível de demonstração racional, sob pena de transformar a pretensa ação hermenêutica em um reflexo de convicções pessoais do intérprete.

Com essa necessária premissa estabelecida, passa-se à análise dos conceitos e das normas envolventes à solução da consulta.

2 Conceitos envolvidos na análise do art. 18 da LRF

Sobre o conceito de “despesa pública”, é assente na doutrina especializada sua identificação com a idéia de “gasto público”, como se constata no SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins*. Brasília: Prisma, 1997.:

DESPESA PÚBLICA – Em sentido geral, é a soma dos gastos ou inversões de recursos e aplicações de numérico pelo Estado com vistas ao atendimento das necessidades coletivas (econômicas e sociais) e ao cumprimento das responsabilidades institucionais do setor público (...). Em sua acepção contábil e financeira, a despesa pública é a aplicação de recursos pecuniários na realização de gastos EFETIVOS (aqueles que geram

decrécimo no patrimônio público, como, por exemplo, os gastos com custeios) – ou por MUTAÇÃO PATRIMONIAL (aqueles que têm efeito permutativo, pela entrada de um bem ou valor patrimonial, como, por exemplo, na compra de equipamentos ou imóveis) (p. 82).

DESPESAS EFETIVAS – Expressão contábil que se aplica ao tipo de despesa em que, diferentemente das DESPESAS POR MUTAÇÃO PATRIMONIAL, ocorrem decréscimos no patrimônio da entidade ou nível de governo (apenas reduções nas contas de Ativo). Esse tipo de despesa é característico das Despesas Correntes (remuneração de servidores, passagens e transporte de bens, materiais de consumo, serviços de terceiros etc.) (p. 84).

Em monografias específicas sobre o tema “contabilidade pública” ANGÉLICO, João. *Contabilidade Pública*. São Paulo: Atlas, 1995. e KOHAMA, Heilio. *Contabilidade Pública: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 1989., se enfatiza a relação entre o conceito de “despesa pública” e a noção de “pagamento” ou “gasto”:

Constitui *despesa pública* todo pagamento efetuado a qualquer título pelos agentes pagadores (...) (ANGÉLICO, p. 62). Constituem Despesa Pública os gastos fixados na lei orçamentária ou em leis especiais e destinados à execução dos serviços públicos e dos aumentos patrimoniais; à satisfação dos compromissos da dívida pública; ou ainda à restituição ou pagamento de importâncias recebidas a título de cauções, depósitos, consignações etc. (KOHAMA, p. 98).

Do mesmo modo, fica clara a vinculação da idéia de “receita pública” com a de “ingresso ou entrada” de recursos:

Receita pública, em seu sentido mais amplo, é o recolhimento de bens aos cofres públicos. Ingresso, entrada, ou receita pública são, na verdade, expressões si-

nônimas na terminologia de finanças públicas (...) (ANGÉLICO, p. 44.). Entende-se, genericamente, por Receita Pública todo e qualquer recolhimento feito aos cofres públicos, quer efetivado através de numerário ou outros bens representativos de valores (...) quer seja oriundo de alguma finalidade específica, cuja arrecadação lhe pertença ou caso figure como depositário dos valores que não lhe pertencerem (KOHAMA, p. 75.).

Quanto ao fato de haver distintas acepções (uma “financeira” e outra “orçamentária”) para os conceitos de receita e despesa, igualmente não parece haver discrepância doutrinária. Como anota, outra vez, SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins*. Brasília: Prisma, 1997.:

RECEITA PÚBLICA – Conjunto de recursos que o Estado e outras pessoas de direito público auferem, de diversas fontes (...). No sentido Contábil, ou de Caixa, as Receitas Públicas são tomadas em sentido amplo, sendo consideradas como tais todas as entradas de fundos nos cofres do estado (inclusive recursos de operações de crédito, depósitos e cauções). Em sentido Financeiro, são tomadas em sentido restrito, abrangendo apenas as entradas que representem um aumento no patrimônio do setor público. Em sentido Orçamentário, são tomadas numa perspectiva intermediária, abrangendo todas as fontes que possam ser utilizadas para o financiamento de despesas, ainda que gerem lançamentos correspondentes no passivo, como ocorre com as operações de crédito em geral (...) (p. 217).

Receita é ingresso sem nenhuma condição ou gravame, que passa a integrar o patrimônio público. Em outras palavras (e aqui o segundo elemento para atender à Consulta), é forçoso reconhecer que AS EXPRESSÕES “RECEITA” E “DESPESA” COMPORTAM UM CONCEITO CON-

TÁBIL E UM CONCEITO FINANCEIRO, perfeitamente simétricos na maior parte dos casos, mas eventualmente discrepantes. Resta identificar em qual sentido devem ser compreendidas no âmbito das disposições da LRF.

3 Os objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal

Já no enunciado do art. 1º da “Lei de Responsabilidade Fiscal” (e seu § 1º), se pode perceber uma direção clara sobre o seu significado:

Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º. A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

Acerca do alcance e dos propósitos da Lei Complementar nº 101/2000 já existe produção doutrinária suficiente a demonstrar seu caráter eminentemente “financeiro”, se tomada como referência a dicotomia antes assinalada.

Em face do elevado comprometimento orçamentário dos gastos com pessoal do serviço público, entendeu o legislador constitucional de estabelecer limites para a execução desse tipo de despesa, suscitando uma das questões públicas mais discutidas da atualidade. A controvérsia está assentada, basicamente, em duas correntes de postura.

Uma argumenta que a arrecadação dos recursos financeiros realizada pelo Estado não pode, quase que exclusivamente, ficar comprometida com despesas destinadas ao seu pessoal, posicionando-se no sentido de que uma parcela razoável desses recursos deve ser utilizada em investimentos que produzam bem-estar social, por isso defende uma limitação drástica para o comprometimento orçamentário desse tipo de despesa.

A outra, embora não expresse uma contrariedade ao estabelecimento de um limite às despesas com pessoal, defende a tese de que os serviços públicos somente podem ser bem prestados à sociedade, mediante a existência de um quadro funcional estruturado, em número e condições suficientes à prestação de tais serviços, razão pela qual salienta que o limite para este tipo de despesa não pode ser reduzido a ponto de comprometer a prestação dos serviços públicos que o Estado tem o dever de prestar.

Como se vê, ambos os argumentos têm justificativas plausíveis e de interesse público. Há, no entanto, necessidade de ser alcançado um ponto de equilíbrio, no sentido de serem atingidos os interesses financeiros do Estado – gastar somente o que a arrecadação permite – mas com manutenção de um quadro funcional minimamente adequado à realização dos serviços públicos, juntamente com uma destinação de recursos que possibilitem um mínimo de investimentos. Evidentemente que, nesse aspecto de busca de ponto de equilíbrio, o presente estudo não possui a pretensão de solucionar o impasse apresentando uma fórmula mágica. O seu intuito é tão-somente de, fixado na realidade econômico-financeira do país, tendo em conta a normatização das reformas produzidas no âmbito constitucional e legal, oferecer uma modesta opinião ao debate, cuja visão jurídica possibilite uma mínima compreensão para a aplicação da norma constitucional que limita os gastos com pessoal no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios.

Busca-se, igualmente, compreender aquele diploma através de sua análise histórica. No parecer lançado pelo Senador Jefferson Péres, no âmbito da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, acerca do Projeto de Lei Complementar que iria, afinal, ser convertido na LC nº 101/2000, pode-se perceber os objetivos da legislação:

Grosso modo, o novo regime de gestão fiscal implica a instituição de mecanismos de controle do endividamento e das despesas públicas, particularmente das despesas ditas obrigatórias de caráter continuado, assim como a implementação de política fiscal calcada em estratégias e metas previamente definidas. Alicerçando esse regime, há, de um lado, normas coercitivas e de correção de desvios fiscais e, de outro, previsão de um novo sistema de informações, estruturado a partir de demonstrativos e relatórios relacionados ao trabalho de condução das finanças públicas. Os entes da Federação a essas normas se submetem indistintamente, abrangidos, em todos eles, os órgãos e as entidades que lhes integram o complexo administrativo.

Em conjunto, as normas que compõem o PLC 4/2000 estão desenhadas no sentido de garantir a produção de resultados fiscais mais favoráveis ou positivos, estimulando o gradual crescimento do patrimônio líquido estatal, a concomitante redução do endividamento, o equilíbrio do fluxo de caixa e a diminuição do ímpeto de criação de encargos para o Estado. Agindo precipuamente sobre as operações passivas e as despesas, as medidas previstas na Proposição visam estabilizar ou, mesmo, reduzir o peso do Estado em relação ao restante da economia do País.

EDSON RONALDO NASCIMENTO (Analista de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional) e **ILVO DEBUS** (Consultor de Orçamentos), em trabalho que mereceu divulgação pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, intitulado “Entendendo a Lei de Respon-

sabilidade Fiscal”, são ainda mais explícitos quanto ao caráter financeiro, e não contábil, da LRF, insistindo que, neste segundo aspecto, as normas gerais de Direito Financeiro prosseguem sendo dadas pela Lei nº 4.320/64:

Como já asseveramos, a LC 101/00 não revoga a Lei nº 4.320/64. Os objetivos das duas legislações são distintos. Enquanto a Lei nº 4.320/64 se refere a normas gerais para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços, a LRF estabelece normas de finanças públicas voltadas para a gestão fiscal.

Isso implica distinguir as técnicas de registros contábeis dos conceitos científicos do Direito Financeiro, compatibilizando-os sem perder de vista a noção da sua distância.

Ao tratar do conceito de “Receita Corrente Líquida”, dado na LRF, os mesmos autores são claros quanto ao alcance do conceito:

Analisando com cuidado a definição de RCL, de acordo com a LC 101, observamos que continua o legislador preocupado em identificar aquelas receitas disponíveis à União, aos Estados e Municípios para a realização de despesas com pessoal, gastos com serviços de terceiros, pagamento de dívidas etc.

JOSÉ GABRIEL DA CUNHA LOPES, em outro trabalho⁵ voltado para a exata compreensão do conteúdo dos conceitos adotados pela LRF, assinala a distinção existente entre as noções de “custos”, “gastos” e “despesa”, mais uma vez registrando o enfoque predominantemente financeiro que orienta a LRF:

A Lei de Responsabilidade Fiscal estrutura-se em dois princípios fundamentais da administração, que são o

⁵ Gerenciamento de Gastos Públicos: uma digressão. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 37, p. 81, 2000.

planejamento e o controle, ambos estritamente ligados ao gerenciamento de custos (gastos públicos).

CUSTOS

O termo custos liga-se tradicionalmente às atividades privadas, sendo exaustivamente estudado e aplicado na área industrial, onde pode traduzir-se em um grande diferencial no preço final de um produto.

Nesse sentido, o custo pode ser considerado como a soma dos valores pagos aos empregados, na forma de salários, aos detentores de capital próprio, que serão retribuídos através do lucro gerado; aos capitais de terceiros, na forma de empréstimos ou proprietários de imóveis, que terão sua retribuição em forma de juros e aluguéis; e ao governo, este na forma de impostos, participantes ativos ou passivos na produção de bens e serviços.

DESPESAS

Enquanto os produtos acabados forem mantidos em estoque (não comercializados) os custos são considerados ativos da empresa, retratados em subgrupos específicos do balanço patrimonial e não na demonstração de resultado do exercício.

direta ou indiretamente para a obtenção da receita”. São os gastos normais à atividade da empresa que produzem uma redução imediata da receita.

GASTOS

O gasto é traduzido pelo sacrifício financeiro que a entidade arca para a obtenção de um bem ou serviço qualquer, representado por entrega ou promessa de entrega de ativos, normalmente moeda corrente. (...) para a administração pública, em especial a administração direta (...) – entendemos que o termo apropriado seria controle de gastos ou controle de despesas, e não controle de custos.

Com a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, vê-se o administrador público obrigado a instituir um sistema efetivo de controle de gastos.

A partir da análise destas diferentes abordagens, todas convergentes, é possível afirmar que A LRF É DIPLOMA LEGAL DE CONTEÚDO EMINENTEMENTE FINANCEIRO, ASSIM DEVENDO SER ENTENDIDOS OS CONCEITOS NELA INSERIDOS, cuja inserção no ordenamento jurídico pátrio atende a necessidade de disciplinar e controlar o gasto público, não o de fixar “normas gerais de contabilidade pública”.

4 Despesa com Pessoal e Receita Corrente Líquida

É necessário, enfim, descobrir especificamente a noção de “despesas com pessoal”, inserida no *caput* do art. 18 da lei (e objeto desta Consulta), bem como examinar o conceito de “receita corrente líquida”, constante no art. 2º, já que o sentido destas regras deve ser interpretado de forma coerente, uma vez que é da relação entre ambos os dispositivos que nascem os limites trazidos pela LRF.

O art. 2º da LRF assim conceitua “Receita Corrente Líquida” (RCL):

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

(...)

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as

contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;

b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

§ 1º. Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 2º. Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19.

§ 3º. A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.

Entendeu a manifestação do Tribunal de Contas estadual que estaria aqui, na fixação deste conceito, feita em lei, a primeira e principal indicação acerca da inclusão ou exclusão dos valores do IRRF nas “despesas com pessoal”: havendo inclusão das “receitas tributárias” e não havendo dedução expressa daquela constante nos arts. 157, I, e 158, I, da Constituição Federal, então a inclusão destes valores seria imperativa no montante da RCL.

Na seqüência lógica, incluídos os valores como receita, haveria de contabilizá-los na “despesa”, aí “despesa com pessoal”.

Tivesse a LRF um caráter “contábil” e não “financeiro”, como de fato ocorreu, o raciocínio faria algum senti-

do, embora fosse questionável se estaria inteiramente correto.

Ocorre que, como foi demonstrado à sociedade, os conceitos de “receita” e de “despesa” que devem ser apropriados, para a exata compreensão das normas da LRF, têm natureza eminentemente financeira. Neste sentido, só há “receita” se houver “ingresso efetivo” ou “entrada efetiva” de recursos, sem condições ou ônus, integrando-se ao patrimônio público, como bem móvel público, o que não se verifica na situação sob exame.

Do ponto de vista financeiro, insiste-se, os valores referentes ao IRRF dos servidores públicos não “aumentam” nem “reduzem” os cofres estaduais: correspondem a uma operação meramente escritural (“contábil”), razão pela qual não devem ser considerados para fins de composição da “Receita Corrente Líquida”. Por força deste raciocínio, é forçoso reconhecer que a linha hermenêutica proposta na decisão plenária do TCEES, estruturada, toda ela, em uma análise contábil dos dispositivos da LRF, está dissociada da teleologia do diploma.

Não impressiona o argumento de que não houve, na LRF, uma referência expressa a esta dedução, até porque este fato, pelo contrário, vem a robustecer o raciocínio recém-exposto. As exclusões constantes nas letras “a”, “b” e “c” do inc. IV do art. 2º da LRF (respectivamente *valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição, parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional, e contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição*), bem como aquela mencionada no § 2º do mesmo dispositivo (*na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e*

de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do §1º do art. 19), correspondem a “receitas” no seu conceito financeiro e, caso não fossem realizadas, obrigatoriamente deveriam ser incluídas na noção de RCL.

Não é esse o caso do IRRF dos servidores, que, por definição constitucional, pertence aos Estados e Municípios e, se já lhe “pertence” não é um “ingresso” ou uma “entrada”, que de fato já ocorreu quando o recurso (que será destinado no futuro ao pagamento destes mesmos servidores), em momento pretérito, de fato foi disponibilizado através do processo arrecadatório. Computar novamente este valor, do ponto de vista financeiro, caracterizaria uma duplicidade, expressamente vedada pela mesma LRF.

A constatação desta realidade é ainda mais evidente quando se examina o conceito de “despesa com pessoal”. Como consta no art. 18 da LRF:

Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

Ora, é claramente evidente que a parcela correspondente ao IRRF sobre a remuneração dos servidores não é um “gasto”, pois, se assim fosse, ele estaria incorporado antes ao patrimônio privado, o que de fato não ocorre.

Se a expressão “gastos”, empregada nuclearmente no dispositivo, já induz a noção financeira do conceito, a análi-

se do restante do artigo somente reforça esta conclusão. Veja-se que, depois de uma descrição que se pretende abrangente, alcançando as diversas formas de retribuição ao servidor pelo desempenho de suas atividades, há inclusão expressa de *encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência*, sem qualquer referência aos valores do IRRF. À míngua desta inclusão, talvez fosse sustentável que os conceitos de “quaisquer espécies remuneratórias” pudessem abarcar o IRRF, tanto quanto os “encargos sociais” e as “contribuições previdenciárias”, caracterizando um conceito contábil de despesa.

Mas não. Pelo contrário, e em perfeita coerência com toda a linha norteadora da LRF, o que se busca é caracterizar como “despesa com pessoal” aquilo que efetivamente caracteriza como “aplicação de numerário” que determina “decrécimo patrimonial” para o ente da Federação, o que sinaliza, outra vez, na direção de uma noção financeira de despesa. A menção aos “encargos sociais” e às “contribuições previdenciárias” é conseqüência do fato que estes itens correspondem a “despesas efetivas”, e não meramente escriturais, como é o caso do IRRF.

Este conceito de “despesa com pessoal” nem sempre foi tão claro, no seu sentido financeiro, quando se examina a legislação precedente. Para tanto, é mister, relevante, se fazer referência ao texto originário da Constituição Federal (art. 38 do ADCT) e às Leis Complementares nº 82/95 e nº 96/99 (“Lei Camata” e “Lei Camata II”, respectivamente). O exame destes textos demonstra que, de uma absoluta indefinição sobre o conceito de “despesa com pessoal” (art. 38 do ADCT e LC nº 82/95) se passou (LC nº 96/99) a convivência de dois conceitos (um, gênero, “despesa total com pessoal” e outro, espécie, “despesa com pessoal”). Neste último texto, o conceito de “despesa com pessoal” ficou restrito às espécies remuneratórias, para que, com o acréscimo dos “encargos sociais” se pudesse chegar às “despe-

sas totais com pessoal”. Ora, ao separar as “despesas com pessoal” dos “encargos sociais”, a LC nº 96/99 não permitia o raciocínio antes exposto, acerca do alcance das exclusões inseridas no *caput* do art. 18 da LC nº 101/2000, o que, se não inviabilizava a compreensão sobre o caráter também “financeiro” daquele diploma, ao menos não conduzia a esta conclusão com tanta clareza.

A comparação entre os dispositivos de recentes Leis de Diretrizes Orçamentárias, na esfera federal (respectivamente Lei nº 9.995/2000, para o exercício de 2001, e Lei nº 10.226/2001, para o exercício em curso) aponta no sentido financeiro das regras da LRF. O art. 57 do primeiro diploma, quando versa sobre “despesa com pessoal”, menciona (impropriamente) “despesa da folha de pagamento”; já o art. 54 da Lei nº 10.226/2001 indica que *a discriminação das despesas com pessoal deverá ser feita de modo a evidenciar os quantitativos despendidos com vencimentos e vantagens fixas (...)*. A expressão empregada não permite outra compreensão que não a do sentido financeiro (e não contábil) da regra.

Neste contexto, não surpreende o fato de figurar esta celeuma junto ao próprio corpo interno do TCEES.

É importante destacar que não se trata, aqui, da fixação dos valores que correspondem à Receita e à Despesa dos Estados e Municípios, nos seus conceitos assentes segundo princípios de Contabilidade Pública, com base na Lei nº 4.320/64. Trata-se, sim, e tão-somente, de apurar os conceitos de “Receita Corrente Líquida” e de “Despesa com Pessoal”, como estão inseridos no ordenamento jurídico pátrio, através da LC nº 101/2000, e segundo os objetivos e propósitos desta mesma legislação, o que determina o caráter restritivo desta interpretação.

Assim, a derradeira conclusão não poderia ser outra: **NOS CONCEITOS DE “DESPESA COM PESSOAL” E DE “RECEITA CORRENTE LÍQUIDA” NÃO DEVEM SER CON-**

SIDERADOS OS VALORES REFERENTES AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE, CONCERNENTES AOS SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER JUDICIÁRIO, para os fins específicos da aplicação dos limites para gastos impostos pela “Lei de Responsabilidade Fiscal”.

5 Considerações Finais

À utilização do método gramatical, ou lingüístico, seguiu-se que, a partir de uma interpretação lógica, de uma abordagem sistemática, e de uma revisão na pretensão do legislador histórico, foi possível compreender, de forma racional, o verdadeiro sentido (interpretação teleológica) da “Lei de Responsabilidade Fiscal”, e dos conceitos nela vertidos. Do que foi exposto extraíram-se as seguintes conclusões:

- a) interpretar a lei é atividade que implica adoção de adequada metodologia;
- b) as expressões “receita” e “despesa” comportam um conceito contábil e um conceito financeiro;
- c) a LRF é diploma legal de conteúdo eminentemente financeiro, assim devendo ser entendidos os conceitos nela inseridos;
- d) nos conceitos de “despesa com pessoal” e de “receita corrente líquida” não devem ser considerados os valores referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte, concernentes aos servidores públicos estaduais e municipais, dado o caráter financeiro da lei.

É o parecer, que submeto a superior apreciação.

Vitória, 25 de julho de 2003.

3

JURISPRUDÊNCIA



3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1.1 *DECISÃO MONOCRÁTICA NA ÍNTEGRA*

EMENTA: FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. **RECONHECIMENTO**, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA**, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, **DE IDÊNTICO CONTEÚDO**, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. **ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO**, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA **AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, “IN ABSTRACTO”, DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.**

DECISÃO: **Sustenta-se**, nesta sede processual – **presentes os motivos determinantes** que substanciaram a decisão que esta Corte **proferiu** na ADI 2.868/PI – **que o ato**, de que ora se reclama, **teria desrespeitado** a autoridade **desse** julgamento plenário, **que restou consubstanciado** em acórdão assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. **PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º, ADCT, ART. 87.**

Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial **inferior** ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002.

Ação direta julgada **improcedente.**”

(ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei)

O **litígio** jurídico-constitucional **suscitado** em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), **examinado** na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, **parece introduzir** a possibilidade de discussão, no âmbito **deste** processo reclamatório, **do denominado efeito transcendente** dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade **proferida** no julgamento plenário da já referida **ADI 2.868/PI**, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA.

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no exame final da Rcl 1.987/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se**, em nosso sistema jurídico, **a existência** do fenômeno da “**transcendência dos motivos que embasaram a decisão**” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, **em ordem a proclamar** que o efeito vinculante refere-se, **também**, à própria “*ratio decidendi*”, projetando-se, em consequência, **para além da parte dispositiva** do julgamento, “*in abstracto*”, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Essa visão do **fenômeno da transcendência** parece refletir a preocupação que a doutrina **vem externando** a propósito dessa **específica** questão, **consistente no reconhecimento** de que a eficácia vinculante **não só concerne** à parte dispositiva, **mas refere-se**, também, **aos próprios fundamentos determinantes** do julgado que o Supremo Tribunal Federal **venha a proferir** em sede de controle abstrato, **especialmente** quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, **como resulta claro** do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES (“**O Controle Concentrado de Constitucionali-**

dade", p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Sarai-va) e de ALEXANDRE DE MORAES ("**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**", p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2. ed. 2003, Atlas).

Na realidade, essa preocupação, **realçada** pelo magistério doutrinário, **tem em perspectiva** um dado de **insuperável** relevo político-jurídico, **consistente na necessidade** de preservar-se, em sua integralidade, **a força normativa da Constituição**, que resulta da **indiscutível** supremacia, formal e material, **de que se revestem** as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, **hão de ser valorizadas**, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, **como enfatiza** o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, "**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**", p. 109, item n. 2.8, 2. ed. 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "**Controle de Constitucionalidade**", p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, "**Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia**", p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "**Tribunal e Jurisdição Constitucional**", p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "**A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**", p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).

Cabe destacar, neste ponto, **tendo presente** o contexto em questão, **que assume** papel de fundamental importância a interpretação constitucional **derivada** das decisões **proferidas** pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "*guarda da Constituição*" (CF, art. 102, "*caput*"), **confere-lhe o monopólio da última palavra** em tema **de exegese** das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, **como tem sido assinalado**, com particular ênfase, pela **jurisprudência** desta Corte Suprema:

“(...) **A interpretação** do texto constitucional **pelos STF** **deve** ser acompanhada pelos **demais** Tribunais. (...) **A**

não-observância da decisão desta Corte **debilita a força normativa** da Constituição. (...).”

(RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

Impende examinar, no entanto, **antes** de quaisquer outras considerações, **se se revela cabível**, ou não, **na espécie**, o emprego da **reclamação**, **quando** ajuizada em face de situações de **alegado** desrespeito a decisões que a Suprema Corte tenha proferido **em sede** de fiscalização normativa abstrata.

O Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** esse aspecto da questão, **tem enfatizado**, em sucessivas decisões, que a reclamação **reveste-se** de idoneidade jurídico-processual, **se** utilizada com o objetivo **de fazer prevalecer** a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, **notadamente** quando impregnados de eficácia vinculante:

“O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO.

– O **descumprimento**, por **quaisquer** juízes **ou** Tribunais, de decisões proferidas **com efeito vinculante**, pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em sede** de ação direta de inconstitucionalidade **ou** de ação declaratória de constitucionalidade, **autoriza** a utilização da via reclamatória, **também** vocacionada, em sua **específica** função processual, a resguardar **e** a fazer prevalecer, **no que concerne** à Suprema Corte, a **integridade**, a **autoridade** e a **eficácia subordinante** dos comandos que emergem de seus atos decisórios. **Precedente: Rcl 1.722/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno).”

(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Cabe verificar, de outro lado, **se** terceiros – **que não intervieram** no processo objetivo de controle normativo

abstrato – **dispõem**, ou não, **de legitimidade ativa** para o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, **quando** promovida com o objetivo de fazer restaurar o “*imperium*” **inerente** às decisões emanadas desta Corte, **proferidas** em sede de ação direta de inconstitucionalidade **ou** de ação declaratória de constitucionalidade.

O **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **a propósito** de tal questão, **ao analisar** o alcance da norma inscrita **no art. 28** da Lei nº 9.868/98 (**Rcl 1.880-AgR/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **firmou** orientação **que reconhece**, a terceiros, **qualidade para agir**, em sede reclamatória, **quando necessário** se torne assegurar o **efetivo** respeito aos julgamentos desta Suprema Corte, **proferidos** no âmbito de processos de controle normativo abstrato:

“(…) **LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE.**

- **Assiste** plena legitimidade ativa, **em sede** de reclamação, **àquele** – particular **ou** não – **que venha** a ser afetado, em sua esfera jurídica, **por decisões** de **outros** magistrados ou Tribunais que se revelem **contrárias** ao entendimento fixado, **em caráter vinculante**, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato **instaurados** mediante ajuizamento, **quer** de ação direta de inconstitucionalidade, **quer** de ação declaratória de constitucionalidade. **Precedente.** (...)”

(**RTJ 187/151**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Vê-se, portanto, **que assiste**, ao ora reclamante, **plena legitimidade ativa** “*ad causam*” para fazer instaurar **este** processo reclamatório.

Impende verificar, agora, **se** a situação exposta **pelo Estado de Sergipe**, na presente reclamação, **pode traduzir**, ou não, **hipótese de ofensa** à autoridade da decisão

que o Supremo Tribunal Federal proferiu, **com eficácia vinculante**, em sede de fiscalização normativa abstrata, **no julgamento** de ação direta ajuizada **em face** de diploma legislativo editado **por outra** unidade da Federação.

Ou, em outras palavras, **cumpra analisar**, presente o contexto ora em exame, **se** a “*ratio decidendi*”, **que substancia** o julgamento desta Corte **proferido** na ADI 2.868/PI, **apresenta-se**, ou não, **revestida** de efeito transcendente, **em ordem a viabilizar**, processualmente, a utilização do instrumento reclamatório.

Parece-me que sim, ao menos em juízo de **estrita** deliberação, **especialmente se considerada** a decisão que o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal **proferiu na Rcl 1.987/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA:

“(...) Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, **revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão** proferido na mencionada ação direta, **que possui** eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A **decisão** do Tribunal, **em substância**, teve sua autoridade **desrespeitada** de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios** por ela consagrados, **uma vez que os fundamentos** resultantes da interpretação da Constituição **devem ser observados** por todos os tribunais e autoridades, **contexto que contribui** para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.”

(**Rcl 1.987/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

Essa **mesma** orientação, **que reconhece** o caráter transcendente e vinculante **dos fundamentos determinantes** de decisão do Supremo Tribunal Federal, **proferida** em sede de controle normativo abstrato, **veio a ser reafirmada** no julgamento plenário **da Rcl 2.363/PA**, Rel. Min. GILMAR MENDES,

quando o eminente Relator da causa **fez consignar**, em **expressiva** passagem do seu douto voto, **o que se segue**:

“(…) **Assinale-se** que a aplicação **dos fundamentos determinantes** de um *‘leading case’* em **hipóteses semelhantes** tem-se verificado, entre nós, **até mesmo** no controle de constitucionalidade das leis municipais.

Em um levantamento precário, **pode constatar** que **muitos juízes** desta Corte **têm**, constantemente, **aplicado** em caso de declaração de inconstitucionalidade **o precedente** fixado a situações **idênticas** reproduzidas **em leis de outros** municípios.

Tendo em vista o disposto no *‘caput’* e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, **os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes** onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, **em sede** de controle difuso, **emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei** objeto do recurso extraordinário sob exame.

.....
Não há razão, pois, **para deixar de reconhecer o efeito vinculante da decisão proferida na ADIn.**

Nesses termos, meu voto é no sentido **da procedência** da presente reclamação.” (grifei)

Assentadas tais premissas, **passo a apreciar** o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual.

Trata-se de reclamação, **na qual se sustenta** que o ato judicial ora questionado – **emanado** do Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE – **teria desrespeitado** a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal **proferida** no julgamento final **da ADI 2.868/PI**, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA.

É que o Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE, ao **ordenar** a efetivação do seqüestro ora impugnado nesta via reclamatória, **apoiou-se**, para tanto, **em razões**, cujo teor **antagoniza-se** com os fundamentos subjacentes ao acórdão desta Corte, que, **proferido** na referida ADI 2.868/PI, **é invocado** como paradigma de confronto pela parte ora reclamante.

Eis, no ponto, **o conteúdo** da decisão judicial ora reclamada (fl. 43):

“No que respeita ao **procedimento da execução mediante dispensa do precatório**, verifica-se que a matéria encontra-se definida nestes autos, nos termos da decisão de fls. 146/150, **transitada em julgado** conforme certidão de fl. 153, revelando-se, portanto, incabível o seu reexame.

Por outro lado, considerando que o valor constante do ofício requisitório de fl. 162 excede ao limite estabelecido para **créditos de pequeno valor**, fixado nos termos do artigo 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tendo em vista ainda a manifestação expressa do exeqüente pela **renúncia** da quantia executada **excedente** a tal **limite**, consoante petição de fl. 101, expeça-se novo ofício requisitando à executada o **pagamento** do valor equivalente a 40 salários mínimos – R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais) em favor do exeqüente, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de **seqüestro**, tudo de acordo com o art. 17, ‘caput’ e § 2º da Lei nº 10.259/2001. Intime-se.” (grifei)

Vê-se, portanto, que o ato judicial de que ora se reclama **parece** haver desrespeitado **os fundamentos determinantes** da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida **no julgamento final** da ADI 2.868/PI, **precisamente porque**, naquela oportunidade, o **Plenário** desta Suprema Corte **reconheceu** como constitucionalmente válida, **para efeito** de definição de pequeno valor e de conseqüente **dis-**

pensa de expedição de precatório, **a possibilidade de fixação**, pelos Estados-membros, de valor referencial **inferior** ao do art. 87 do ADCT, **na redação** dada pela EC 37/2002, **o que foi recusado**, no entanto, no âmbito **do Estado de Sergipe**, pelo órgão judiciário ora reclamado.

Na realidade, o caso versado nos presentes autos parece configurar hipótese de “violação ao conteúdo essencial” do acórdão consubstanciador do julgamento da referida ADI 2.868/PI, o que caracterizaria possível transgressão ao efeito transcendente dos fundamentos determinantes daquela decisão plenária emanada do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe, parte ora reclamante.

Sendo assim, e presentes as razões expostas, **defiro a medida liminar** ora postulada (**fl. 07**, item IV) **e**, em consequência, **suspendo a eficácia** da decisão reclamada (**Processo nº 01.05-1212/00 – 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE – fls. 43 e 52**), **sustando-se** a prática de **qualquer** outro ato processual **e/ou** administrativo **que se relacione** com o questionado ato decisório.

Comunique-se, com urgência, **encaminhando-se cópia** da presente decisão ao Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE.

Requisitem-se informações à ilustre autoridade judiciária que ora figura como reclamada nesta sede processual (**Lei nº 8.038/90**, art. 14, I).

(Rcl 2986 MC/SE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DECISÃO MONOCRÁTICA, Julgado em 11.03.2005, DJ 18.03.2005 p. 087)

Publique-se.

Brasília, 11 de março de 2005.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

3.1.2 EMENTÁRIO

EMENTA: TRIBUTO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS. ICMS. CRÉDITOS RELATIVOS À ENTRADA DE INSUMOS USADOS EM INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CUJAS SAÍDAS FORAM REALIZADAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CASO DE ISENÇÃO FISCAL PARCIAL. PREVISÃO DE ESTORNO PROPORCIONAL. ART. 41, INC. IV, DA LEI ESTADUAL Nº 6.374/89, E ART. 32, INC. II, DO CONVÊNIO ICMS Nº 66/88. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. SEGURANÇA DENEGADA. IMPROVIMENTO AO RECURSO. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 2º, INC. II, LETRA “B”, DA CF. VOTO VENCIDO. São constitucionais o art. 41, inc. IV, da Lei nº 6.374/89, do Estado de São Paulo, e o art. 32, incs. I e II, do Convênio ICMS nº 66/88.

(RE 174478/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. Acórdão Min. CEZAR PELUSO, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 17.03.2005, DJ 30.09.2005)

EMENTA: Reclamação ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em que se postula a cassação de ordem de seqüestro determinada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região com o objetivo de ver cumprido precatório judicial. 2. Precatório derivado de reclamação trabalhista. 3. Cumprimento da ordem cronológica dos precatórios. 4. Interpretação do art. 100, § 2º, em combinação com o art. 78, § 4º, do ADCT. 5. Violação ao conteúdo da decisão liminar proferida na ADI 1662 (Rel. Min. Maurício Corrêa), em que o STF teria reconhecido que somente a hipótese de preterição no direito de precedência autoriza o seqüestro de recursos públicos, a ela não se equiparando as situações de não-inclusão da despesa no orçamento, de vencimento do prazo para quitação e qualquer outra espécie de pagamento inidôneo, casos em que ficaria configurado o descumprimento de or-

dem judicial, sujeitando o infrator à intervenção. 6. Reclamação julgada procedente (Rcl 2155/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 02.09.2004, DJ 18.03.2005 p. 048)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º.

- I. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F.
- II. R.E. conhecido e provido.

(RE 302622/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16.11.2004, DJ 29.04.2005 p. 046)

Supremo Tribunal Federal: competência originária (CF, art. 102, I, f): ação proposta por uma unidade federada, o Distrito Federal, contra a União, caso em que, à fixação da competência originária do Tribunal, sempre bastou a qualidade das pessoas estatais envolvidas, entidades políticas componentes da Federação, não obstante a estatura menor da questão: precedentes (ACO 555 QO/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 04.08.2005, DJ 16.09.2005 p-08)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO

DETERMINADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88.

1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente.
2. A inércia da Administração Pública não pode ser punida de modo a causar dano ao interesse público, que deve prevalecer em risco à continuidade da atividade estatal.

(ADI 3068/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. Acórdão Min. EROS GRAU. TRIBUNAL PLENO, Julgado em 25.08.2004, DJ 23.09.2005)

CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. REGULAMENTO nº 7/2004, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, INCISOS I E II DO ART. 31. PROVA DE TÍTULOS: EXERCÍCIO DE FUNÇÕES PÚBLICAS.

- I. Viola o princípio constitucional da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública.
- II. ADI julgada procedente, em parte.

(ADI 3443/MA, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 08.09.2005, DJ 23.09.2005 p. 06)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I E § 3º. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL CONTRA INSS.

1. Embora o presente processo envolva duas entidades federais: uma autarquia, na condição de autora, e uma empresa pública, na posição de ré, a recorrente é domiciliada em cidade onde existe apenas vara estadual, o que atrai a exceção criada no § 3º do art. 109 da CF/88.
2. A regra do inciso I do art. 15 da Lei 5.010/66, ao mesmo tempo que buscou facilitar a defesa do contribuinte, procurou garantir a própria eficácia da execução fiscal.
3. É evidente que atos como citação e penhora tornam-se mais fáceis e geram menos custos se o processo tramitar na mesma cidade da sede do devedor do tributo. A tramitação do feito perante uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de São José dos Campos acarretaria desarrazoada demora na resolução do processo e inegável prejuízo à própria prestação jurisdicional.
4. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

(RE 390664/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, Julgado em 23.08.2005, DJ 16.09.2005)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMAÇÃO ATIVA: “ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL”: COMPREENSÃO DA “ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES” DE CLASSE: REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL.

1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito.

2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe.
3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das “associações de associações de classe”, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade.

(ADI 3153 AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Rel. Acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 12.08.2004, DJ 09.09.2005)

3.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.2.1 EMENTÁRIO

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. DIREITO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE, A PARTIR DA LEI 11.051/2004.

1. A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que “o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não pode ser feita de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil” (RESP 655.174/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09.05.2005).
2. Ocorre que o atual parágrafo 4º do art. 40 da LEF (Lei 6.830/80), acrescentado pela Lei 11.051, de 30.12.2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercor-

rente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 746.437/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09.08.2005, DJ 22.08.2005 p. 156)

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO EM SEDE DE REMESSA OFICIAL. CABIMENTO. DEVOLUTIVIDADE.

1. A remessa oficial devolve ao Tribunal o exame da matéria decidida em sua integralidade, ainda que não interposto recurso voluntário pelo ente estatal, sendo certo que, em tais circunstâncias, o valor fixado a título de honorários advocatícios também deverá ser objeto do reexame necessário.

2. Recurso especial provido.

(REsp 223095/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.04.2005, DJ 05.09.2005 p. 331)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DENUNCIÇÃO DA LIDE - DIREITO DE REGRESSO - ART. 70, III, DO CPC.

1. A denúncia da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a pro-

cessá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional.

2. A denúncia da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/88 não é obrigatória, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.
3. Não perde o Estado o direito de regresso se não denuncia a lide ao seu preposto (precedentes jurisprudenciais).
4. Embargos de divergência rejeitados.

(EREsp 313886/RN, Rel. Min. ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.02.2004, DJ 22.03.2004 p. 188)

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 188 DO CPC – FAZENDA PÚBLICA NA QUALIDADE DE ASSISTENTE SIMPLES DE EMPRESA PÚBLICA ESTADUAL – PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER – FINALIDADE DA NORMA.

1. Interpretando literalmente o disposto no art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe: “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, a figura do assistente simples não está contida no termo “parte”. Contudo, a interpretação gramatical, por si só, é insuficiente para a compreensão do “sentido jurídico” da norma, cuja finalidade deve sempre ser buscada pelo intérprete e aplicador, devendo ser considerado, ainda, o siste-

ma jurídico no qual a mesma está inserta. Desta forma, o termo “parte” deve ser entendido como “parte recorrente”, ou seja, sempre que o recorrente for a Fazenda Pública, o prazo para interpor o recurso é dobrado.

Esta é a finalidade da norma. *In casu*, o Estado de Pernambuco, na qualidade de assistente simples de empresa pública estadual, tem direito ao prazo em dobro para opor Embargos de Declaração, cuja natureza jurídica é de recurso, previsto no art. 496, IV, da Lei Processual Civil.

2. Precedente (REsp nº 88.839/PI).
3. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos à Corte *a quo*, a fim de que esta aprecie os Embargos Declaratórios em questão, porquanto tempestivos.

(REsp 663267/PE, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17.05.2005, DJ 13.06.2005 p. 317)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO TRIBUNAL (INCLUSÃO DE ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA). DECISÃO SINGULAR. AGRAVO INTERNO. CONDENAÇÃO NA MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. CONDICIONANTE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO AO DEPÓSITO DO VALOR DA SANÇÃO NÃO CUMPRIDA. INCIDÊNCIA DO ART. 557, § 3º, DO CPC. PRECEDENTES. INAPLICAÇÃO DO ART. 1º-A DA LEI Nº 9.494/97 (REDAÇÃO DO ART. 4º DA MP Nº 2.180-35/2001). MATÉRIA DE FUNDO PACIFICADA. PRECEDENTES.

1. Embargos de divergência ofertados contra acórdão segundo o qual “é certo que a União, os Estados, os

Municípios e as autarquias estão isentos do pagamento das custas processuais. Todavia, não se pode confundir o privilégio concedido à Fazenda Pública, consistente na dispensa de depósito prévio para fins de interposição de recurso, com a multa instituída pelo artigo 557, § 2º, do CPC, por se tratarem de institutos de natureza diversa”.

2. O art. 557, § 2º, do CPC, é taxativo ao dispor que “quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.
3. Poder-se-ia alegar que a União, os Estados, os Municípios e as autarquias estão isentos do pagamento de tal multa, por esta se englobar no conceito de “depósito prévio”, ao albergue do art. 1º-A da Lei nº 9.494/97 (redação do art. 4º da MP nº 2.180-35/01). Ledo engano.
4. Não se deve confundir “depósito prévio”, o qual se refere a custas e despesas processuais, com a multa do § 2º do art. 557 da Lei Adjetiva Civil, a qual é punitiva, uma penalidade, com caráter de litigância de má-fé, ambas com características e finalidades totalmente distintas. Uma hipótese não se confunde com a outra.
5. Não é o caso de aplicação do disposto no art. 1º-A da Lei nº 9.494/97, visto que a sanção imposta pelo Código de Processo Civil é norma específica de relação processual, não havendo, com isso, colisão entre as duas normas legais.
6. Inércia da recorrente em relação ao cumprimento do citado dispositivo legal quanto ao depósito precedente à interposição do recurso, restando, assim, prejudicada a sua análise.

7. Matéria de fundo (aplicação de índices inflacionários expurgados pelos Planos Governamentais) por demais conhecida em todo o Poder Judiciário, tendo a Fazenda Pública constantemente recorrido contra a inclusão de tais índices e sempre perdido, porque deveras pacificado o tema, tornando-se, pois, desnecessárias maiores fundamentações sobre o assunto.
8. Precedentes desta Corte Superior. AgRg no Ag nº 236510/SP, Ag 473040/RJ, Edcl no Ag 177972/SP, Ag 484142/RS; Ag 486113/SP; AgRg no Resp 649531/RS.
9. Embargos de divergência rejeitados.
(EAg 518521/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25.05.2005, DJ 12.09.2005 p. 198)

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – ART. 475, II, §§ 2º E 3º DO CPC – ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 10.352/01 – INAPLICABILIDADE – ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 1.533/51 – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

1. Inobstante os arestos em sentido contrário, filio-me à corrente segundo a qual é inaplicável ao mandado de segurança o § 2º do art. 475 do CPC, inserido pela Lei 10.352/01, pois a regra especial, contida no art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, prevalece sobre a disciplina genérica do Código de Processo Civil (art. 2º, § 2º, da LICC).
2. Recurso especial provido.
(REsp 604.050/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.05.2005, DJ 01.07.2005 p. 471)

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - MATÉRIA DE DEFESA: PRÉ-EXECUTIVIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a exceção de pré-executividade.
2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas.
3. A tolerância doutrinária, em se tratando de execução fiscal, esbarra na necessidade de se fazer prova de direito líquido e certo, exceto se a questão da ilegitimidade for líquida e certa.
4. Recurso especial improvido.

(REsp 692726/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 282)

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. CITAÇÃO OCORRIDA FORA DO BIÊNIO LEGAL. CULPA EXCLUSIVA DO AUTOR. DECADÊNCIA.

1. A orientação desta Corte, quando da edição da súmula 106/STJ, foi assentada no sentido de que “proposta a ação [rescisória] no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.
2. Não obstante, no caso, houve demora excessiva na citação por culpa exclusiva da parte, hipótese em que resta afastada a incidência da súmula 106/STJ.

3. A dessemelhança fática nos arestos paradigmas impede a comprovação da divergência e o conhecimento do especial pela alínea “c” do permissivo constitucional.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 443069/GO, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 05.04.2005, DJ 06.06.2005 p. 330)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CAUÇÃO DE BEM IMÓVEL. OFERECIMENTO POR MEIO DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. EXECUTIVO FISCAL AINDA NÃO INSTAURADO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. OBTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA EM DINHEIRO E NA INTEGRALIDADE DO CRÉDITO A SER SUSPENSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 151, II, DO CTN. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃOS RECORRIDOS E PARADIGMA. BASES FÁTICAS E JURÍDICAS DIVERSAS. NÃO CONHECIMENTO.

- I. Diversas as bases fáticas e jurídicas, obstado fica o conhecimento do apelo nobre pelo conduto da alínea “c” do permissivo constitucional.
- II. Esta Eg. Primeira Turma, quando do julgamento do REsp nº 575.002/SC, em 17/02/2005, após o voto-vista do Eminentíssimo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, exarou entendimento de que, afora a realização de penhora em sede de executivo fiscal, o contribuinte-devedor pode valer-se, independentemente do oferecimento de qualquer garantia, do mandado de segurança, da ação declaratória de nulidade e da ação desconstitutiva de débito fiscal, com vistas a obter a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa.

III. “Em qualquer destas demandas poderá o devedor, inclusive, obter liminar que suspenda a exigibilidade do crédito (e, conseqüentemente, permita a expedição de certidão), bastando para tanto que convença o juiz de que há relevância em seu direito. Se, entretanto, optar por outorga de garantia, há de fazê-lo pelo modo exigido pelo legislador: o depósito integral em dinheiro do valor do tributo questionado”. (Trecho extraído do voto-vista proferido pelo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI no processo supra-mencionado) (grifou-se).

IV. Na hipótese presente, apesar de se tratar de ação anulatória de débito fiscal, o contribuinte-devedor ofereceu bem imóvel como garantia e não montante em dinheiro na integralidade do débito, não satisfazendo, assim, às exigências impostas pelo legislador.

Inviabilizada, pois, a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa.

V. Nesse contexto, ressalvado o ponto de vista do Relator, passa-se a adotar o novel posicionamento deste Órgão Julgador.

VI. Recurso especial PARCIALMENTE CONHECIDO e, nesta parte, PROVIDO.

(REsp 710153/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.06.2005, DJ 03.10.2005 p. 142)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ÔNUS DA PROVA DA ATUAÇÃO DOLOSA DO SÓCIO. DIVERGÊNCIAS NÃO VERIFICADAS. ART. 135, III, DO CTN. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS INDICADOS NA CERTIDÃO DE DÍ-

VIDA ATIVA. ALCANCE DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA CDA.

1. Divergências jurisprudenciais não verificadas, ante a ausência de similitude fática entre os casos. O acórdão recorrido versa sobre execução fiscal dirigida contra sócio cujo nome consta da CDA, circunstância estranha a ambos os paradigmas apontados.
2. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que não se pode, diante da presunção de certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa, inverter o ônus probatório para a exclusão dos sócios na execução fiscal.
3. Se o nome do sócio consta da CDA, não há que se falar em violação ao art. 135 do CTN, porquanto a sua responsabilidade se presume, incumbindo-lhe fazer prova em contrário por meio de embargos à execução.
4. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 731308/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.04.2005, DJ 06.06.2005 p. 313)

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM SITUAÇÃO IRREGULAR. CITAÇÃO DO SÓCIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

1. O Código Tributário Nacional, possuindo *status* de lei complementar, prevalece sobre as disposições constantes da Lei n. 6.830/80. Assim, a interrupção da prescrição dá-se pela citação pessoal do devedor nos termos do parágrafo único, inciso I, do art. 174 do Código, e não na forma estabelecida no art. 8º, § 2º, da lei mencionada.
2. O redirecionamento da ação executiva fiscal em face do sócio responsável pelo pagamento deve ser pro-

videnciado até cinco anos contados da citação da empresa devedora.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 205887/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.04.2005, DJ 01.08.2005 p. 369)

TRIBUTÁRIO. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARES). COMERCIALIZAÇÃO. ICMS. INCIDÊNCIA.

1. Está pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que incide ICMS nas operações relativas à comercialização despessoalizada de programas de computador.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 222001/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.05.2005, DJ 05.09.2005 p. 331)

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO POR DOAÇÃO – SEPARAÇÃO JUDICIAL – MEAÇÃO.

1. Na separação judicial, a legalização dos bens da meação não está sujeita a tributação.

2. Em havendo a entrega a um dos cônjuges de bens de valores superiores à meação, sem indícios de compensação pecuniária, entende-se que ocorreu doação, passando a incidir, sobre o que ultrapassar a meação, o Imposto de Transmissão por Doação, de competência dos Estados (art. 155, I, da CF).

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 723587/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.05.2005, DJ 06.06.2005 p. 300)

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS DECLARADOS EM DCTF. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. AUTO-LANÇAMENTO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO.

1. O débito objeto da presente demanda, referente ao PIS, foi declarado pelo contribuinte mediante DCTF. Nestes casos, prestando o contribuinte informação acerca da efetiva existência do débito, porém não adimplindo o crédito fazendário reconhecido, dispõe o Fisco do prazo para realizar o lançamento suplementar, prazo este decadencial, porquanto constitutivo da dívida.
2. O fato de a declaração de débito provir do contribuinte não significa preclusão administrativa para o Fisco impugnar o *quantum* desconhecido.
3. Impõe-se distinguir a possibilidade de execução imediata pelo reconhecimento da legalidade do crédito com a situação de o Fisco concordar (homologar) com a declaração unilateral do particular, prestada.
4. A única declaração unilateral constitutiva *ipso jure* do crédito tributário é a do Fisco, por força do lançamento compulsório (art. 142 do CTN que assim dispõe: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”).
5. Prestando o contribuinte informação acerca da efetiva existência do débito, porém não adimplindo o crédito fazendário reconhecido, dispõe o Fisco do prazo

para realizar o lançamento suplementar, prazo este decadencial, porquanto constitutivo da dívida.

6. Findo este prazo, para o qual a Fazenda dispõe de cinco anos, inaugura-se o lapso de prescrição para o ajuizamento do respectivo executivo fiscal, visando a cobrança do montante declarado e não pago, que também obedece ao quinquênio.
7. Assim é porque decorrido o prazo de cinco anos da data da declaração, e não havendo qualquer lançamento de ofício, considera-se que houve aquiescência tácita do Fisco com relação ao montante declarado pelo contribuinte, fixando-se o termo *a quo*, do qual inicia-se, então, o prazo para a cobrança judicial, mediante prévia inscrição do débito em dívida ativa.
8. A ausência da notificação revela que o fisco, “em potência” está analisando o *quantum* indicado pelo contribuinte, cujo montante resta incontroverso com a homologação tácita. Diversa é a situação do contribuinte que paga e o fisco notifica aceitando o valor declarado, iniciando-se, *a fortiori*, desse termo, a prescrição da ação.
9. Recurso especial desprovido.

(REsp 597126/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.06.2004, DJ 02.08.2004 p. 324)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.
3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.
4. Embargos de divergência providos.

(REsp 572603/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08.06.2005, DJ 05.09.2005 p. 199)

TRIBUTÁRIO - ART. 138 DO CTN - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO RECOLHIDO COM ATRASO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - INCIDÊNCIA DA MULTA MORATÓRIA.

1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, declarado pelo contribuinte e recolhido com atraso, descabe o benefício da denúncia espontânea, sendo legítima a cobrança de multa moratória.
2. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas desta Corte.
3. Recurso especial improvido.

(REsp 696688/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.02.2005, DJ 11.04.2005 p. 278)

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA DES-TRANCAR RECURSO ESPECIAL RETIDO. REQUISITOS.

FUMUS BONI JURIS CONSUBSTANCIADO NA INCIDÊNCIA DE ICMS EM FACE DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA POR PROVEDOR DA INTERNET.

1. Para concessão de Medida Cautelar é necessária a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação, bem como, a caracterização do *fumus boni juris* consistente na plausibilidade do direito alegado.
2. *In casu*, sobressai o preenchimento dos requisitos autorizativos do deferimento da liminar da cautela requerida. O *periculum in mora* está consubstanciado no fato de que o trancamento do Recurso Especial impede o prosseguimento do feito e ocasiona demora na cobrança dos respectivos créditos, o que pode acarretar grave lesão ao erário estadual, mercê da decadência na constituição do crédito via lançamento. O *fumus boni juris* assenta-se no julgado desta Eg. Primeira Turma, favorável à tese desenvolvida no Recurso Especial, que se pretende ver destrancado, e ao qual se pretende seja conferido efeito suspensivo (RESP 323358/PR, DJ de 03/09/2001, Relator Min. JOSÉ DELGADO), no sentido de que: “2. O Provedor da Internet é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo “aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na INTERNET, seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à INTERNET (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão INTERNET (SCI)”.

(Newton de Lucca, em artigo “Títulos e Contratos Eletrônicos”, na obra coletiva Direito e INTERNET, pág. 60)

3. O provedor vinculado à INTERNET tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por determinados meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática.
4. O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.
5. A Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à INTERNET, quando os comercializam.
6. Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS.
7. A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando a possibilitar a comunicação desejada.
É suficiente para constituir fato gerador de ICMS.
8. O serviço prestado pelo provedor pela via da Internet não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997.
9. Medida Cautelar deferida.

(MC 7760/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.10.2004, DJ 06.12.2004 p. 191)

TRIBUTÁRIO – ICMS – AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO – SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES – CREDITAMENTO.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, o ICMS incidente sobre as contas de energia elétrica e serviços de telecomunicações não podia ser creditado como espécie de insumo, quando utilizados em empresa com atividade de mero comércio segundo o DL 406/68 e o Convênio 66/88.
2. Com o advento da LC 87/96, a proibição se estendeu às hipóteses em que esses serviços (energia elétrica e telecomunicações) não são utilizados na atividade precípua do estabelecimento.
3. A LC 102/2000 não alterou substancialmente a restrição, explicitando apenas que o creditamento somente se daria quando a energia elétrica fosse consumida no processo de industrialização ou quando fosse o objeto da operação.
4. No que diz respeito ao aproveitamento de crédito do ICMS em relação à aquisição de bens destinados ao ativo fixo, inovou a LC 102/2000, ao permiti-lo escalonadamente, em 48 meses. Inexiste óbice em escalonar o legislador ordinário a outorga de um crédito concedido sob a rubrica da isenção.
5. Recurso ordinário improvido.

(RMS 19176/SC, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14.06.2005, DJ 12.09.2005 p. 259)

TRIBUTÁRIO – ICMS – TELEFONIA MÓVEL CELULAR – SERVIÇO DE HABILITAÇÃO – AFASTAMENTO DA EXAÇÃO – LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO CONTRIBUINTE DE FATO.

1. Firmou-se nesta Corte jurisprudência no sentido de reconhecer a legitimidade que tem o consumidor para mover ação visando a afastar a exigência do ICMS, na condição de contribuinte de fato.

2. Pacificou-se, da mesma forma, o entendimento quanto à não-incidência desse tributo sobre o serviço de habilitação do telefone móvel celular.
3. A uniformização deu-se a partir da interpretação do disposto no art. 2º, III, da LC 87/96, o qual só contempla o ICMS sobre os serviços de comunicação *stricto sensu*, não sendo possível, pela tipicidade fechada do direito tributário, estender-se aos serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação.
4. As previsões de incidência constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 não podem prevalecer, ante o disposto na Lei Complementar 89/96 e na Lei de Telecomunicações 9.472/97.
5. Recurso especial improvido.

(REsp 617107/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.08.2005, DJ 29.08.2005 p. 273)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NÃO SINGULARES. LICITAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 535 DO CPC.

1. O disposto no art. 121 da Lei 8.666/93 não exclui os contratos firmados antes da sua vigência por sociedades de economia mista, da obrigatoriedade de serem precedidos de procedimento licitatório, o que já ocorria na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86.
2. A obrigatoriedade de observar o regime de licitações decorre do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e, antes mesmo do advento da Lei 8.666/93, as sociedades de economia mista já estavam subordinadas ao dever de licitar.

3. O fato de o primeiro contrato de prestação de serviços haver sido firmado em 1973, quando vigorava o Decreto-Lei nº 200/67, não tem relevância alguma para o deslinde da controvérsia, pois tal convenção foi sucedida por várias avenças subseqüentes - seja sob a forma de novos contratos, seja sob a forma de prorrogações - ensejando novos pactos que se submetem à regência da lei em vigor à época da respectiva celebração.
4. Não prospera a pretensão dos embargantes, pois, no caso, não ocorre qualquer das hipóteses previstas no artigo 535 do CPC. Ainda que se admitam declaratórios com efeitos modificativos, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que tais embargos só terão cabimento com efeito infringente quando decorra do suprimento da omissão ou se tornar necessário para superar contradição do acórdão, o que não ocorre no caso.
5. O Juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e, tampouco, a responder um a um todos os seus argumentos.
6. Impossibilidade de se acolherem embargos de declaração cujo único objetivo seja a rediscussão da tese defendida pela embargante, com vistas ao pré-questionamento de matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto.
7. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 80061/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.11.2004, DJ 28.02.2005 p. 257, REPDJ 04.04.2005 p. 234)

3.3 OUTROS TRIBUNAIS

3.3.1 JURISPRUDÊNCIA NA ÍNTEGRA - TJES

ÍNTEGRA DE ACÓRDÃO

PROCESSO nº 100040011239

IMPETRANTE: SINDHES/ES

**AUTORIDADE COATORA: O SR. SECRETÁRIO DA
FAZENDA DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO.**

**RELATORA: A SRª DESEMBARGADORA CATHARINA
MARIA NOVAES BARCELLOS**

ACÓRDÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PROCESSUAL DO IMPETRANTE – ENTIDADE SINDICAL – DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS – REJEITADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – ICMS – IMPOSTO INDIRETO – POSSIBILIDADE DO CONSUMIDOR FINAL PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO – REJEITADA – PRESCRIÇÃO – MATÉRIA DE MÉRITO – PRELIMINAR NÃO CONHECIDA – MÉRITO – PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA – FACULTATIVIDADE – PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – SEGURANÇA DENEGADA.

1. Rejeita-se a preliminar de ausência de capacidade processual do sindicato impetrante, porquanto as entidades de classe não precisam estar autorizadas pelos seus associados para ajuizarem mandado de segurança coletivo em defesa de seus respectivos

direitos e interesses (CF, art. 5º, LXX, “b”), nos termos da Súmula nº 629 do STF.

2. O contribuinte de fato (consumidor final) tem legitimidade para reclamar em juízo a repetição ou compensação do ICMS, imposto indireto, embutido na fatura de serviços, que reputa indevidamente recolhido ao Fisco pelo contribuinte de direito (fornecedor de energia elétrica e serviços de telecomunicações). Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato impetrante rejeitada
3. Não se conhece da preliminar de prescrição quinquenal argüida, deixando a análise para o mérito.
4. Os Estados e o Distrito Federal, no âmbito da competência tributária que lhes é atribuída pela Carta Magna, têm a liberdade de determinar as alíquotas mínimas e máximas do ICMS, obedecidos os limites fixados pelo Senado Federal (CF, art. 155, §2º, V). Sob esse prisma, a ingerência do Judiciário na fixação das alíquotas do tributo estadual, atuando como legislador positivo, representaria grave ofensa ao princípio da separação dos poderes, norma fundamental da República Federativa do Brasil.
5. Segurança denegada.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 100040011239, sendo impetrante SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DO SERVIÇO DE SAÚDE DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e impetrado SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

ACORDA este Egrégio Tribunal Pleno, na conformidade da ata e das notas taquigráficas da sessão, que integram este

julgado, à unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de ausência de capacidade processual e ilegitimidade ativa e não conhecer da preliminar de prescrição, e no mérito, por igual votação, denegar a segurança.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DO SERVIÇO DE SAÚDE DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDHES/ES, contra ato praticado pelo Exmo. Sr. pelo Decreto estadual nº 1.090/2002 (art. 71, incisos III e IV) de 25% (vinte e cinco por cento) para 12% (doze por cento) sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações, bem como a compensação ou restituição dos valores indevidamente recolhidos, por aplicação do princípio da seletividade inscrito no art. 155, inciso II, da Constituição Federal.

O impetrante afirma que as suas filiais são entidades de direito privado, atuando na área médico-hospitalar, e utilizam-se dos serviços essenciais de energia elétrica e telecomunicação. Com isso, e invocando a obrigatoriedade da observância do princípio constitucional da seletividade, argumenta que tais serviços devem sofrer a incidência de uma alíquota compatível com a dita essencialidade, citando como exemplos a banana e o leite, produtos também previstos no Decreto estadual nº 1.090/2002.

Liminar indeferida à fl. 102.

Informações prestadas pela autoridade dita coatora às fls. 107/115. Em sede preliminar, suscita a ausência de capacidade processual do sindicato impetrante e a ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito, sustenta a facultatividade da aplicação do princípio da seletividade, tendo a Administra-

ção Pública a liberdade de fixar as alíquotas do ICMS, dentro dos limites mínimos e máximos estipulados pelo Senado Federal, bem como a impossibilidade de interveniência do Judiciário na determinação dessas alíquotas, sob pena de violação à separação dos Poderes. Argúi, por eventualidade, a prescrição quinquenal dos créditos tributários reclamados, com amparo no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Parecer do órgão ministerial às fls. 119/120, opinando pelo acolhimento das preliminares levantadas, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

É o breve relatório.

Peço dia para julgamento.

RELATÓRIO

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA): Lido o que exarado às folhas pela Eminente Relatora.

* * *

O SR. ADVOGADO GUSTAVO CÉSAR DE M. C. HOLLIDAY:

Exm^o Sr. Presidente desta sessão, Ilustre Procurador Geral da Justiça, Eminentíssimos Desembargadores, Eminente Desembargadora Relatora.

O grande doutrinador italiano Piero Calamandrei, na obra *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, afirma que a sustentação oral é um momento de férias mentais para alguns juízes. Todavia, posso afirmar, por experiência própria, que, nesta Corte, sempre que tive o prazer de estar nesta tribuna, tive a atenção de V.Ex^{as}.

É justamente com essa atenção habitual que gostaria de fazer alguns esclarecimentos pontuais em relação a esse Mandado de Segurança, principalmente em razão de ser o primeiro caso a chegar a esta Corte.

Após exaustiva pesquisa, verifiquei que o questionamento feito pelo impetrante também não foi objeto de apreciação pelos tribunais superiores, ou seja, trata-se evidentemente de matéria nova, por isso é que gostaria de ter a atenção especial de V.Ex^{as}.

Conforme brilhante relatório da nobre Desembargadora, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato das Empresas de Saúde do Espírito Santo em que se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da alíquota de 25% incidente sobre a energia elétrica e sobre os serviços de comunicação e a redução da mesma para 12%.

Como causa de pedir, alega que a alíquota de 25% fere o princípio da seletividade aplicada ao ICMS em razão da essencialidade do serviço e do produto.

Inicialmente, gostaria de salientar também a existência de uma preliminar, ou seja, matéria de ordem processual em que o Sindicato impetrante não juntou aos autos a ata da assembléia da entidade associativa que autorizou a impetrar o referido Mandado de Segurança, tampouco indicou os respectivos endereços.

Essa obrigatoriedade está prevista na Lei nº 9.494/97 que peço vênha para ler:

“Art. 2º - (...)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Nos autos, observa-se que o Sindicato impetrante juntou, sim, um documento com a relação dos associados, mas não juntou a ata da assembléia que autorizou a impetração do Mandado de Segurança, tampouco o endereço dessas entidades que estão substituídas neste processo.

Em razão dessa irregularidade e conforme opinou o Ministério Público Estadual, pleiteia-se de início a extinção do processo sem julgamento de mérito.

No mérito, como já dito, trata-se de tese, ao meu ver, teratológica em que o impetrante pretende a declaração de inconstitucionalidade da alíquota de 25% e que o Poder Judiciário reduza para 12% sob a alegação de violação do princípio da seletividade do ICMS.

Todavia, sabemos que o princípio da seletividade trata-se de princípio em que se deve aplicar uma alíquota menor para aqueles serviços e produtos que são essenciais, e uma maior para aqueles produtos considerados supérfluos.

Reconhecemos que a energia elétrica e as telecomunicações são sim serviços e produtos essenciais, todavia – agora vem o ponto central sobre o qual gostaria da atenção de V. Ex^{as} – com relação à aplicação do princípio da seletividade, o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), a Constituição Federal é taxativa e diz que o imposto referente a produtos industrializados deverá obedecer ao princípio da seletividade.

Com relação ao ICMS, que é justamente o assunto sobre o qual estamos tratando nesta oportunidade, a Constituição Federal estabelece que *poderá*. Esse é o ponto central da questão.

Com relação ao IPI a Constituição Federal diz que *será*, enquanto com relação ao ICMS diz que *poderá*.

Neste *poderá* vislumbramos então a faculdade de a Administração Pública instituir ou não o princípio da seletividade com relação ao ICMS.

Tendo essa faculdade, o impetrante pretende que isso seja obrigatório, o que desde já deve ser rejeitado por esta Egrégia Corte.

Há de se ressaltar também que, tratando-se de ato discricionário da Administração Pública, ou seja, utilizar ou não o princípio da seletividade com relação ao ICMS, entendo que não é possível a interveniência do Poder Judiciário haja vista tratar-se de poder discricionário. Haveria, sim, a possibilidade de interveniência do Poder Judiciário, nesta hipótese, caso houvesse uma aberração, uma ilegalidade absoluta.

Com essas breves considerações, encerro aqui a minha manifestação requerendo o Estado do Espírito Santo a esta Egrégia Corte que seja acolhida a Preliminar, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito ou, caso ultrapassada, no mérito, que seja denegada a Segurança, tendo em vista que a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS é uma faculdade e não uma obrigatoriedade.

* * *

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Eminente Presidente.

Inicialmente cumprimento o ilustre advogado que sempre se há muito bem da tribuna.

* * *

VOTO

PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DA CAPACIDADE PROCESSUAL DO IMPETRANTE

A autoridade impetrada aduz a ausência de capacidade processual do sindicato impetrante, porquanto a petição inicial não foi instruída com a ata da assembléia sindical que o autorizaria a demandar em juízo, nem com a relação nominal dos associados substituídos, de acordo com o art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97 – artigo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001 (DOU 27/

8/2001), em vigor conforme o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001.

Tal dispositivo legal, porém, é inaplicável à demanda em julgamento. Afinal, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que as entidades de classe não precisam estar autorizadas pelos seus associados para impetrarem Mandado de Segurança coletivo em defesa de seus respectivos direitos e interesses. Trata-se de legitimação extraordinária, ocorrendo, em tal caso, a substituição processual dos associados pela entidade de classe, com fundamento no art. 5º, LXX, alínea *b* da Constituição da República.

Esse posicionamento, inclusive, resta sedimentado no Excelso Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 629, vazado nos seguintes termos: **“A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”**

Conforme o Estatuto Social de fls. 19/39, o apelante é de fato a agremiação sindical representativa da categoria econômica das entidades privadas prestadoras de serviços médico-hospitalares. Decorre daí a sua capacidade para atuar no presente *mandamus* em prol dos interesses dos associados, sem a necessidade de autorização destes, nos termos da Súmula nº 629 do Supremo Tribunal Federal.

Rejeito, pois, a Preliminar.

É como voto.

* * *

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR ALEMER FERRAZ MOULIN:

Acompanho o voto do Eminente Relator.

* * *

O SR. DESEMBARGADOR MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU:

Acompanho o voto do Eminente Relator.

O SR. DESEMBARGADOR FREDERICO GUILHERME PIMENTEL:

Abstenho-me de votar.

* * *

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTES DESEMBARGADORES:

MANOEL ALVES RABELO;
PAULO NICOLA COPOLILLO;
SERGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA.

* * *

VISTA

O SR. DESEMBARGADOR ANNIBAL DE REZENDE LIMA:
Respeitosamente, peço vista dos autos.

* * *

VOTO

(PEDIDO DE VISTA)

O SR. DESEMBARGADOR ANNIBAL DE REZENDE LIMA:
Eminente Presidente, Egrégio Tribunal.

Em sessão pretérita eu havia pedido vista desse processo para examinar uma preliminar suscitada pela autoridade coatora e sobre a qual me assaltou uma dúvida. A preliminar dizia respeito a requisito para requerimento de mandado de segurança coletivo.

Examinei a matéria e cheguei à mesma conclusão da Eminente Relatora, daí por que, nos termos do voto de S. Ex^a, também rejeito a preliminar.

O SR. DESEMBARGADOR JORGE GOES COUTINHO:

Voto no mesmo sentido, rejeitando a preliminar.

* * *

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTES DESEMBARGADORES:

ROMULO TADDEI;
SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA;
ARNALDO SANTOS SOUZA;
ABGAR TORRES PARAÍSO.

* * *

VOTO

Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Argúi o SECRETÁRIO ESTADUAL DA FAZENDA a ilegitimidade ativa *ad causam* do SINDHES para pleitear a restituição ou compensação de ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações, argumentando que é da natureza desse tributo indireto repercutir financeiramente sobre o consumidor final, e por isso os substituídos já estariam ressarcidos do imposto recolhido ao Estado. Alega, assim, que as empresas privadas de saúde somente fariam jus à restituição ou compensação do imposto se tivessem demonstrado que não o repassaram no valor cobrado do consumidor do produto ou serviço ou que estão autorizadas por este a pedir a repetição, nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

A matéria é polêmica e tem suscitado interminável controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial.

É cediço que o consumidor de energia elétrica e serviços de telecomunicações não é o contribuinte do ICMS, tributo indireto, embora seja quem suporte efetivamente o ônus financeiro do imposto, que é repassado no preço do produto ou serviço, com o posterior recolhimento à Fazenda Estadual. Distinguem-se, assim, as figuras do contribuinte de direito – concessionárias de energia elétrica e serviços de telecomunicações – e o contribuinte de fato – consumidor final –, inexistindo relação jurídica tributária direta entre este e o Fisco. Por não figurar como devedor na obrigação tributária, é que se diz faltar legitimidade ao contribuinte de fato para reclamar a repetição do indébito.

Todavia, pedindo vênias aos que entendem de forma diversa, se temos a certeza de que há para o contribuinte de fato um desfalque, pelo pagamento do ICMS embutido na fatura de energia elétrica e serviços de telecomunicações, que julga ter sido cobrado indevidamente, nada mais justo do que se fazer o acerto direto com o Fisco. Negada, por outro lado, a possibilidade do contribuinte de fato discutir a exação, ficaria o mesmo refém do contribuinte de direito, que por não sofrer com a incidência do imposto, normalmente não se interessa em litigar com a Fazenda Estadual, não restando outra saída àquele senão suportar o ônus da exigência tida por ilegal.

Nesse passo, entender que o consumidor final não detém legitimidade para questionar o ICMS, *data venia*, implica em grave ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, seria flagrantemente contraditório afastar a legitimidade do consumidor *in casu*, quando se sabe que o art. 166 do CTN somente autoriza a repetição do tributo indireto ao contribuinte de direito que demonstre não ter transferido o ônus financeiro ao terceiro ou que esteja por este autorizado

a recebê-la, regra também aplicável à compensação de crédito tributário (STJ, REsp nº 472162/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 09/02/2004). Conforme advertido pelo Professor LUCIANO AMARO (in Direito tributário brasileiro, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 410), “o Código, na esteira da Súmula nº 546 do Supremo Tribunal Federal, preocupou-se com a hipótese de alguém se pôr na condição de ‘contribuinte de direito’, recolher o tributo indevido, repassá-lo a terceiro e, maliciosamente, pleitear para si a restituição, sem dela dar conta ao terceiro”. A finalidade da disposição legal é, pois, a de proteger o contribuinte de fato e evitar o enriquecimento sem causa do contribuinte de direito, e não a de convalidar exigências indevidas de tributos.

Convém ressaltar que não se trata de substituição tributária, fenômeno que dá ensejo a duas relações jurídicas entrelaçadas, para frente ou para trás, porque há um sujeito ativo definido, qual seja, o ente estatal que exige a exação, e de outro lado um sujeito passivo, em um primeiro momento, que posteriormente cederá o seu lugar para outrem assumir o ônus do tributo como contribuinte ostensivo. Na hipótese de tributação indireta, diferentemente, temos um sujeito ativo que exige da empresa fornecedora de energia elétrica e serviços de telecomunicações o pagamento do ICMS sobre a sua utilização global, cabendo a cada consumidor final suportar a carga tributária, como contribuinte de fato.

Conquanto não haja consenso sobre o tema, o Colendo Superior Tribunal de Justiça adotou esse posicionamento em mais de uma oportunidade, em julgamentos na Primeira e Segunda Turmas:

“TRIBUTÁRIO - REPERCUSSÃO - CONTRIBUINTE DE FATO - RESTITUIÇÃO - LEGITIMIDADE - CTN ART. 166. O contribuinte de fato está legitimado para reclamar a devolução do tributo indevidamente recolhido pelo contribuinte de direito. Assim dispõe, a contrário senso, o art. 166 do CTN.” (REsp nº

276469, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 01/10/2001)

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ERRO MATERIAL - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO. 1. Erro material no julgamento do recurso especial, no qual se discutiu a legitimidade do substituto tributário e não a do contribuinte de fato. 2. O consumidor de fato que assume o ônus econômico do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica está legitimado a pleitear a repetição do indébito da exação que lhe desfalcou o patrimônio (precedentes do STJ). 3. Embargos de declaração acolhidos para rejulgar o recurso especial e negar-lhe provimento.” (EDcl no REsp nº 209485, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 01/09/2003)

Pelo exposto, rejeito a preliminar argüida pelo impetrado, por entender que o contribuinte de fato (consumidor final) tem legitimidade para reclamar em juízo a repetição ou compensação do ICMS, embutido na fatura de serviços, que reputa indevidamente recolhido ao Fisco pelo contribuinte de direito (fornecedor de energia elétrica e serviços de telecomunicações).

É como voto.

* * *

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR ALEMER FERRAZ MOULIN:

Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

* * *

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTÍSSIMOS DESEMBARGADORES:

MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU;
FREDERICO GUILHERME PIMENTEL;
MANOEL ALVES RABELO;
PAULO NICOLA COPOLILLO;
SERGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA;
ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON;
ANNIBAL DE REZENDE LIMA;
JORGE GOES COUTINHO;
ROMULO TADDEI;
SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA;
ARNALDO SANTOS SOUZA;
ALINALDO FARIA DE SOUZA;
CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL;
JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS;
CARLOS ROBERTO MIGNONE;
ABGAR TORRES PARAÍSO.

* * *

VOTO

PRESCRIÇÃO

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Requer o impetrante a compensação ou restituição do ICMS recolhido indevidamente, dentro do prazo prescricional de 10 (dez) anos, atualizados monetariamente pela SELIC, acrescidos de juros moratórios e compensatórios legais.

Por seu turno, a autoridade impetrada argúi a prescrição quinqüenal dos créditos tributários, com fulcro no Decreto nº 20.910/32 (art. 1º), que estabelece o prazo para o ajuizamento de ação contra a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal.

A questão, porém, deve ser resolvida à luz das Súmulas nºs 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais, respectivamente, “**o mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança**” e a “**concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria**”.

Assim, na via estreita do presente *mandamus*, somente poderão ser restituídos ou compensados os créditos tributários indevidamente recolhidos a partir da data da impetração (12 de maio de 2004), se acolhido o pedido principal, concedida a segurança.

* * *

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR ALEMER FERRAZ MOULIN:

Acompanho o voto da Eminente Relatora, rejeitando a preliminar.

* * *

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTES DESEMBARGADORES:

MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU;
 FREDERICO GUILHERME PIMENTEL;
 MANOEL ALVES RABELO;
 PAULO NICOLA COPOLILLO;
 SERGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA.

* * *

O SR. DESEMBARGADOR ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON:

Eminente Presidente.

Gostaria que a Eminente Relatora lesse para mim o pedido do mandado de segurança.

O SR. DESEMBARGADOR ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON:

Eminente Presidente, se a Desembargadora Relatora me permitir, gostaria de fazer um esclarecimento.

Pelo que depreendi da leitura do pedido, o mandado de segurança não visa apenas a obtenção de direito de crédito ou repetição de débitos de prestações passadas, pede-se, também, a declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de determinada alíquota para fim de prevenir, inclusive, cobranças futuras. Então, o mandado de segurança visa a efeitos pretéritos, presentes e futuros.

No voto preliminar, a Eminente Desembargadora Relatora está rejeitando a preliminar de descabimento do *mandamus* porque o mandado de segurança não visa simplesmente a cobranças pretéritas.

* * *

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

O que estão querendo no pedido principal é redução de alíquotas, de 25 para 12%. Esse é o pedido principal.

* * *

O SR. DESEMBARGADOR ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON:

A Desembargadora Relatora está rejeitando, dizendo que as Súmulas do STF que vedam efeitos patrimoniais retroativos é que devem ser aplicadas. Se concedida a segurança, segundo entendi, então os efeitos serão para frente.

Acompanho o voto da Eminente Relatora.

* * *

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:

A preliminar é de prescrição com referência a importâncias anteriores?

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Com relação ao ICMS recolhido retroativamente, porque eles só poderiam ser restituídos ou compensados a partir da data da impetração. Não há como se pagar, em mandado de segurança, o valor retroativo.

* * *

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:

O que está me chamando a atenção é essa preliminar de prescrição, porque entra o fator tempo.

* * *

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Sim, porque esses valores retroativos estariam prescritos no prazo de dez anos.

* * *

O SR. DESEMBARGADOR FREDERICO GUILHERME PIMENTEL:

Eminente Presidente, pela ordem.

Não seria o caso de conhecer dessa preliminar e deixar o assunto para o mérito? Entendo até que o aspecto preliminar, em mandado de segurança, segundo Sergio Sahyone Fadel, seria de certa forma caso de denegar ou conceder a segurança.

* * *

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Eminente Desembargador Frederico Guilherme Pimentel, essa matéria está sendo analisada como prejudicial porque foi argüida como preliminar, mas, realmente, é o que digo no final do voto, só se acolhido o pedido. Realmente a preliminar inclui matéria de mérito.

O SR. DESEMBARGADOR ADALTO DIAS TRISTÃO (PRESIDENTE):

Eminente Desembargadora Relatora, V. Ex^a prefere então não conhecer da preliminar?

* * *

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Acato a sugestão do Desembargador Frederico Guilherme Pimentel e não conheço da preliminar.

* * *

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR ALEMER FERRAZ MOULIN:

Acompanho o voto da Eminente Relatora, não conhecendo da preliminar.

* * *

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTES DESEMBARGADORES:

MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU;
FREDERICO GUILHERME PIMENTEL;
MANOEL ALVES RABELO;
PAULO NICOLA COPOLILLO;
SERGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA;
ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON;
ANNIBAL DE REZENDE LIMA;
JORGE GOES COUTINHO;
ROMULO TADDEI;
SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA;
ARNALDO SANTOS SOUZA;
ALINALDO FARIA DE SOUZA;
CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL;
JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS;
CARLOS ROBERTO MIGNONE;
ABGAR TORRES PARAÍSO.

* * *

VOTO

MÉRITO

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS:

Discute-se neste *mandamus*, essencialmente, a obrigatoriedade ou não da observância do princípio da seletividade pelos Estados-membros na fixação das alíquotas do ICMS, bem como a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na determinação dessas alíquotas.

Segundo o art. 155 da Constituição Federal:

“Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços; (...)”.

O preceito constitucional é de clareza meridiana, revelando a faculdade dos Estados e do Distrito Federal fixarem as alíquotas dos seus respectivos produtos ou serviços, de acordo com o critério da seletividade. Repare que o texto constitucional difere-se do inciso I do § 3º do art. 153, segundo o qual o imposto sobre produtos industrializados (IPI) ***“será seletivo, em função da essencialidade do produto”***, impondo-se nesse caso ao ente tributante a observância do princípio invocado. No dizer do Professor LUCIANO AMARO, *“a seletividade, obrigatória para o IPI, é permitida em relação ao ICMS (art. 155, § 2º, III)”*

(in Direito tributário brasileiro, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146).

Os Estados e o Distrito Federal, portanto, no âmbito da competência tributária que lhes é atribuída pela Carta Magna, têm a liberdade de determinar as alíquotas do ICMS, obedecidos os limites mínimo e máximo fixados por Resolução do Senado Federal (CF, art. 155, § 2º, V), como o fez o Estado do Espírito Santo, através da Lei nº 7.000/2001.

Sob esse prisma, a ingerência do Judiciário na fixação das alíquotas do tributo estadual, atuando como legislador positivo, representaria grave ofensa ao princípio da separação dos poderes, norma fundamental da República Federativa do Brasil.

A respeito da limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado em face do princípio da reserva de lei formal, vale conferir julgado oriundo do Excelso Supremo Tribunal Federal (RE nº 322348 AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJU de 06/12/2002):

“A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo.”

Assinale-se, outrossim, que a ação mandamental não é substitutiva das ações de controle abstrato de constitucionalidade, encontrando a pretensão do impetrante óbice no enunciado da Súmula nº 266 do Excelso Supremo Tribunal

Federal, em cujos termos **“não cabe mandado de segurança contra lei em tese”**.

Assim, não vislumbro a inconstitucionalidade da norma estadual que fixou a alíquota do ICMS em 25% (vinte e cinco por cento) sobre o fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações, nos limites determinados por resolução do Senado Federal, inexistindo direito líquido certo a amparar a impetração do *mandamus*.

Pelo exposto, denego a segurança pleiteada, ficando prejudicada a arguição de prescrição quinquenal dos créditos tributários reclamados.

É como voto.

* * *

VOTO

O SR. DESEMBARGADOR ALEMER FERRAZ MOULIN:

Eminente Presidente.

Ouvi atentamente o minucioso voto proferido pela Desembargadora Relatora, Catharina Maria Novaes Barcellos, e não tenho a menor dúvida em acompanhar seu entendimento, denegando a segurança.

* * *

O SR. DESEMBARGADOR ROMULO TADDEI:

Eminente Presidente, pela ordem.

Gostaria que a Eminente Relatora me informasse qual é o ramo de atividade desta empresa.

* * *

A SR^a DESEMBARGADORA CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS (RELATORA):

Trata-se de uma Associação Médica, Eminente Desembargador Romulo Tadei.

* * *

VISTA

O SR. DESEMBARGADOR ROMULO TADDEI:

Respeitosamente, peço vista dos autos.

* * *

VOTO

(PEDIDO DE VISTA)

O SR. DESEMBARGADOR ROMULO TADDEI:

Eminente Presidente, Egrégio Tribunal.

Trata-se de Mandado de Segurança coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Sindicato de Estabelecimentos de Serviço de Saúde do Estado do Espírito Santo contra ato praticado pelo Secretário da Fazenda, visando à redução da alíquota de ICMS fixada pela Lei Estadual nº 1.090/2002 ao patamar de 25% para 12% sobre fornecimento de energia elétrica e serviço de telecomunicação e outros. No final pede a compensação desses tributos.

Em bem lançado voto, a Eminente Desembargadora Catharina Maria Novaes Barcellos, ao concluí-lo, está a denegar a Segurança pleiteada, ficando prejudicada a prescrição quinquenal dos créditos tributários reclamados.

Sr. Presidente, Eminentíssimos Pares, não tenho absolutamente nada a acrescentar a esse voto, pois é conciso com fundamentação jurídica.

Prazerosamente acompanho o voto da Eminente Relatora.

* * *

VOTOS

O SR. DESEMBARGADOR SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA:

Também denego a Segurança, acompanhando o entendimento esposado pela digna Relatora.

O SR. DESEMBARGADOR ARNALDO SANTOS SOUZA:
Voto no mesmo sentido, Sr. Presidente.

* * *

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTES DESEMBARGADORES:

ALINALDO FARIA DE SOUZA;
CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL;
JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS;
CARLOS ROBERTO MIGNONE;
ELPÍDIO JOSÉ DUQUE.

3.3.2 EMENTÁRIO – TJES

MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER - MATÉRIA DE MÉRITO - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO NÃO CONHECIDA - CONCURSO PÚBLICO - MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS DO CORPO DE BOMBEIROS - APROVAÇÃO DENTRO DO LIMITE DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO - SEGURANÇA DENEGADA.

1. Não se conhece da preliminar de carência da ação por ausência de comprovação de ilegalidade ou abuso de poder, uma vez que a matéria diz respeito ao mérito do mandado de segurança.
2. Consoante entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, a aprovação em concurso público não obriga a Administração a nomear o candidato, gerando para este apenas uma expectativa de direito. Cabe, assim, ao administrador público, o juízo sobre o interesse e conveniência no provimento das vagas ofe-

recidas no edital de abertura do concurso. Precedentes. Segurança denegada.

(MS 100.02.000437-8, Rel. Des. CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 12.09.2005, DJ 27.09.2005)

MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO - POLICIAL MILITAR - EXCLUSÃO DOS QUADROS DA POLÍCIA A BEM DA DISCIPLINA - GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ASSEGURADAS - FORMAÇÃO DO CONSELHO DISCIPLINAR DE ACORDO COM OS PRECEITOS CONTIDOS NA LEI Nº 3.206/78 - RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA INDEPENDENTEMENTE DA RESPONSABILIZAÇÃO NA ESFERA PENAL - INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS - SEGURANÇA DENEGADA.

- I. Havendo a devida observância da Legislação aplicável à situação fática deduzida nos autos, quanto à formação do Conselho Disciplinar, e, ainda, tendo sido observados os princípios do devido processo legal, afasta-se as alegações do impetrante ao apontar máculas no processo administrativo instaurado a seu desfavor.
- II. Responsabilidade administrativa configurada e que independe da conclusão no âmbito penal em razão da denominada independência entre as respectivas instâncias.
- III. Segurança denegada.

(MS 100.02.002287-5, Rel. Des. CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL, Rel. Substituto ALDARY NUNES JUNIOR, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 29.08.2005, DJ 27.09.2005)

MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INTEMPESTIVIDADE: REJEITADAS - MÉRITO: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INATIVOS E PENSIONISTAS - POSSIBILIDADE - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03 - CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO EXCELSO TRIBUNAL SUPREMO - DELINEAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO SUSTENTADO PELO IMPETRANTE APTO A LHE PROTEGER POR UM CERTO LAPSO TEMPORAL - IMPETRAÇÃO EFETIVADA ANTES MESMO QUE A LEI COMPLEMENTAR Nº 282/04 SURTISSE EFEITOS NO ÂMBITO ESTADUAL - SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Afastam-se as argumentações suscitadas pela autoridade impetrada, tendo em vista que o Instituto de Previdência e Assistência Jerônimo Monteiro destaca-se como destinatário da contribuição previdenciária efetivada pelo impetrante.
2. Rejeitada a preliminar quanto à possível intempestividade da ação mandamental, tendo em vista que o ato apontado como violador de direito líquido e certo se renova a cada mês, caracterizando-se como aqueles atos de trato sucessivo.
3. A constitucionalidade da taxa dos inativos, no que se refere à contribuição previdenciária, nos moldes da Emenda Constitucional nº 41/03, já fora aferida pelo Supremo Tribunal Federal.
4. Impetração efetivada antes mesmo da Edição da referida emenda.
5. Direito aduzido como líquido e certo devidamente caracterizado por um lapso temporal, compreendido entre as datas em que fora impetrado o presente *mandamus* e da data da entrada em vigor da Lei Complementar que trata da matéria no âmbito Estadual.

6. Segurança parcialmente concedida a fim de que se proteja o direito líquido e certo sustentado pelo impetrante desde a data de impetração do *mandamus* até a data em que a Lei Complementar nº 282/04 começara a surtir efeitos no âmbito do Estado do Espírito Santo.

(MS 100.03.003528-9, Rel. Des. CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL, Rel. Substituto ALDARY NUNES JUNIOR, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 05.09.2005, DJ 27.09.2005)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E CERCEAMENTO DE DEFESA. IRREGULARIDADES NÃO COMPROVADAS. SEGURANÇA DENEGADA.

A Impetrante não logrou comprovar a existência de qualquer irregularidade no procedimento do Processo Administrativo Disciplinar, que foi legalmente instaurado, tendo prosseguido em conformidade com as determinações normativas existentes, que acabaram por concluir pela prática das irregularidades citadas, culminando com a suspensão da Impetrante.

Sendo assim, não cabe ao Poder Judiciário, em sede de mandado de segurança, adentrar a análise do mérito do ato administrativo que concluiu pela punição da Impetrante, sob pena de violação ao princípio constitucional da independência dos Poderes.

Segurança denegada à unanimidade.

(MS 100.04.001425-8, Rel. Des. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 12.09.2005, DJ 27.09.2005)

MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - ATO ATACADO DE ATRIBUIÇÃO

DO DIRETOR DO INSTITUTO ESTADUAL DE SAÚDE PÚBLICA - ACOLHIDA.

1. O Egrégio Tribunal de Justiça não tem a competência originária para apreciar e julgar Mandado de Segurança impetrado em face de suposto ato coator cometido pelo Diretor do IESP.
2. Tal afirmativa encontra arrimo, nos artigos 5º, 6º e 8º da Lei n.º 4317/90, e artigo 109, inciso I, alínea “b”, da Constituição Estadual e artigo 50, alínea “d”, do nosso Regimento Interno, que não prevêm a competência originária deste Egrégio Tribunal de Justiça para processar e julgar atos cometidos pela apontada Autoridade coatora.
3. Assim, devem os autos serem remetidos ao MM. Juiz Distribuidor de Vitória, para que se proceda a distribuição dos autos a uma das Varas dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, conforme precedentes desta Corte. Preliminar acolhida.

(MS 100.04.001873-9, Rel. Des. JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 12.09.2005, DJ 27.09.2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO – SUPRESSÃO DE PAGAMENTO – LEI ESTADUAL Nº 5.859/99.

A supressão do pagamento do “auxílio-alimentação”, nos termos da Lei Estadual nº. 5.859/99, não viola os princípios constitucionais do direito adquirido, da irredutibilidade salarial e da isonomia jurídica em razão do caráter indenizatório e transitório da referida vantagem pecuniária que, a rigor, não se incorpora aos vencimentos do servidor público. (AI 024.04.901122-4, Rel. Des. ANNIBAL DE REZENDE LIMA, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 19.07.2005, DJ 27.09.2005)

APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA;

1. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA, REJEITADA;
2. MÉRITO: REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE VALORES PAGOS À EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTO;
 - 2.1 DISCUSSÃO ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA PELOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA CONCESSIONÁRIA - COMPULSORIEDADE DA LIGAÇÃO DOS IMÓVEIS AO SISTEMA GERAL DE ÁGUA E ESGOTO MUNICIPAL (ART. 102, DO CÓDIGO DE OBRAS MUNICIPAL) - REMUNERAÇÃO COMO NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA DE TAXA (INC. II, DO ART. 145, DA CF; ARTIGOS 77 E 79, DO C.T.N.) - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS;
 - 2.2 TESE DE QUE A COBRANÇA TARIFÁRIA ENCONTRA RESPALDO NA LEI MUNICIPAL Nº 261/71 E DECRETO Nº 82.587/95 - INAPLICABILIDADE DE TAIS DIPLOMAS LEGAIS;
 - 2.3 TARIFA MÍNIMA - QUESTÃO NÃO DEBATIDA NOS AUTOS - NÃO CONHECIMENTO - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA;
 - 2.4 REPETIÇÃO DO INDÉBITO INTEGRAL - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - IMPOSSIBILIDADE;
 - 2.5 REMESSA DO CÁLCULO DO VALOR DO INDÉBITO PARA SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO - DECISÃO ACERTADA DO JUÍZO A QUO;

- 2.6 ALEGAÇÃO DE IGUAL TRATAMENTO, NA SENTENÇA, ENTRE OS VALORES A SEREM OBJETO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DAQUELES OBJETO DE LEVANTAMENTO - INDIVIDUALIZAÇÃO INOPORTUNA;
- 2.7 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM BASE NO VALOR DA CAUSA - DECISÃO EQUIVOCADA;
- 2.8 RECURSO DE APELAÇÃO DA CESAN IMPROVIDO E APELO DA CENTRO LESTE CONSTRUÇÕES E REPAROS NAVAIS LTDA. PROVIDO PARCIALMENTE - SENTENÇA REFORMADA APENAS QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Tendo a apelante efetivamente impugnado a sentença recorrida, rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por ausência de impugnação específica;

Se o serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado compulsoriamente dos administrados, sem possibilitar-lhes rejeitar o seu pagamento mediante a não utilização, torna-se evidente sua natureza tributária. A natureza jurídica da remuneração percebida pelas concessionárias pelos serviços públicos prestados é a mesma daquela que o poder concedente receberia, se os prestasse diretamente;

Não sendo a hipótese de cobrança de tarifa, mas sim de taxa, inaplicável à hipótese a lei municipal nº 261/71 e decreto federal nº 82.587/75;

Matéria não discutida nos autos não pode ser conhecida no juízo *ad quem*, sob pena de supressão de instância;

É indevida a repetição de indébito integral, sob pena de enriquecimento ilícito, se a parte beneficiou-se do serviço, havendo comercializado a água que recebeu, após transformar seu estado;

Demandando a sentença recorrida a produção de provas visando estabelecer o *quantum* realmente devido, a título de repetição de indébito, correta a decisão monocrática que remeteu a questão para liquidação por artigos;

É inoportuna a individualização entre os valores a serem objeto de repetição de indébito daqueles objeto de levantamento, se o crédito devido a título de repetição de indébito somente será apurado quando da liquidação da sentença;

Havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o respectivo valor e não sobre o atribuído à causa;

Apelo da concessionária apelante improvido. Recurso da empresa apelante provido parcialmente para reformar a sentença, apenas quanto aos honorários advocatícios.

(Ap. Civ. 004.04.900021-1, Rel. Des. ARNALDO SANTOS SOUZA, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 28.06.2005, DJ 30.08.2005)

PROCESSUAL CIVIL. REMESSA EX-OFFICIO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. PRELIMINAR DE OFÍCIO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE E DE FALTA DE INTERESSE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACOLHIDA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. MÉRITO: VALOR DA JUSTA INDENIZAÇÃO DE ACORDO COM A PERÍCIA TÉCNICA REALIZADA BASEADO NOS VALORES CORRENTES NO MERCADO IMOBILIÁ-

RIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 27, § 1º, DO DEC-LEI 3.365/41. JUROS MORATÓRIOS. CONTAGEM A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. JUROS COMPENSATÓRIOS. DESCABIMENTO. NÃO IMISSÃO PRÉVIA NA POSSE.

1. Carece o Ministério Público de legitimidade e interesse recursal para impugnar a sentença recorrida, já que a demanda que a motivou tem natureza expropriatória, não sendo obrigatória a intervenção ministerial. A destinação que será dada ao imóvel objeto da desapropriação em nada influi no caráter da ação, que continua sendo exclusivamente patrimonial.
2. É de se rejeitar a preliminar de nulidade da sentença, eis que não restou evidenciada a ofensa ao artigo 535, inciso II, do C.P.C.
3. O valor da justa indenização deve ser aquele encontrado pelo *expert*, qual seja: 209.279,60 (duzentos e nove mil, duzentos e setenta e nove reais e sessenta centavos), eis que os critérios adotados pelo perito oficial para fixação do valor da indenização se basearam nos valores correntes no mercado imobiliário, conforme entendimento da jurisprudência, não havendo motivo para reputá-lo injusto.
4. Os honorários advocatícios, nos termos do artigo 27, § 1º, do Dec-Lei 3.365/41 devem ser fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º, do art. 20, do CPC. Nesses termos, tenho como razoável a fixação dos honorários advocatícios em 4% (quatro por cento) sobre a diferença da condenação, levando-se em conta fatores como o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo despendido para o serviço.

5. Os juros moratórios, nos termos da súmula 70, do Superior Tribunal de Justiça, devem ser contados somente a partir do trânsito em julgado da sentença.
6. Descabe a condenação do ente público no pagamento de juros compensatórios, uma vez que não houve imissão prévia na posse do imóvel objeto da desapropriação.

(Remessa Ex-officio 021.98.013009-6, Rel. Des. ARNALDO SANTOS SOUZA, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 17.05.2005, DJ 30.08.2005)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASTREINTES. EXIGIBILIDADE. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. POSSIBILIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO.

Ao contrário do que argumenta o agravante, a exigibilidade das *astreintes* somente ocorre a partir do trânsito em julgado da obrigação principal, haja vista a possibilidade de reforma da sentença que determinou o seu pagamento em caso de descumprimento da obrigação. Recurso improvido.

(AI 035.05.900129-3, Rel. Des. ROMULO TADDEI, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 09.08.2005, DJ 26.08.2005)

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - OBEDIÊNCIA - DEFICIENTE FÍSICO - INSUFICIÊNCIA DE VAGA - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Edital é a Lei do concurso e as suas cláusulas devem ser respeitadas, obrigando os candidatos e a Administração Pública, que não pode nomear candidata classificada além do número de vagas existentes e aquém da quota reservada para portadores de deficiência. Sentença mantida.

(Ap. Civ. 048.02.001993-0, Rel. Des. JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 01.02.2005, DJ 07.03.2005)

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR MUNICIPAL - FALTAS - DESCONTOS EM SEUS VENCIMENTOS - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO.

É legal o ato da Administração Pública que, agindo em conformidade com a lei, efetuou descontos nos vencimentos do impetrante por faltas injustificadas ao serviço. Recurso não provido.

(Ap. Civ. 068.02.000233-0, Rel. Des. JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 14.12.2004, DJ 07.03.2005)

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PREPARO - REJEITADA - TRABALHO TEMPORÁRIO - ART. 37, II, CF - ENUNCIADO N° 363 TST - ATO ADMINISTRATIVO NULO - EFEITOS FINANCEIROS - HORAS EXTRAS - AUSÊNCIA DE PROVA - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Inocorrente impugnação da parte adversa e ante o silêncio do juiz da causa, que não indeferiu o benefício da assistência judiciária requerido, passou este a gozar do benefício, sendo inviável seu posterior indeferimento. Preliminar rejeitada.
2. A investidura no serviço público, seja como estatutário, seja como celetista, depende de aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CR), ou por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, con-

forme preceitua o artigo 2º, incisos II e IV da Lei Federal n.º 8.745/93.

3. A teor do Enunciado nº 363 do TST, a contratação irregular, sem concurso público, é nula, assegurando ao obreiro apenas os salários pelos dias trabalhados.
4. Faz jus o obreiro a percepção do salário em sentido estrito, bem como ao recebimento de 13º salário, terço constitucional de férias e demais direitos constitucionais assegurados ao trabalhador.
5. Pela supremacia dos princípios da indisponibilidade e da legalidade estrita, ínsitos à administração pública, só quando sobejamente comprovada a jornada extraordinária é que pode dar-se o pagamento correspondente. *In casu*, o obreiro não se desincumbiu de provar o trabalho realizado em períodos extraordinários.
6. Recurso provido parcialmente. Sentença reformada.
(Ap. Civ. 067.04.900010-1, Rel. Des. ALINALDO FARIA DE SOUZA, Rel. Substituto CARLOS SIMÕES FONSECA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 16.11.2004, DJ 03.03.2005)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO - REJEITADA - DECADÊNCIA - PROVENTOS DE INATIVIDADE - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - DECRETO DE APOSENTAÇÃO - ATO CONCRETO - FLUÊNCIA DO PRAZO - NÃO SE APLICA A TEORIA DO TRATO SUCESSIVO - DECADÊNCIA RECONHECIDA.

1. Apesar do pagamento dos proventos ser realizado pelo IPAMV, quem determina a inclusão ou não das verbas e dos descontos nos proventos das aposentadorias é o Secretário Municipal de Administração,

juntamente com o Prefeito Municipal de Vitória. Sendo assim, o ente municipal é legítimo para figurar no pólo passivo da lide em referência.

2. Considera-se o início do prazo decadencial para interposição da via mandamental (art. 18, da Lei n 1533/51), a publicação do Decreto do Chefe do Executivo Estadual que determinou a aposentadoria do servidor, no nível e referência pertinentes e com os proventos calculados pelo setor competente. Sendo este ato de aposentação objetivo e concreto, não há como se falar na teoria da “prestação de trato sucessivo” ou, sequer, em ato omissivo, porquanto o recebimento dos vencimentos se dá mês a mês, mas o ônus pela sua diminuição ocorreu a partir da publicação do supracitado decreto. Precedentes do STJ.
3. *In casu*, o prazo decadencial passou a correr a partir da data que o ato de aposentação foi publicado no Jornal “A Gazeta”, ou seja, dia 26 de novembro de 2003, encerrando-se, desta feita, em 26 de março de 2004. O Mandado de Segurança originário deste recurso foi ajuizado em 11 de novembro de 2004 (fl. 29), sendo, por tal fato, absolutamente intempestivo.
4. Decadência reconhecida.

(AI 024.05.900019-0, Rel. EWERTON SCHWAB PINTO JÚNIOR, Rel. Designado Des. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 12.07.2005, DJ 26.09.2005)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONCESSÃO EFEITO ATIVO - ARTIGO 6º, § 2º, LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 109/97 - DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE - ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO COM ATÉ 24

ANOS - PROMULGAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 9.717/98 - MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O § 2º do artigo 6º da Lei Complementar Estadual nº 109/97 prevê o benefício da pensão por morte para o dependente que seja estudante universitário, tenha até 24 anos e não exerça atividade remunerada.
2. O disposto no artigo 5º da Lei Federal nº 9.717/98 não obsta a concessão do benefício previsto no referido § 2º do artigo 6º da Lei Complementar Estadual nº 109/97.
3. Diante da ausência de novos elementos capazes de ensejar mudança no entendimento inicial, a decisão que antecipou os efeitos da tutela pretendida no agravo de instrumento deve ser mantida até manifestação final da Câmara.
4. Agravo regimental que se nega provimento.

(AReg.AI 024.05.900290-7, Rel. Des. ALINALDO FARIA DE SOUZA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005)

MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADA - ATO DISCRICIONÁRIO - DEPENDE DE AVALIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO - SEGURANÇA DENEGADA.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva: é da autoridade apontada como coatora o indeferimento da postulação de compensação feita pela impetrante. Preliminar rejeitada.
2. Preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir: há prova pré-constituída do crédito que pretende compensar, uma vez nos autos escritura pú-

blica de cessão de direitos creditórios provenientes de precatórios outorgada à impetrante por Mairce Silva Lisboa, credora do Estado do Espírito Santo, tendo sido ainda trazidas pela impetrante planilhas dos seus débitos, fornecidas pela Secretaria de Estado da Fazenda. Preliminar rejeitada.

3. Mérito: fundada a pretensão na disposição contida no art. 7º da Lei Estadual nº 7.249/02, acolhe-se a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a autorização dada à Procuradoria Geral do Estado não é uma determinação, mas, uma faculdade, dentro da discricionariedade da atividade administrativa, de analisar, dentro dos critérios da conveniência e oportunidade, e aceitar ou não a compensação dos créditos. À parte a consideração pelo Sr. Governador de que inconstitucional a norma, questão que não está aqui em discussão, das próprias informações prestadas pelo Sr. Secretário de Estado da Fazenda ao relatar sua preocupação com as finanças do Estado no quadrante em que autorizada a compensação pela Lei referida, delas se pode extrair claramente a abordagem quanto à inoportunidade e inconveniência para a Administração da compensação autorizada e postulada pela impetrante. Segurança denejada, merecendo registro que indeferida, ao seu tempo, a liminar postulada neste *writ*.

(MS 100.04.000035-6, Rel. Des. CARLOS ROBERTO MIGNONE, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 29.08.2005, DJ 30.09.2005)

**NORMAS PARA PUBLICAÇÃO
DE ORIGINALS À REVISTA**



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquetes de 3,5 polegadas, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- II - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *virgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *virgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
--

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica etc.

Todo trabalho será passível de revisão lingüística, formal e metodológica, pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em conseqüência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as idéias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 200__.

O Conselho Editorial se reserva ao direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.



PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO

GOVERNO DO ESTADO

ESPÍRITO SANTO

A HORA É ESSA