

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 5, n. 5, 1º/2º sem. 2006



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
Rafael Induzzi Drews

EQUIPE TÉCNICA:
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Isabela Bessa
Vera Caser

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Hesio Pessali
Projeto gráfico: Contemporânea
Capa: Wanda Ribeiro
Editoração: Bios
Impressão: GSA Gráfica e Editora

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2006. 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, 7º and. – Centro
29.010-150 Vitória – ES
Fone: (27) 3380-3032
Home page: www.pge.es.gov.br
E-mail: revista@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

SUMÁRIO

Apresentação	11
Editorial	15

1 DOCTRINA

1.1 Limites da responsabilidade de agente político por descumprimento de "deveres instrumentais previdenciários": uma análise do art. 41 da lei nº 8.212/91	21
<i>Cristiane Mendonça</i>	
1.2 Comentários à penhora <i>on line</i> aplicada às execuções fiscais	45
<i>Gustavo Luís Teixeira das Chagas</i>	
1.3 Os princípios da legalidade, da verdade material e do inquisitório perante a atividade administrativa de lançamento tributário	65
<i>Henrique Rocha Fraga</i>	
1.4 A regulação jurídica dos serviços públicos de educação: aspectos contemporâneos da municipalização do ensino fundamental	85
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.5 O novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição e os velhos problemas hermenêuticos no campo jurídico brasileiro	113
<i>Nelson Camatta Moreira</i>	
1.6 Ensaio sobre as contribuições do sistema tributário nacional: enfoque a partir da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados e da regra-matriz de incidência	163
<i>Rodrigo Francisco de Paula</i>	
1.7 O "direito penal do inimigo" e o "direito penal do <i>homo sacer da Baixada</i> ": exclusão e vitimação no campo penal brasileiro	209
<i>Thiago Fabres de Carvalho</i>	
1.8 A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais	259
<i>Rodrigo Klippel e Elvivo Ferreira Sartório</i>	

2 PARECERES

2.1 Convênio para financiamento de telefonia fixa com recursos estaduais	279
<i>Gabriel Boavista Laender</i>	

2.2	Prescrição do crédito tributário. Inadimplemento de parcelamento administrativo. Necessidade de ato concreto do Fisco para o restabelecimento do curso do prazo prescricional. Intelecção conjugada dos artigos 151, VI e 174 do CTN. Perda da eficácia da súmula 248 do TFR	297
	<i>Claudio Penedo Madureira</i>	
2.3	Análise da constitucionalidade do art. 43 da lei estadual nº 7.000/2001 e do inciso I do art. 51 do decreto nº 1.090-R/2002. Legitimidade da suspensão do cadastro de contribuinte do ICMS	339
	<i>Bruno Colodetti</i>	
2.4	Legalidade da multa aplicada após o início do procedimento tendente a extinguir o crédito tributário através de dação em pagamento de bem móvel	369
	<i>Leonardo Gustavo Pastore Dyna</i>	

3 JURISPRUDÊNCIA

3.1	Supremo Tribunal Federal	385
3.1.1	Acórdãos na íntegra	385
3.1.1.1	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.033/2003, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE INSTITUIU O SELO DE CONTROLE DOS ATOS DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, PARA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DAS ATIVIDADES DOS NOTÁRIOS E DOS REGISTRADORES, BEM COMO PARA OBTENÇÃO DE MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA QUANTO À AUTENTICIDADE DOS RESPECTIVOS ATOS	385
3.1.1.2	RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO	419
3.2	Superior Tribunal de Justiça	425
3.2.1	Acórdãos na íntegra	425
3.2.1.1	PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, § 3º E 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA	

DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO	425
3.2.1.2 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFRMM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. CONVERSÃO EM RENDA. PRECEDENTES	436
3.2.1.3 PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL. NULIDADE DE LICENCIAMENTO. INSTALAÇÃO DE RELAMINADORA DE AÇOS. LEIS 4.771/65 E 6.938/81. ATUAÇÃO DO IBAMA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA	442
3.3 Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo	452
3.3.1 Ementários	452
3.3.2 Decisão monocrática	474

ANEXO

Normas para Publicação	485
------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

A jovem sociedade brasileira, com pouco mais de quinhentos anos de idade, precisa mudar. O amadurecimento e a conscientização tardios de muitos de seus membros, sobretudo daqueles que têm a missão de conduzir a *res publica*, vêm trazendo conseqüências muito duras e devastadoras para um contingente imenso de pessoas, que passivamente aguarda a vinda de tempos melhores.

Há mais de dois mil anos ARISTÓTELES já preconizava que o Estado se coloca antes de cada indivíduo, na medida em que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte¹. Segundo ele, a natureza compele todos os homens a se associarem usando as armas da virtude e da prudência.

O vocábulo *virtude* experimenta várias significações, dentre as quais “disposição habitual para o bem, para o que é justo; excelência moral; probidade; retidão; o conjunto de todas as boas qualidades morais”. O termo *prudência*, por sua vez, designa “virtude que faz conhecer e evitar a tempo as inconveniências ou os perigos; moderação”².

Ambos os símbolos carregam em si uma carga axiológica densa, juridicizada relativamente à atuação da Administração Pública no Estado Brasileiro. O fundamento jurídico-positivo de validade – a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – prescreve, por exemplo, a **moralidade** como princípio que informa a atuação administrativa. Tal comando principiológico é densificado em diversos diplomas normativos infraconstitucionais, dentre os quais a Lei n.º 8.429 de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

¹ ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995. p. 15.

² AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1968. p. 4237 e p. 3304.

É importante notar que tais valores, despejados pelo legislador pátrio no sistema normativo brasileiro, antes de passarem a integrar o “mundo do dever-ser” foram reconhecidos no plano das relações sociais como relevantes ao ponto de constituir verdadeira diretriz para a atuação dos agentes públicos.

A antiga lição do filósofo grego, incorporada à ordem jurídica pátria, parece ainda não ter produzido o eco desejado do lado de cá na *Terra Brasilis*, onde constantemente a parte assume o papel de protagonista na difícil trajetória da cansada sociedade, que há muito vive a reboque de planos e de projetos que não são seus e que presencia cotidianamente descabros morais no plano da administração pública com recursos que pertencem a todos os brasileiros.

A tarefa de colocar o todo antes da parte apenas se concretiza quando a atuação estatal está afinada com as necessidades e as expectativas de um povo. A história da política brasileira vem catalogando sucessivos e tristes descompassos entre o que o Estado (por meio das suas diferentes porções orgânicas) *faz* e o que o povo *quer*.

A concretização da vontade popular é a pedra angular de um Estado Democrático de Direito. Quem decide atuar na tessitura de um Estado que se intitule Democrático – seja como servidor público, seja como agente político – deve ser guiado pela idéia de que as ações e as decisões decorrentes do exercício de sua função têm um único e insubstituível destinatário: o POVO.

Se por um lado, não cabe discorrer, nestas poucas linhas das páginas introdutórias da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, sobre as razões (filosóficas, antropológicas, sociológicas e econômicas) para que o cenário político nacional ainda destoe tanto, em pleno Século XXI, do que a Carta Magna de 1988 estabelece e do que o povo espera ver, por outro, cabe, até como dever, atestar nos últimos dias na direção do “Escritório Público de

Advocacia Capixaba”, que a prudência e a virtude têm sido características muito presentes nas contemporâneas ações política e administrativa do Estado do Espírito Santo. Também têm sido estas as tintas mais fortes que colorem a atuação da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

Liderado por um homem público absolutamente consciente de sua missão em favor de um tecido social esgarçado pelas mazelas cometidas num passado próximo, o Estado do Espírito Santo caminha, atualmente, em perfeita sintonia com as lições milenares do filósofo grego. O todo tem preponderado em relação à parte, por meio de diuturnas ações e decisões austeras e cautelosas.

No âmbito da Procuradoria Geral deste Estado, o arrobo e a vibração dos jovens concursados, aliados à cautela e à sólida experiência daqueles que já a integram há mais tempo, têm como resultado um órgão dinâmico e prudente, compatível com os valores que a sociedade pátria erigiu como pedras de toque que devem informar a atuação da administração pública no Estado Brasil.

Pois bem. A edição do volume 5 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é conseqüência natural do trabalho sério e determinado exercido pela Procuradoria, por meio do Centro de Estudos e Informações Jurídicas e da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. É bem verdade que se não fossem o ânimo e o entusiasmo dos articulistas e dos pareceristas que assinam os textos que integram este periódico, não seria possível a edição de mais um volume. A Revista também não seria a mesma sem o toque artístico impregnado na capa deste volume, que retrata uma cena bem corriqueira da rotina dos capixabas: a feira de Gurigica!

Quando o trabalho de todos converge para o mesmo fim e este fim é virtuoso, quem ganha é a sociedade como um todo. Os parabéns, portanto, são para todos que direta e indiretamente empregaram os seus esforços pessoais,

dando o melhor de si nas respectivas áreas de atuação, para que mais este trabalho se concretizasse.

Não há dúvidas. Sem trabalho o mundo não se modifica... Mantém as mesmas propriedades. A mudança? Depende de nós!

Vila Velha (ES), 23 de janeiro de 2007

Cristiane Mendonça

PROCURADORA GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES) chega ao volume 5, dando seqüência ao cronograma estabelecido pelo Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI).

Pela primeira vez na história da instituição, a Revista da PGE-ES é publicada logo após o volume anterior, sem que se passasse um longo tempo entre uma edição e outra.

Recordo-me que o editorial anterior destacou a dificuldade financeira e a falta de apoio político dos outros governos como empecilhos à circulação perene e constante. Agora é diferente, pois temos a promessa de que semestralmente seremos agraciados com novas e reflexivas leituras, oriundas de profissionais que compõem o quadro da advocacia pública capixaba, bem como de outros juristas que queiram colaborar.

Seguindo a tradição de privilegiar artistas plásticos capixabas, a capa da Revista retrata a belíssima obra “Feirante da Gurigica”, da artista Wanda Ribeiro, gratuitamente cedida, que simboliza a alegria e a força trabalhadora do povo espírito-santense. A criação da capa coube à Agência Contemporânea, que com excelência valorizou o trabalho da artista.

Felizmente vivemos uma nova era política na qual o estudo e a informação são considerados peças-chave para mover a máquina estatal em direção aos seus maiores desideratos constitucionais.

O desenvolvimento econômico e a justiça social tão almejados passam necessária e previamente pelo profundo debate de idéias, em que a dialética jurídica deixa de ser mera formalidade e alcança destaque propulsor na consecução de novas políticas públicas idealizadas pelo Poder Executivo, exigindo cada vez mais dos seus agentes posturas éticas e eficazes.

Os temas abordados neste volume estão voltados para esse norte e foram cuidadosamente selecionados visando a alcançar um leque de assuntos jurídicos variados, não só diretamente relacionados à vivência da advocacia pública, mas, também, privilegiando discussões outras que refletem a dinâmica social.

Por isso, fomos brindados com artigos de autoria de mestres em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS). O primeiro, de autoria do professor Nelson Camatta Moreira, relacionado à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Brasileira de 1988, após a edição da Emenda Constitucional 45/2004. O outro, de autoria do professor e advogado criminalista Thiago Fabres de Carvalho – ao tocar o dedo na ferida da novel controvérsia dogmática acerca do “direito penal do inimigo x direito penal do cidadão” – chama a atenção para a hipertrofia das leis penais excepcionais, produzidas no afã de combater a violência urbana que assola as grandes cidades.

Os professores Rodrigo Klippel e Elvivo Ferreira Sartório refletem a finalidade da aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil, recentemente acrescentado, por meio da Lei 11.277 de 8 de fevereiro de 2006, ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos tribunais superiores (TSE, STJ, STF), tema de suma importância para o deslinde dos *mandamus* que estão em trâmite judicial, sob o acicate defensivo da PGE-ES.

Merece ênfase o artigo elaborado pela Procuradora Geral do Estado, professora e doutora pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP) Cristiane Mendonça, ao destacar a incongruência sistêmica da responsabilidade do agente político por descumprimento de deveres instrumentais previdenciários estabelecidos pelo art. 41 da lei n.º 8.212/91, seja por afronta aos princípios constitucionais da fede-

ração e da autonomia municipal, seja porque também não se sustenta quando cotejado com o teor da previsão encarada no art. 137, inc. I, do Código Tributário Nacional. Como diz a autora, “o agente político que exerce regularmente o mandato político-representativo (recebido do povo por meio das eleições) não pode ser responsabilizado por infrações que venham a ser cometidas por outros órgãos (individuais ou colegiados) integrantes da estrutura administrativa da pessoa constitucional”.

O Procurador do Estado Bruno Colodetti disponibilizou consubstanciado parecer concernente à constitucionalidade do artigo 43 da lei estadual n.º 7.000/2001 e do inciso I do art. 51 do decreto n.º 1.090-R/2002, que disciplinam a suspensão do cadastro de contribuinte de ICMS, matéria que vem gerando amplo debate no âmbito da justiça estadual.

O artigo do professor de Direito Constitucional e Tributário e Procurador do Estado Rodrigo Francisco de Paula, intitulado “Contribuições do Sistema Tributário Nacional: enfoque a partir da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados e da regra-matriz de incidência”, chama-nos a atenção, pois foi o vencedor do Concurso de Monografias do II Congresso Internacional de Direito Tributário, realizado de 27 a 29 de agosto de 2003, em Recife-PE, trazendo para as terras capixabas o prêmio “Lourival Vilanova”.

Não poderia deixar de mencionar os demais trabalhos selecionados, altamente qualificados, de autoria dos procuradores do Estado Gustavo Luís Teixeira das Chagas, Henrique Rocha Fraga, Horácio Augusto Mendes de Sousa, Gabriel Boavista Laender, Claudio Penedo Madureira e Leonardo Gustavo Pastore Dyna.

Agradeço sinceramente a todos que colaboraram com a edição do presente volume, em especial a Subprocuradora Geral do Estado, Ana Maria Carvalho Lauff, a Superintendência Estadual de Comunicação Social do Estado (Secom), os membros da comissão editorial, a equipe do CEI,

o revisor e professor Hesio Pessali, a Bios Editoração Eletrônica, a equipe da Biblioteca da PGE-ES coordenada pela chefe do Núcleo de Informações Jurídicas, Claudia de Oliveira Barros Feitosa, a assessora de comunicação da PGE-ES, Vera Caser, e sua assistente, Isabela Bessa, sempre diligentes nos cumprimentos dos prazos.

Ao dileto amigo Rafael Induzzi Drews, Procurador do Estado, agradeço a pronta disposição. Mesmo impossibilitado de nos distinguir com um artigo ou parecer para a presente edição, ante a inúmeras e difíceis tarefas assumidas junto ao Gabinete da Procuradora Geral, Centro de Estudos e, mais recentemente, perante a Subprocuradoria Tributária (SPT), sua atuação foi decisiva no acompanhamento da editoração e na seleção de material doutrinário e jurisprudencial.

Por último, rendo minhas sinceras homenagens à fomentadora da Revista da PGE-ES, a Procuradora Geral do Estado, Cristiane Mendonça, que nos deixará em breve para reassumir o cargo de Procuradora do Município de Vitória, já provocando imensa saudade.

Tenho pela advogada pública e professora Cristiane Mendonça a admiração daqueles que ficam paralisados diante do seu efusivo carisma e poder de aglutinação. Guardarei da convivência fraterna que mantivemos ótimas lembranças, e a certeza de que a coisa pública é coisa séria, a ser exercida por pessoas sérias.

Bom, desejo uma agradável e instigante leitura que possa acrescentar novos conhecimentos a todos!

Até a próxima edição.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

1 DOUTRINA



1.1

LIMITES DA RESPONSABILIDADE DE AGENTE POLÍTICO POR DESCUMPRIMENTO DE “DEVERES INSTRUMENTAIS PREVIDENCIÁRIOS”: UMA ANÁLISE DO ART. 41 DA LEI Nº 8.212/91*

CRISTIANE MENDONÇA**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Deveres e relações jurídico-tributárias instrumentais. 3 Relações jurídicas sancionatórias decorrentes de descumprimento do dever contido nas relações jurídico-tributárias instrumentais. 4 Sujeição passiva das relações jurídicas sancionatórias decorrentes do descumprimento de “deveres instrumentais previdenciários” (uma análise do art. 41 da Lei n.º 8.211/91). 5 A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n.º 8.212/19 (afrenta aos princípios constitucionais da federação e da autonomia municipal). 6 Incompatibilidade do art. 41 da Lei n.º 8.212/91 com a prescrição contida no art. 137, inc. I, do CTN. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 Introdução

Aqueles que militam no âmbito da advocacia pública têm percebido a constância da atuação de diversas pessoas políticas tributantes, no sentido de erigir o agente político — muitas vezes o Chefe do Órgão-Executivo¹ — como responsável pelo descumprimento de deveres instrumentais (denominados pelo Código Tributário Nacional “obrigações acessórias”).

Ocorre que deve ser repensada a prática indiscriminada de transpassar a responsabilidade por não cumprimento

* Artigo publicado na Revista de Direito Tributário, n. 95, dez. 2006.

** Doutora em Direito Tributário e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e Procuradora Geral do Estado do Espírito Santo.

¹ Preferimos utilizar a expressão “Órgão-Executivo” em lugar de “Poder-Executivo”. As razões que embasam o uso de tal nomenclatura estão expostas no livro de nossa autoria intitulado *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. pp. 87-102).

dos deveres instrumentais para o agente político, detentor de mandato político-representativo.

Não desconsideramos que a “responsabilidade” é um dos elementos caracterizadores de um Estado Republicano². Nos Estados que adotam tal forma de governo, os mandatários deverão responder pelos atos que praticam no exercício de tão relevante função (representação da vontade popular).

Isso não permite, no entanto, que os órgãos fazendários imputem ao Chefe do Órgão-Executivo das diferentes órbitas governamentais a responsabilidade por todos os atos praticados pelas diversas porções orgânicas que perfazem a estrutura administrativa das respectivas pessoas políticas.

O sistema normativo vigente estabelece, em vários enunciados legais, a obrigatoriedade de cumprimento de deveres instrumentais ou formais também pelas pessoas jurídicas de direito público interno. A inobservância de tais deveres, no entanto, não pode ser imputada automaticamente ao “dirigente” da pessoa política que tenha cometido a referida infração. Há limites fixados no ordenamento jurídico pátrio que deverão ser observados em tais situações.

Apesar da relevância que o tema ostenta como um todo, cingiremos a nossa análise à atribuição de responsabilidade ao agente político (Chefe do Órgão-Executivo) levada a efeito pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) com base no que prescreve o art. 41 da Lei n.º 8.212/91.

2 Deveres e relações jurídico-tributárias instrumentais

O direito tributário tem como objetivo principal levar o sujeito passivo da relação jurídico-tributária — contida no conseqüente da norma individual e concreta tributária *stricto sensu* — ao cumprimento do dever de pagar determina-

² Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

da soma pecuniária ao sujeito ativo. É por intermédio da referida relação jurídica que surge o direito de o sujeito ativo (Estado) exigir do sujeito passivo (pessoa física ou jurídica) o cumprimento da prestação tributária e, concomitantemente, o dever jurídico de o sujeito passivo adimplir a obrigação relativamente ao sujeito passivo³.

Além do dever de efetuar o pagamento da obrigação tributária *stricto sensu*, os sujeitos passivos em geral também se vêem compelidos, por expressa previsão estabelecida nos diplomas normativos expedidos pelas pessoas políticas tributantes, a cumprir vários deveres — denominados instrumentais por PAULO DE BARROS CARVALHO — que se traduzem em condutas de fazer e de não-fazer.

Dissertando sobre os deveres formais ou instrumentais, PAULO DE BARROS CARVALHO afirma o seguinte:

Ladeando a obrigação tributária, que realiza os anseios do Estado, enquanto entidade tributante, dispõe a ordem jurídica sobre comportamentos outros, positivos ou negativos, consistentes num fazer ou não-fazer, que não se explicam em si mesmos, preordenados que estão a facilitar o conhecimento, o controle e a arrecadação da importância devida como tributo⁴.

Se, por um lado, algumas pessoas possuem o dever de praticar ou de se abster da prática de determinadas condutas (por força de previsão legal) com vistas ao controle da persecução tributária, por outro lado, outras pessoas (normalmente os entes tributantes) estão investidas do direito de exigir que tais comportamentos se implementem (ou se concretizem) no âmbito da realidade fática e social.

³ Antes da expedição da norma individual e concreta, inexistente relação jurídica *stricto sensu*. Existem apenas critérios, demarcados no plano da norma geral e abstrata (regra-matriz incidência), que ensejarão o surgimento da relação jurídica tributária, se se materializar o ato de aplicação do direito.

⁴ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 284-285.

Chamamos de relações jurídico-tributárias instrumentais os diversos vínculos não patrimoniais que se estabelecem entre dois sujeitos de direito (ativo e passivo) e que visam a controlar e a efetivar a arrecadação das diferentes exações fiscais. São instrumentais relativamente às relações jurídicas tributárias propriamente ditas (que unem sujeitos ativo e passivo em torno do objeto da prestação tributária em sentido estrito), porque atuam como meio para alcançar a finalidade precípua da tributação: o ingresso de receitas tributárias nos cofres públicos.

Salientamos que a natureza da relação jurídica que se estabelece neste caso é não-obrigacional⁵. A marca da patrimonialidade necessária à caracterização do vínculo tributário propriamente dito não se faz presente nos elos tributários instrumentais que vinculam os sujeitos ativos e passivos em torno de prestações positivas e negativas que congregam, respectivamente, verdadeiros deveres de fazer e de não-fazer e, de modo reflexo e necessário, direitos de exigir a prática ou a abstenção de determinada conduta.

Portanto, diferentemente do que ocorre no plano da relação jurídico-tributária *stricto sensu*, o objeto do vínculo instrumental não possui o caráter econômico. As diversas relações jurídicas instrumentais se estabelecem sem que surja em seu interior nenhum dever de pagar para o sujeito passivo.

Conceituar as “obrigações acessórias”⁶ do Código Tributário Nacional (previstas no art. 113, § 2º e § 3º) como deveres instrumentais ou formais é enfatizar o comporta-

⁵ Paulo de Barros Carvalho chama a relação jurídica de natureza obrigacional de “relação jurídica principal” e a relação jurídica de natureza não-obrigacional de “relação jurídica secundária” (*Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 155).

⁶ Considerando a patrimonialidade como elemento de toda a obrigação, inclusive a tributária, não adotamos a expressão “obrigação acessória” veiculada no CTN. O fato de os sujeitos passivos estarem obrigados, pelo ordenamento, a cumprir prestações, positivas e negativas, relativas à arrecadação e à fiscalização de tributos, não nos autoriza a falar em obrigação tributária. Vale, no entanto, consignar que há autores que enfatizam o que foi prescrito pelo legislador tributário, e concluem pela possibilidade de obrigação sem cunho patrimonial. Nesse sentido, vide José Wilson Ferreira Sobrinho (*Obrigação tributária acessória*. Porto Alegre: Fabris, p. 69) e José Souto Maior Borges (*Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 80).

mento de um dos pólos da relação jurídica instrumental, ocupado pelo sujeito passivo que possui o dever de fazer ou de deixar de fazer alguma coisa.

É bem verdade que as relações jurídico-tributárias instrumentais apenas se darão no bojo das normas individuais e concretas de aplicação das figuras normativas gerais e abstratas que as prevêm⁷. Em homenagem ao princípio da legalidade (estabelecido no art. 5º, inc. II da CRFB/88), ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Para surdirem no sistema jurídico, é preciso que as relações instrumentais sejam antevistas em normas gerais e abstratas veiculadas em LEIS editadas pelas porções orgânicas competentes das pessoas políticas tributantes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Os sujeitos de direito e o objeto da relação jurídica instrumental devem ser previamente estipulados pelo diploma legal competente.

Deixamos desde já salientado que, assim como as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas e autarquias) também podem ser (e são) erigidas pela lei como sujeitos passivos das inúmeras relações jurídico-tributárias instrumentais. Não há no âmbito doutrinário e jurisprudencial muita dúvida quanto a essa possibilidade. A questão que se interpõe para análise é sobre quem deverá recair a responsabilidade, em caso de descumprimento do dever contido no âmbito da relação jurídica meio.

A legislação previdenciária (art. 41 da Lei n.º 8.212/91) repassa para o dirigente de órgão ou de entidade da administração pública das diferentes órbitas governamentais toda

⁷ Para que a hipótese se constitua em fato jurídico, e o conseqüente se torne relação jurídico-tributária instrumental, é imprescindível a expedição de norma individual e concreta, densificadora do comando contido na norma jurídico-tributária instrumental geral e abstrata. A previsão hipotética do fato, acompanhada da correlata conseqüência, não é bastante para fazer irromper o vínculo entre sujeitos de direito em torno de um objeto.

a responsabilidade por inobservância dos deveres instrumentais nela previstos. Será que há sustentação jurídica para tal previsão legal? Antes de efetuarmos esta análise, trataremos de alguns aspectos que envolvem as relações jurídicas sancionatórias.

3 Relações jurídicas sancionatórias decorrentes de descumprimento do dever contido nas relações jurídico-tributárias instrumentais

Os deveres instrumentais, como condutas obrigatórias que são, ensejam a imputação de sanção (pecuniária ou não), em caso de descumprimento. Não nos reportamos aqui à sanção em sentido estrito, estipulada pelo Estado-Juiz, mas à sanção em sentido amplo, emitida pelo agente administrativo, quando constata o descumprimento de um dever, seja o de pagar a prestação tributária, seja o de adotar determinadas providências administrativas.

No plano tributário, as normas jurídicas sancionadoras (de estrutura bimembre que une hipótese e conseqüente) têm o escopo de apenar os sujeitos infratores que não cumprem o dever de pagar o tributo ou de cumprir determinada prestação a que está obrigado.

Tendo em vista o objeto do presente ensaio, deteremos a nossa atenção na conseqüência advinda do descumprimento dos deveres instrumentais ou formais pelo sujeito passivo da relação jurídico-tributária instrumental. De maneira ainda mais específica, analisaremos a sujeição passiva da relação jurídica sancionatória em caso de inobservância das prestações positivas e negativas afetas às contribuições previdenciárias, fixadas na Lei n.º 8.212/91.

Assim como ocorre com os deveres instrumentais, é preciso que a sanção destinada a punir aquele que praticou a conduta antijurídica seja prevista em LEI. Mais uma vez,

o princípio constitucional da legalidade impõe a inafastável necessidade de edição de lei que preveja a conduta ilícita (definindo os seus contornos) e atribua ao sujeito que a praticou a correlata penalidade.

Portanto, a norma jurídica sancionatória geral e abstrata decorrente de descumprimento de dever instrumental prevê, em sua hipótese, a ocorrência de fato antijurídico e estipula, em seu conseqüente, a penalidade ou a sanção (pecuniária ou não) que o sujeito infrator (aquele que descumpriu o dever contido na relação jurídica instrumental) sofrerá por ter praticado um ato ilícito.

Para que a conduta antijurídica praticada seja efetivamente objeto de "sanção", faz-se necessária a emissão de um ato de aplicação da norma geral e abstrata sancionadora (expedição de norma individual e concreta) que: i) dê concretude à previsão hipotética de ocorrência de fato ilícito, ii) individualize o sujeito infrator e iii) imponha a sanção que este deverá suportar por ter agido ilicitamente.

Quando o fato ilícito é veiculado na norma aplicadora, irrompe, como conseqüência da prática do ilícito e no mesmo instante, a relação jurídica sancionatória, que vincula o sujeito infrator (descumpridor do dever instrumental) ao sujeito ativo que possui o direito de exigir o cumprimento da sanção/penalidade.

Quando as pessoas políticas constitucionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) praticam atos ilícitos de descumprimento de "deveres instrumentais previdenciários"⁸ (relativos às contribuições previdenciárias), a sanção deverá ser suportada não por elas (sujeitos infratores), mas pelo dirigente do "órgão" ou da "entidade" (pessoa físi-

⁸ A expressão "deveres instrumentais previdenciários" é utilizada aqui para abarcar as prestações positivas e negativas que devem ser praticadas pelo sujeito passivo da relação tributária instrumental com vistas ao controle e à arrecadação das contribuições sociais (previdenciárias).

ca) que realizou a conduta ilícita. Como veremos, é essa a determinação contida no art. 41 da Lei n.º 8.212/91.

4 Sujeição passiva das relações jurídicas sancionatórias decorrentes do descumprimento de “deveres instrumentais previdenciários” (uma análise do art. 41 da Lei n.º 8.212/91)

Sob o pretexto de instituir o plano geral de custeio da seguridade social⁹ no Estado Brasileiro, a Lei n.º 8.212/91 – intitulada “Lei Orgânica da Seguridade Social” – estabelece em seu art. 41 o seguinte:

Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição. (Grifamos).

Com fundamento de validade nos dispositivos veiculados nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 8.212/91 foi editada objetivando organizar a seguridade social brasileira e fixar os parâmetros de seu financiamento.

Apesar de não constituírem a fonte exclusiva de financiamento da seguridade social, as contribuições sociais¹⁰ –

⁹ Nos termos fixados no texto constitucional vigente (art. 194), a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações dos “poderes públicos” e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

¹⁰ Com base nos três critérios sacados do ordenamento constitucional vigente (vinculação entre a materialidade do antecedente normativo e uma atividade estatal referida ao contribuinte, destinação específica do produto da arrecadação e restituição do montante arrecadado), entendemos que as contribuições sociais integram uma das cinco espécies tributárias (que denominamos “contribuições”), que difere das demais (impostos, taxas, contribuições de melhoria e empréstimos compulsórios). (*Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. pp. 146-154.)

previstas no art. 195 da CRFB/88 – desempenham papel determinante no fluxo de receitas que alimentam a estrutura previdenciária. Para alcançar a sua efetiva arrecadação e permitir um maior controle sobre as correlatas cobranças, vários deveres instrumentais são instituídos pela lei previdenciária.

O art. 32 da Lei n.º 8.212/91 em seus incisos estabelece, por exemplo, alguns deveres instrumentais de obrigatória observância. Entre eles, destacamos os seguintes: i) o de preparar folhas de pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a serviço do contratante; ii) lançar mensalmente em títulos próprios da contabilidade os “fatos geradores” de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições a cargo do contratante e os totais recolhidos; iii) prestar ao INSS todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de seu interesse; iv) informar mensalmente ao INSS, por meio das denominadas GFIPs (Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), todos os dados relacionados aos “fatos geradores” de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS¹¹.

Portanto, além do dever jurídico contido no conseqüente da norma jurídico-tributária em sentido estrito¹² da contribuição previdenciária, consistente no dever que o sujeito passivo possui de pagar determinada quantia ao sujeito ativo da relação jurídico-tributária (no caso, o INSS), existem também outros deveres imputados a diferentes sujeitos passivos (de fazer ou de não fazer) que não possuem a marca pecuniária, mas que têm por objetivo viabilizar o controle e a arrecadação da referida exação fiscal.

¹¹ É de se destacar que nos moldes fixados no art. 32, § 5º da Lei n.º 8.212/91 a apresentação de documento com dados não correspondentes aos “fatos geradores” sujeita o infrator à excessiva e à exorbitante multa de 100% (cem por cento) do valor devido a título de contribuição não declarada. A despeito da relevância que encampa, tal aspecto não será abordado em virtude de fugir da discussão proposta inicialmente.

¹² Regra-matriz de incidência tributária, na terminologia de Paulo de Barros Carvalho.

Pois bem. Além da relação jurídico-tributária propriamente dita (onde o objeto da prestação é determinada parcela pecuniária), prevista na norma-padrão de incidência tributária da contribuição social, várias outras relações jurídicas desprovidas de caráter patrimonial são previstas pelo diploma normativo previdenciário e fazem surgir para aqueles que figuram em seus correlatos pólos passivos inúmeros comportamentos positivos ou negativos, consistentes num fazer ou não-fazer.

Assim como ocorre com as empresas em geral, as pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) também são erigidas como sujeitos passivos das referidas relações jurídicas não-patrimoniais. Neste passo, vários deveres instrumentais ou formais instituídos pela legislação previdenciária precisam ser cumpridos pelos entes políticos constitucionais.

Não é difícil inferir que a sujeição passiva nas referidas relações jurídicas instrumentais é ocupada pela própria pessoa política detentora de personalidade jurídica (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal) que, em virtude de previsão legal, possui o dever de praticar ou de se abster da prática de alguma conduta. Já no outro pólo da relação (pólo ativo) temos o ente autárquico previdenciário federal (INSS), titular do direito de exigir a prática ou a abstenção da mencionada conduta.

Supondo a onipotência e a onipresença do administrador público, desconsiderando a autonomia política que os diferentes entes constitucionais possuem para legislar sobre as competências de seus servidores e o que prescreve o art. 137, inc. I do CTN, o art. 41 da Lei n.º 8.212/91 erige o dirigente de órgão ou de entidade da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal (pessoa física) como “sujeito passivo” da relação jurídica sancionatória decorrente de infração a qualquer um dos dis-

positivos do mencionado diploma normativo ou de seu regulamento¹³.

Em outras palavras: uma pessoa política ou uma autarquia — por meio dos seus órgãos competentes — pratica um ato ilícito de descumprimento de determinado “dever instrumental previdenciário” e o seu dirigente (pessoa física) responde pessoalmente pela conduta ilícita, ainda que não detenha competência legal para a prática do ato em relação ao qual o descumprimento enceta a sanção.

5 A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n.º 8.212/91 (afrenta aos princípios constitucionais da federação e da autonomia municipal)

Nos termos do art. 1º do sistema constitucional vigente, o Estado Brasileiro é um Estado Federal, marcado pela descentralização política e administrativa. Conforme afirma ANDRÉ RAMOS TAVARES, a auto-organização é imprescindível para a existência do federalismo¹⁴.

As pessoas políticas constitucionais atuam por intermédio de seus órgãos. As porções orgânicas que perfazem a estrutura dos diferentes entes políticos não possuem personalidade jurídica própria. É o que consigna LOURIVAL VILANOVA:

Não existe o Estado como sujeito-de-direito, e ante si o órgão, ou os órgãos, como autônomos sujeitos-de-direito. Sem órgão, não sobre-resta o Estado; sem Estado, o órgão não é órgão, sim sujeito-de-direito individual ou colegiado, ou órgão de pessoa não-pública (de uma sociedade civil ou comercial, de associação, de

¹³ Deixaremos de lado a análise desta outra impropriedade contida no art. 41 da Lei n.º 8.212/91 que, em clara ofensa à determinação contida no art. 5º, inc. II da CRFB/88, pretende fazer crer que é possível fixar penalidade ou sanção para os casos de descumprimento de dispositivos contidos em diploma normativo regulamentar, instrumento introdutor de normas inidôneo para criar deveres ou obrigações para os sujeitos de direito.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 932.

fundação, no domínio privado), ou órgão de pessoa pública não-estatal¹⁵.

Na mesma linha de abordagem, AUGUSTIN GORDILLO preleciona:

Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad expresada por éste en su nombre. (...)

El órgano, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él: no tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización¹⁶.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO equipara os órgãos a unidades representativas de atribuições do Estado:

Independentemente do fenômeno a que se vem de aludir, o certo é que o Estado, como as outras pessoas de direito público que crie, pelos múltiplos cometimentos que lhes assistem, tem de repartir os encargos de sua alçada entre diferentes unidades, representativas, cada qual, de uma parcela de atribuições para decidir os assuntos que lhes são afetos. Estas unidades são o que denominamos *órgãos* e se constituem por um conjunto de competências. *Órgãos são unidades abstratas que*

¹⁵ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 275.

¹⁶ GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 1998. t. 1. p. XII-1-XII-3.

*sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado...
(grifos originais)¹⁷.*

A constituição e a fixação das competências dos órgãos que compõem as pessoas políticas (nas esferas executiva, legislativa e jurisdicional) se dão por meio de LEI¹⁸. O princípio da legalidade, estabelecido no *caput* do art. 37 da Lei Fundamental Brasileira de 1988, exige que a atuação da administração pública pátria esteja pautada em parâmetros legais.

Em virtude da forma de estado federada eleita pelo legislador constituinte no artigo inaugural da Carta Magna de 1988, a lei habilitada pelo sistema constitucional para versar sobre os diversos órgãos que compõem os entes constitucionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e dispor sobre as suas respectivas competências é aquela produzida por eles próprios.

Por meio da edição da Constituição Federal, das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas, a União, os Estados e os Municípios e o Distrito Federal se autoconstituem, e traçam, em linhas gerais, as competências de suas porções orgânicas. Posteriormente, tais competências são pormenorizadas em leis complementares e ordinárias editadas pelas respectivas pessoas políticas. As atribuições dos Chefes dos Órgãos-Executivos estão sempre previstas nas cartas constitucionais e orgânicas das diferentes órbitas governamentais.

Discorrendo sobre o tema "competências constitucionais e competências legais", J. J. GOMES CANOTILHO pontua que um dos mais importantes princípios nessa seara é o da indisponibilidade de competências a que está associado o

¹⁷ MELLO, Celso Antonio B. de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 84-85.

¹⁸ É importante registrar que a Emenda à Constituição de n.º 32/2001 previu expressamente a possibilidade de edição do denominado "decreto autônomo", de competência do Chefe do Executivo, para tratar de: i) organização e funcionamento da administração pública, quando não implique aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos; ii) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Dessa forma, respeitados os limites constitucionais, as atribuições dos órgãos também poderão ser estipuladas por intermédio do referido diploma normativo.

princípio da tipicidade de competências, segundo o qual as competências dos órgãos constitucionais são, em regra, as expressamente enumeradas na Constituição; da convergência dos dois princípios o autor saca a seguinte ilação: "... pelo menos em relação aos órgãos de soberania, as competências legais, ou seja, as competências atribuídas por via de lei, devem ter fundamento constitucional expresso"¹⁹.

Examinando os dispositivos constitucionais vigentes que disciplinam a atuação do Presidente da República (Chefe do Órgão-Executivo Federal) — os quais, pelo princípio da simetria, são reproduzidos nos textos constitucionais e orgânicos dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal²⁰ —, não verificamos no espectro de suas competências nenhum dever relativo ao cumprimento de deveres tributários instrumentais. Nem poderia ser diferente.

Cabe ao Chefe do Órgão-Executivo a direção superior da administração pública (federal, estadual, distrital e municipal), com o auxílio dos Ministros e dos Secretários de Estado. Por meio do mandato político, o representante da vontade popular no âmbito administrativo exerce atividades da mais alta importância para a sociedade como um todo. A sua atuação vai desde a co-participação no processo legislativo até a definição de políticas públicas necessárias à redução das desigualdades sociais e regionais.

Estamos convencidos de que o exercício da direção superior de um ente político (União, Estado, Município ou Distrito Federal) não abarca o cumprimento de prestações

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 693.

²⁰ Versando sobre o assunto o Tribunal Pleno da Corte Constitucional Brasileira assim se manifestou: "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. *Compete privativamente ao Governador do Estado, pelo princípio da simetria, a direção superior da administração estadual, bem como a iniciativa para propor projetos de lei que visem criação, estruturação e atribuições de secretarias e órgãos da administração pública (CF, artigos 84, II e IV e 61, § 1º, II, e).* 2. Hipótese em que o projeto de iniciativa parlamentar, transformado em lei, apresenta vício insanável caracterizado pela invasão de competência reservada ao Poder Executivo pela Constituição Federal. Medida cautelar deferida." (*Grifamos*) (ADI-MC 2.646/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Julg. 01/07/02, Tribunal Pleno, DJU 04/10/02, pp. 00092, Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2006.)

positivas e negativas (preenchimento de guias, por exemplo) relativas à cobrança e à arrecadação dos diversos gravames fiscais. Tais tarefas, por óbvio, são atribuídas por lei (da respectiva pessoa política) a diferentes órgãos da estrutura estatal, normalmente a servidores lotados em setores responsáveis pela gestão administrativa (Ministérios ou Secretarias de Administração e de Gestão).

Em virtude das diretrizes amalgamadas nos princípios constitucionais federativo e da autonomia municipal, só os Estados e os Municípios estão autorizados a estabelecer no plano normativo as bases sobre as quais funcionarão, por meio da constituição de seus órgãos, da fixação das correlatas atribuições e da previsão das responsabilidades para aqueles que não cumprem as atividades imanentes aos cargos que ocupam.

A condição de ser pessoa política no território pátrio em dado lapso temporal faz nascer para ela a autorização para fixar as competências e as responsabilidades de seus órgãos, desde que, é claro, sejam considerados certos limites e parâmetros constantes do fundamento de validade sistêmico (a Constituição Federal de 1988).

A União não foi habilitada pelo legislador constituinte para estabelecer a organização administrativa dos demais entes políticos, que conformam o Estado Federal Brasileiro. Ao instituir a responsabilidade dos dirigentes de órgãos e de entidades públicas em geral por multa decorrente de infração à lei previdenciária, o art. 41 da Lei n.º 8.212/91 solapa os princípios estruturantes do Estado Brasileiro que fixam a forma de estado federada e a autonomia dos entes municipais.

Não é difícil inferir que a Lei Federal de n.º 8.212/91, que rege o custeio da autarquia previdenciária federal (INSS), não é veículo introdutor de normas hábil para instituir responsabilidades para os ocupantes do cargo de Chefe do Órgão-Executivo de todas as pessoas políticas cons-

titucionais brasileiras, por atos que nem sequer possuem competência (constitucional ou legal) para praticar (cumprimento de “deveres instrumentais previdenciários”).

A responsabilidade por eventual omissão ou comissão nas condutas tributárias instrumentais previdenciárias de fazer ou de não fazer deverá ser atribuída à própria pessoa política, que, nos termos prescritos na legislação vigente, deverá apurar por meio de processo administrativo hábil a responsabilidade pelo ilícito funcional cometido por servidor seu e, se for o caso, pleitear por meio de ação regressiva a reparação do dano suportado.

Por não ter autorização constitucional para fixar, ao alvedrio do que estabelecem as ordens jurídicas parciais estaduais e municipais, penalidade por descumprimento de dever instrumental previdenciário àquele que não detém competência para cumprir as prestações positivas e negativas estabelecidas na lei previdenciária, o art. 41 da Lei n.º 8.212/91 apresenta evidente vício de inconstitucionalidade, que deverá ser questionado por aqueles que se vêem na contingência de sofrer os efeitos jurídicos que dele emanam.

Não bastasse a manifesta inconstitucionalidade inculcada no dispositivo da lei federal em referência, também verificamos a sua incompatibilidade com o que estabelece o art. 137, inc. I, do CTN, preceito integrante da ordem jurídica nacional aplicável não só à União, mas a todas as pessoas políticas que integram o Estado Federal.

6 Incompatibilidade do art. 41 da Lei n.º 8.212/91 com a prescrição contida no art. 137, inc. I, do CTN

O art. 137, inc. I, do Código Tributário Nacional, prescreve que a responsabilidade tributária por infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções é pessoal do agente, salvo quando praticadas no exercício regular de

administração, mandato, função, cargo ou emprego ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito.

Em função da expressa previsão constante do inciso I do artigo 137 do Código Tributário Nacional, o Chefe do Executivo (agente político) que exerce regularmente o mandato político-representativo, decorrente do sufrágio popular, não pode ser responsabilizado por infrações cometidas por diferentes porções orgânicas que perfaçam a pessoa política a que esteja vinculado.

Deve-se destacar que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei complementar e é de necessária observância por todas as pessoas políticas tributantes. A partir dos signos plantados no art. 146 da CRFB/88, a atuação dos entes políticos que possuem competência tributária deverá observar, em certa medida (variável de acordo com a visão dicotômica ou tricotômica das normas gerais de direito tributário), o que estabelece a Lei n.º 5.172/66.

É manifesta a incompatibilidade dos enunciados legais cravados no art. 41 da Lei n.º 8.212/91 e no art. 137 da Lei n.º 5.172/66. O dispositivo da lei federal responsabiliza objetiva e pessoalmente o agente (diretor de órgão ou de entidade pública federal, estadual, distrital ou municipal) pelas infrações e pelas penalidades pecuniárias que dela advenham pelo simples fato de terem sido "inobservadas" as prescrições da lei previdenciária, inclusive aquelas que estabelecem deveres instrumentais. Já o preceito da lei complementar tributária em evidência (art. 137), ao versar sobre a responsabilidade pessoal do agente por infrações, exige, para a caracterização da indigitada responsabilidade, a atuação dolosa do sujeito responsável pela prática do ato tido como ilícito.

Consoante destaca SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, o intuito do art. 137 do CTN é o de "apenas pessoal-

mente os infiéis, os venais, que dolosamente agem para prejudicar os seus representados, os clientes, ou as pessoas jurídicas das quais são órgãos”²¹.

Nos moldes tracejados pelo legislador complementar, a responsabilidade pessoal do agente apenas se sustenta quando há dolo na prática do ilícito tributário. O art. 41 da lei previdenciária inverte de modo absurdo e inaceitável a tônica da responsabilidade pessoal fincada no art. 137 do CTN. É realmente teratológica a mensagem normativa nele contida: para os diretores de órgãos e de entidades públicas federais, estaduais, distritais e municipais a responsabilidade por infrações à Lei n.º 8.212/91 será sempre pessoal independentemente de terem praticado o ato tido por ilícito!

Em relação ao descumprimento dos denominados “deveres instrumentais previdenciários” que implicam infrações, demonstramos, em momento anterior, que o responsável pela direção superior das pessoas constitucionais (Chefe do Órgão-Executivo) não possui sequer competência para realizá-los. Mesmo assim, nos termos do art. 41 da Lei n.º 8.212/91, tais agentes deverão responder pessoalmente pelas penalidades pecuniárias resultantes da prática da conduta antijurídica, que nem sequer podiam realizar.

Ainda que o art. 41 da Lei n.º 8.212/91 pretenda inadvertidamente fixar tal responsabilidade, não há sustentação jurídica quando se observa o que estabelece o fundamento de validade sistêmico e o art. 137, inc. I, do Código Tributário Nacional.

A não possibilidade de responsabilização de agentes políticos por descumprimento de “deveres instrumentais ou formais previdenciários” e a não aplicabilidade do art. 41 da

²¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 641.

Lei n.º 8.212/91 já foram várias e reiteradas vezes reconhecidas pelos Tribunais Regionais Federais²² de nosso país.

Com base no que estabelece o art. 137, inc. I, do CTN, o Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou pela não responsabilidade pessoal de Prefeito por descumprimento de "obrigações tributárias acessórias"²³.

A imposição de sanção pecuniária pelo INSS ao Chefe do Órgão-Executivo e não ao próprio ente político municipal se divorcia de todo o enredo normativo vigente e carece de fundamento lídimo de validade.

Nos termos da moldura normativa vigente, o agente político que exerce regularmente o mandato representativo recebido do mandante popular não pode ser responsabilizado por infrações que venham a ser cometidas pela própria pessoa política, por intermédio de outros órgãos (indi-

²² A título meramente exemplificativo, citamos as seguintes decisões: "EMENTA: TRIBUTÁRIO. PREFEITO. VEREADOR. ART. 50 DA LEI 8.212/91. MULTA. LEGITIMIDADE PARA RESPONDER. *Os artigos 41 e 50 da Lei nº 8.212/91 não têm o condão de fazer prefeito municipal e vereador responder pessoalmente pelo pagamento de multa, sobretudo se não está provado que a eles incumbia tal dever.* É devida a decretação da nulidade da CDA e da respectiva execução ajuizada." (TRF 4ª Região, AC 218239, Proc. n.º 199804010111511/RS, 1ª T., Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, Julg. 04/02/2004, Disponível em <<http://www.cjf.gov.br>>) (Grifamos) "EMENTA: TRIBUTÁRIO. PREFEITO. PAGAMENTO DE MULTA. NÃO CUMPRIMENTO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL. *Os artigos 41 e 50 da Lei nº 8.212/91 não têm o condão de fazer prefeito municipal responder pessoalmente pelo pagamento de multa decorrente de descumprimento da obrigação acessória de comunicar ao INSS obra de construção civil, para fins de matrícula, sobretudo se não está provado que a ele incumbia tal dever, e não a servidor encarregado de supervisionar a obra ou ao próprio construtor.* Assim, é devida a decretação da nulidade da CDA e da respectiva execução ajuizada." (TRF 4ª Região, AC 514367, Proc. n.º 200204010292193/SC, 1ª T., Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, Julg. 08/10/2003, Disponível em <<http://www.cjf.gov.br>>) (Grifamos) "EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO FISCAL. *MULTA COMINADA PELO DESCUMPRIMENTO DO ART. 49, I, b, DA LEI Nº 8.212/91. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO. O Prefeito Municipal não é responsável pelo cumprimento da obrigação de matricular obra de construção civil no INSS prevista no art. 49, I, b, da Lei nº 8.212/91.* Extinção da execução fiscal em face da ilegitimidade passiva do executado. Embargos infringentes improvidos." (TRF 4ª Região, EIAC Proc. n.º 199804010146493/RS, 2ª S., Rel. Des. Fed. Sílvia Goraieb, Julg. 06/07/2005, Disponível em <<http://www.cjf.gov.br>>) (Grifamos) "EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE HABITE-SE CONDICIONADA À PROVA DE QUITAÇÃO DE OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 50 DA LET Nº 8.212/91. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO. *O prefeito não é responsável tributário pelo descumprimento da obrigação acessória instituída no art. 50 da Lei nº 8.212/91. Inexistência, no caso concreto, de qualquer das hipóteses previstas no art. 137 do CTN.* Excesso do poder regulamentar no art. 107, alínea "n", do Decreto nº 612/92, ao estabelecer a responsabilidade pessoal do 'servidor do órgão municipal'. Apelação e remessa improvidas" (TRF 5ª Região, AC 123911 Proc. n.º 9705331715/RN, 3ª T., Rel. Des. Fed. Rivaldo Costa, Julg. 19/03/1998, Disponível em <<http://www.cjf.gov.br>>) (Grifamos)

²³ "EMENTA: Tributário. Execução Fiscal. Responsabilidade pessoal de Prefeito. Obrigação instituída no artigo 50, da Lei 8.212/91. Artigo 137, do CTN. 1. *O artigo 137, I, do CTN, exclui expressamente a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato, sobrepondo-se tal norma ao disposto nos artigos 41 e 50, da Lei 8.212/91. Em consequência, não pode o Prefeito ser executado diretamente pelo descumprimento da obrigação acessória prevista no referido artigo 50.* 2. Precedente específico da Primeira Turma. 3. Recurso não provido" (STJ – REsp 236902, Proc. 1999/0099490-6/RN, 1ª T. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Julg. 06/12/2001, Disponível em: <http://www.stj.gov.br>) (Grifamos)

viduais ou colegiados) integrantes de sua estrutura administrativa.

Por fim, não é demais registrar que compete ao Chefe do Executivo — com o auxílio de ministros (no âmbito federal) ou de secretários (nos âmbitos estadual, distrital e municipal) — o exercício da direção superior da administração pública. E, como visto, não está na esfera de sua competência o cumprimento dos deveres instrumentais ou formais previstos, por exemplo, no art. 32 da Lei n.º 8.212/91 (como os de preencher guias, efetuar lançamentos contábeis relativos aos “fatos geradores” das contribuições, preparar folhas de pagamento das remunerações pagas etc.).

Além das impropriedades jurídicas antes detalhadas, a responsabilização pessoal do agente político que exerce regularmente o mandato político-representativo pela sanção pecuniária decorrente de descumprimento de “dever instrumental previdenciário” também se revela despropositada e desarrazoada quando considerado o princípio constitucional da “eficiência” estampado no *caput* do art. 37 da Constituição Nacional de 1988, por conduto da EC n.º 19/98. É que, pelos valores inflados e exorbitantes das penalidades pecuniárias previdenciárias previstas no sistema normativo vigente, fica muito mais árdua a tarefa de recebê-las das pessoas físicas (ocupantes dos cargos de dirigentes de órgãos ou de entidades públicas) do que das pessoas jurídicas de direito público interno.

7 Conclusão

Assim como acontece com as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas e autarquias) também figuram como sujeitos passivos das inúmeras relações jurídico-tributárias instrumentais.

O art. 41 da Lei n.º 8.212/91 transfere para o dirigente de órgão ou de entidade da administração pública das diferentes órbitas governamentais toda a responsabilidade por inobservância dos deveres instrumentais nela previstos. Como configuram condutas obrigatórias (de fazer ou de não-fazer), o descumprimento dos deveres instrumentais enseja a imputação de sanção (pecuniária ou não).

A norma jurídica sancionatória geral e abstrata decorrente de descumprimento de dever instrumental prevê, em sua hipótese, a ocorrência de fato antijurídico e estipula, em seu conseqüente, a penalidade ou a sanção (pecuniária ou não) que o sujeito infrator (aquele que descumpriu o dever contido na relação jurídica instrumental) sofrerá por ter praticado um ato ilícito.

Quando as pessoas políticas constitucionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) praticam atos ilícitos de descumprimento de “deveres instrumentais previdenciários” (relativos às contribuições previdenciárias), a sanção deverá ser suportada por elas e não pelo dirigente do “órgão” ou da “entidade” (pessoa física) que não detém competência para realizar a conduta ilícita. As razões que embasam tal compreensão são de ordem constitucional e legal.

Como o Estado Brasileiro está erigido sob a forma federada, a lei habilitada pelo sistema constitucional para versar sobre os diversos órgãos que compõem os entes constitucionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e para dispor sobre as suas respectivas competências é aquela produzida por eles próprios. As atribuições dos Chefes dos Órgãos-Executivos são estabelecidas nos diplomas normativos constitucionais e orgânicos das diferentes órbitas governamentais.

Nos moldes alinhavados no texto constitucional vigente, o exercício da direção superior de um ente político não abarca o cumprimento de prestações positivas e negativas (deveres instrumentais), realizadas por determinação legal,

no interesse da cobrança e da arrecadação das diversas exações fiscais. Tais deveres são atribuídos por lei (editada pela própria pessoa política) a diferentes órgãos (individuais ou colegiados) que perfazem a estrutura estatal.

Quando institui a responsabilidade dos dirigentes de órgãos e de entidades públicas em geral por multa decorrente de infração a “dever instrumental previdenciário”, o art. 41 da Lei n.º 8.212/91 solapa os princípios constitucionais da federação e da autonomia municipal.

A Lei Federal de n.º 8.212/91 não é instrumento introdutor de normas apto para estabelecer a responsabilidade dos Chefes dos Órgãos-Executivos de todo o território nacional por atos que não possuem competência (constitucional ou legal) para implementar.

O art. 41 da Lei n.º 8.212/91 também não se sustenta quando cotejado com o teor da previsão encartada no art. 137, inc. I, do CTN. O agente político que exerce regularmente o mandato político-representativo (recebido do povo por meio das eleições) não pode ser responsabilizado por infrações que venham a ser cometidas por outros órgãos (individuais ou colegiados) integrantes da estrutura administrativa da pessoa constitucional.

Além disso, nos expressos termos do art. 137 do CTN, a responsabilidade pessoal do agente por infrações apenas se configura quando se verifica a existência de dolo na prática do ilícito tributário.

Felizmente os órgãos jurisdicionais brasileiros (por meio dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça), em decisões que prestigiam a ordem constitucional vigente, vêm referendando a impossibilidade de responsabilização de agentes políticos por descumprimento de “deveres instrumentais ou formais previdenciários” e a não aplicabilidade do art. 41 da Lei n.º 8.212/91.

8 Referências

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias: uma introdução metodológica*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. 14. ed. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria da norma tributária*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GORDILLO, Augustin. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t.1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. *Obrigações tributárias acessórias*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

1.2

COMENTÁRIOS À PENHORA *ON LINE* APLICADA ÀS EXECUÇÕES FISCAIS

GUSTAVO LUÍS TEIXEIRA DAS CHAGAS*

SUMÁRIO: 1 Intróito necessário. 1.1 Exposição do problema. 1.2 Delimitação do tema. 2 Escopo contemporâneo do processo de execução. 3 Natureza e legalidade do sistema. 3.1 O novel artigo 185-A do Código Tributário Nacional. 3.2 Espírito da regra. 4 O procedimento do Bacen jud 2.0. 4.1 A questão do sigilo bancário. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Intróito necessário

1.1 *Exposição do problema*

O presente trabalho visa a abordar um tema deveras complexo, e que há algum tempo vem sendo muito debatido pelos juristas, sobretudo os mais afetos à cobrança judicial dos créditos públicos. Trata-se do conflito entre a segurança e a agilidade da justiça, que sempre permeou as preocupações dos estudiosos do direito, e que hoje assume papel de relevo. Eis o dilema: *segurança para o súdito e agilidade para o Estado*.

O nosso ordenamento jurídico adotou um regime processual apartado do Código de Processo Civil para a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Trata-se da Lei 6.830/80 que hodiernamente é apontada, por muitos, como exemplo de ineficácia e falta de efetividade.

Em linhas gerais poderíamos afirmar que as varas privativas das execuções fiscais foram transformadas em depósitos de autos processuais, que se acumulam e se arrastam pelos escaninhos cartorários por anos a fio, sem que se demonstre, na grande maioria dos casos, qualquer re-

* Procurador do Estado do Espírito Santo, PGE/Subprocuradoria Fiscal – SPFI

sultado favorável. Ao revés, findam por representar um gasto ainda maior para os cofres públicos, se considerada a movimentação dispensada no momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal, bem como com o processamento e manutenção na esfera judicial, absorvendo recursos materiais e humanos que sequer serão reembolsados.

Apesar do escasso tempo atuando junto aos executivos fiscais, a impressão que passa é a de que os processos de execução fiscal cumprem um mero ritual burocrático. A Fazenda Pública propõe a execução fiscal com o escopo de se auferir, com a citação do executado, a interrupção da prescrição e, em seguida, freqüentemente, é largada à própria sorte, ou seja, não são localizados bens penhoráveis, seguindo-se um trajeto de suspensões intermitentes da execução que representam, na prática, o adormecimento ou esquecimento, nos escaninhos ou arquivos, com passeios esporádicos, de anos em anos ao gabinete do magistrado até o procurador do órgão público, nova visita ao magistrado e reiteração da suspensão.

O itinerário é interrompido, ou transmudado, eventualmente, com o requerimento de alguma diligência. Por vezes, um bem é localizado, entretanto, com certa regularidade, a aparente viabilidade é desfeita com a descoberta, após meses ou anos, de que o pretense bem a ser penhorado foi objeto de inúmeras penhoras, ou mesmo que o leilão foi negativo, de modo que não há nada para se garantir as execuções.

Este panorama fustiga o Princípio da Efetividade, vez que não basta ao juiz dizer o direito (jurisdição), é mister que o processo atinja seu escopo no mundo fático, de modo que a parte receba sua pretensão, aqui ainda mais latente face o interesse público em questão.

1.2 Delimitação do tema

Não pretendemos neste texto defender a penhora *on line* como panacéia que dissipará todos os males que assolam o

procedimento dos executivos fiscais. Apenas demonstraremos que além de uma providência legal que não se configura novidade, esta pode ser extremamente benéfica aos credores (Fazenda Pública em suas três dimensões)¹, bem como ao Poder Judiciário, que poderia se desafogar da plethora de processos que assolam as varas privativas dos executivos fiscais.

A idéia central do presente texto é demonstrar que não houve criação de um novo instituto processual, prevendo nova hipótese de constrição judicial. O que ocorreu, em verdade, foi que se autorizou aos juízes aplicarem ato executivo já previsto no sistema, sendo este, agora, por meio eletrônico, restabelecendo celeridade e efetividade ao processo de execução.

Não há nenhuma razão, pelo menos jurídica, para que o credor público seja obstado de se valer de modernos instrumentos legais, apenas adaptados à realidade atual. Malgrado, o artigo 185-A, do CTN, proporcionou ao magistrado decretar a indisponibilidade dos bens do devedor, nos próprios autos da execução fiscal, tendo-se claro que o próprio legislador complementar brasileiro está a estimular a utilização do referido mecanismo, permitindo a penhora eletrônica de valores depositados em instituições financeiras, através de uma senha conferida ao juiz.

É preciso, para tanto, se livrar de algumas idiossincrasias que assolam os maus pagadores, que tendem a rejeitar, por motivos óbvios, a aplicação da penhora *on line* aos executivos fiscais. Vários artigos vêm sendo “confeccionados” por advogados, em geral da área trabalhista, fustigando a penhora *on line* por supostamente acarretar ao processo de execução problemas de maior relevância que a celeridade e efetividade do mesmo.

É pertinente notar, no entanto, que estes “problemas de maior relevância” estão intimamente ligados ao agravamento

¹ União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

da situação do devedor. A ótica perseguida almeja sempre resguardar interesses destes particulares inadimplentes para com o Estado, deixando de lado o Interesse Público de reaver seus créditos, não obstante açoitarem o dever do Estado em entregar a prestação jurisdicional de modo efetivo. O escopo é atravancar a atuação do judiciário e empecer a agilidade que não deveria faltar às execuções fiscais.

Esta premissa é determinante na análise da legalidade da penhora *on line*, vez que não se pode refutar o sistema Bacen jud, invocando argumentos de violação aos princípios da ampla defesa ou da execução menos gravosa, sem, contudo, contrapor-lhes os princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

É exatamente por este caráter de concretude da análise que não se pode transpor, sem mais, a solução dada em um caso concreto a outro. Estabelecer uma regra rígida de hierarquia entre os princípios seria a própria negação da ponderação que deu origem a uma determinada solução.

Parafraseando Daniel Sarmento:

A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los².

Imperioso que não haja inversões de valores, pois, se algum procedimento, por acaso, venha a causar coação ou

² SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99.

constrangimento, estes seriam frutos da própria condição social de inadimplente do devedor. Tratar-se-iam de efeitos decorrentes do fato social e não do fato legal de penhorar-se a conta corrente do executado, efeitos estes inevitáveis, pois decorrentes de atos legalmente previstos, somente podendo ser evitados pela correta conduta social do contribuinte, com o conseqüente adimplemento de suas obrigações tributárias e não tributárias.

2 Escopo contemporâneo do processo de execução

Profetiza Luiz Fux, “além de dar razão a quem efetivamente tem, é preciso fazer com que o lesado pelo descumprimento da ordem jurídica tenha recomposto o seu patrimônio, sem que sinta os efeitos do inadimplemento, por isso que compete ao Estado repor as coisas ao *status quo ante* utilizando-se de meios de sub-rogação capazes de conferir à parte a mesma utilidade que obteria pelo cumprimento espontâneo”³.

Duas vertentes vêm servindo de norte para a atuação e interpretação no âmbito do Direito Processual deste início de século XXI: o acesso à Justiça e a efetividade do sistema processual. Pode-se acrescentar que apenas a consecução conjunta dos dois objetivos pode lograr uma boa solução em termos de sistema processual, pois o simples acesso ao Poder Judiciário, sem que se ofereçam soluções rápidas e efetivas, de nenhuma ou pouca valia representará para a sociedade.

A execução forçada vem sendo conceituada como instrumento utilizado pelo Poder Público para realizar, sem o concurso de vontade do devedor, o resultado prático que teria a regra jurídica que não foi cumprida, meio pelo qual

³ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 138.

o Estado realiza a sanção da norma jurídica, ou, nas precisas palavras de Humberto Theodoro Jr., o instrumento pelo qual o Estado “intervém no patrimônio do devedor para tornar efetiva a sua vontade sancionatória, realizando, à custa do devedor, sem ou contra a vontade deste o direito do credor”⁴.

Hodiernamente, é unanimidade o entendimento a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. Existe a preocupação de se garantir que as decisões emanadas do Poder Judiciário tenham eficácia e, por conseguinte, produzam efeitos na ordem prática.

O desenvolvimento regular do processo de execução, realizado por meio da penhora de bens do executado para venda posterior e satisfação do crédito do credor, tem um espectro mais largo configurado no interesse social de que seja realizada com sucesso, como forma de realização mesma da Justiça. Não se trata, portanto, de satisfazer um mero interesse individual de crédito, mas de realização da Justiça.

Ao descumprir com suas obrigações, o devedor quebra a paz social e daí nasce o interesse público de que a prestação obrigacional (correspondente à dívida representada na CDA) não cumprida voluntariamente, seja satisfeita através do processo forçado de execução.

O interesse da Administração da Justiça, nesse sentido, é de que o processo de execução atinja seus fins. É por isso que amiúde costuma-se afirmar que o processo de execução cria para o devedor um estado de *sujeição*, ficando o seu patrimônio à mercê da vontade do Estado, para dele extrair-se o bem devido ou o valor a que tem direito o credor⁵.

⁴ THEODORO JR, Humberto. *Processo de execução*. 17. ed. São Paulo: LEUD, 1994. p. 2.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4, p. 53.

Havendo necessidade de requisição de informações que possibilitem a descoberta de bens do executado livres e desembaraçados à penhora, ela se faz no interesse da Justiça, já que a própria dignidade da Justiça fica comprometida se os meios postos à sua disposição não são exercitados para encontrar bens sujeitos à execução (art. 600, IV, da Lei Instrumentária Civil).

Com efeito, a atividade jurisdicional, para alcançar seu escopo de atribuir a cada um o que é seu, reclama não só um sistema de atos que leve à decisão mais justa possível, como também um conjunto de meios tendentes a efetivar o que foi decidido, entregando ao vitorioso, no mundo empírico, o bem jurídico que lhe foi atribuído pelo direito⁶.

Assim, mesmo no caso de informações patrimoniais que se revistam de caráter sigiloso assegurado por lei, como as constantes de declarações de bens e contas bancárias, este deve ser afastado diante de situações em que exista uma clara motivação de interesse público, um relevante interesse de administração da Justiça, como é a situação em que o sucesso do processo de execução dependa do emprego de meios para a localização de bens que possam garantir a dívida.

Em relação ao compromisso do juiz com a investigação dos fatos, não deve ele ficar restrito a esquemas preestabelecidos de produção de provas, pois a amplitude de poderes investigatórios e a iniciativa na colheita dos elementos de prova constituem valiosos recursos que, se bem utilizados, devem levar o processo a um resultado justo. Sempre que se fizer necessário o atingimento dos fins processuais e a realização da Justiça, a produção das provas deixa de ser um ônus das partes para se tornar um compromisso do juiz. Moacyr Amaral, para justificar os poderes de iniciativa probatória do juiz, já explicava que o Direito brasi-

⁶ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 5.

leiro não instituiu um “juiz inerte, passivo”; “ao juiz de outros tempos se substituiu o juiz ativo”.

É justamente para que o processo se desenvolva e atinja o seu fim que são concedidos poderes probatórios ao juiz, para que, de modo desinteressado, possa entregar a prestação jurisdicional adequada ao caso. É com esse sentir, de que a investigação patrimonial do devedor responde à própria finalidade do processo de execução, que o juiz deve assumi-la em atenção ao interesse público que o envolve, mormente, quando o destinatário da prestação jurisdicional é a Fazenda Pública.

Enfim, a execução forçada tem *função sancionatória* e consiste na cadeia de atos jurisdicionais pela qual o Estado força o devedor serôdio a respeitar direito creditício alheio, livrando-o de uma nefasta e malversada postura perante seus credores.

3 Natureza e legalidade do sistema

A penhora é o ato pelo qual são apreendidos bens do executado, para a satisfação do seu débito. Na clássica definição de Frederico Marques, consiste a penhora “no ato preparatório da expropriação do processo executivo, para individualizar a responsabilidade processual, mediante apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes do patrimônio do devedor”⁷.

Almeja-se com a penhora que o devedor serôdio tenha seus bens empregados na satisfação do crédito exequendo. Ora, ao submeter o devedor à penhora *on line* o magistrado está promovendo, em verdade, penhora em dinheiro, prevista no artigo 655, I, do Código de Ritos. Trata-se de apreensão material de dinheiro que o devedor possui em conta corrente a fim de empregá-lo na satisfação do crédito.

⁷ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 4, p. 146.

No processo de execução o executado tem o dever de colaborar com a Justiça e indicar bens livres e desembaraçados. Se não o faz, comete ato considerado atentatório à dignidade da Justiça (artigo. 600, IV, do CPC), cabendo ao magistrado *ex vi* do artigo 125, III, da Lei Instrumentária Civil, reprimir este comportamento.

Em face do interesse da Justiça na realização da penhora, ato que dá início à expropriação forçada, é que se deve admitir a requisição à repartição competente, quando frustrados os esforços desenvolvidos nesse sentido. Cada vez mais se toma consciência do caráter público do processo, que, como é cediço, é instrumento da jurisdição.

Ademais, dinheiro nunca foi bem de penhorabilidade controvertida. Ao revés, figura-se em primeiro lugar na ordem de gradação legal erigida no artigo 655, I, do CPC, em que pese esta gradação não ter caráter rígido, já que pode ser alterada em virtude de peculiaridades do caso concreto.

Pois bem, no conceito de ZAINAGHI, a penhora *on line* nada mais é que uma forma moderna de se efetuar penhora de dinheiro, a qual se faz uso dos recursos oferecidos pela informática para realizá-la⁸.

3.1 O novel artigo 185-A do Código Tributário Nacional

A Lei Complementar n.º 118, editada com o fim de adaptar o Código Tributário Nacional à nova Lei de Falências, fez incluir alterações que não guardam qualquer relação com a nova legislação falimentar, como por exemplo, o artigo 185-A, que “criou” a figura odiada da penhora *on line* para as execuções fiscais.

⁸ ZAINAGHI, Domingos Sávio. Mitos e verdades sobre a penhora *on line*. *Direito e Justiça*, Porto Alegre: PUC-RS, p. 5, ago. 2004.

Com a alteração promovida pelo dispositivo legal supracitado, o Código Tributário Nacional passou a ter a seguinte redação:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Desta forma, como se depreende pelo simples escólio deste texto normativo, o Poder Público passou a contar com mais uma prerrogativa na busca do patrimônio dos devedores de tributos, que, uma vez citados na ação executiva, estejam se furtando da obrigação de adimplir a quantia devida, malgrado tal prática de constrição dos bens do devedor através de procedimento eletrônico já ser utilizada há certo tempo em nosso ordenamento jurídico na área trabalhista.

Com o advento da Lei Complementar n.º 118, a penhora *on line* passou a ter expressa previsão legal nas demandas tributárias, contornando-se, desta forma, a principal ale-

gação daqueles que tentavam derrubá-la – ofensa ao princípio da legalidade.

O pedido de diligência a ser formulado pelo exeqüente nas execuções fiscais baseado no novel dispositivo é extremamente útil à concretização da penhora e, portanto, ao recebimento do crédito público tributário, pois clarividente que se torna imperioso encontrar bens a fim de garantirem as execuções ou, fatalmente, ocorrerá o malogro das mesmas.

Foi justamente sensível a esta problemática, de certa ordem corriqueira nos feitos que visam a cobrança dos executivos fiscais, que o legislador “inovou” na ordem jurídica, de modo a possibilitar a satisfação do crédito tributário em cobrança, criando mais um mecanismo hábil a municiar o magistrado de meios efetivos de prestação da tutela jurisdicional plena, rápida e adequada aos anseios sociais.

3.2 *Espírito da regra*

A criação do artigo 185-A do CTN trouxe, sob o ponto de vista da legalidade, a possibilidade de o magistrado decretar a indisponibilidade dos bens do executado nos próprios autos das ações de execução fiscal, na qual este citado regularmente não paga o débito e tampouco nomeia bens à penhora.

Mais ainda, o referido dispositivo deu ao magistrado não só atribuição de decretar a indisponibilidade, como também, proceder, no mesmo ato, o bloqueio de todos os bens e direitos de propriedade do executado, inclusive seus ativos financeiros, quer em depósitos correntes, quer em aplicações financeiras.

Com efeito, ao interpretar este dispositivo legal, é preciso sempre ter presente no espírito esta certa lição de CARLOS MAXIMILIANO: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envol-

va um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”⁹.

Deveras, de um dispositivo legal não se pode extrair nem resultados alheios à razão de existir da norma, nem que prejudiquem desnecessariamente interesses, maiormente quando públicos, se disto não resultar proveito para quem quer que seja, nem que conduzam a incongruências ou ilogismos.

O iluminado jusfilósofo RECASÉNS SICHES, com indiscutível acerto, averbou:

A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve experiência, ou tem mentalmente antecipado por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado, precisamente porque considera este resultado mais justo.

Então resulta evidente que o juiz, ante qualquer caso que se lhe apresente, tem, antes de tudo, que verificar mentalmente se a aplicação da norma, que em aparência cobre dito caso, produzirá o tipo de resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma (...) Se o caso que se coloca perante o juiz é de um tipo diferente daqueles que serviram como motivação para estabelecer a norma e se a aplicação dela a tal caso produzirá resultados opostos a aqueles a que ela se propôs, ou opostos às conseqüências das valorações em que a norma se inspirou, entendo que se deve considerar que a norma não é aplicável àquele caso¹⁰.

De seu turno, BLACK, em seu vetusto e monumental estudo sobre a Interpretação das Leis, obra justamente merecedora da consagração que recebeu e recebe, pro-

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Interpretação e aplicação do direito*. 2. ed. Livraria do Globo, 1933. p. 183.

¹⁰ SICHES, Luís Recaséns. *Filosofia del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1961. p. 659.

feriu ao propósito a seguinte sintética e esclarecedora lição:

Uma lei deve ser interpretada em consonância com seu espírito e razão; as Cortes têm poder para declarar que um caso conformado à letra da lei não é por ela alcançado quando não esteja conformado ao espírito e à razão da lei e da plena satisfação legislativa¹¹.

Não temos dúvida de que a medida prevista no novel dispositivo representa um grande avanço no sentido de almejar uma prestação jurisdicional mais efetiva e menos dispendiosa para as partes e, especialmente, para a sociedade, que é quem, em última instância, arca com o pesado ônus do inadimplemento fiscal e da ineficácia dos meios disponíveis de satisfação de vultosos créditos não pagos.

Verifica-se também da exposição de motivos do projeto de lei complementar que o objetivo principal do projeto era a indisponibilidade dos ativos financeiros, utilizando-se do sistema de bloqueio *on line*, instituído pelo Banco Central, denominado BACEN JUD, de ampla utilização pela Justiça do Trabalho, com êxito espantoso na solução de processos em condições semelhantes aos albergados pela norma em comento, sendo tão verdadeira essa conclusão que o foco da medida era, justamente, a implementação de tal sistema no âmbito da Justiça Comum, especialmente nos feitos que versem sobre cobrança judicial da dívida ativa das Fazendas Públicas.

Colha-se o parecer do E. Senador Ramez Tebet:

Transmissão eletrônica de ordem de bloqueio de valores depositados em instituições financeiras em nome do devedor de tributos. No Substitutivo apresentado, propusemos a eliminação do § 2º do art. 185 do CTN,

¹¹ BLACK, Edwards Campbel. *Handbook on the construction and interpretation of the laws*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1896. p. 48.

proposto pelo texto aprovado na Câmara para o PLC nº 70, de 2003, por dois motivos. Primeiro por entender que a matéria poderia estar contida na Lei nº 8.397, de 1992, que trata da Cautelar Fiscal. Ademais, porque a matéria estava tratada em um parágrafo do art. 185 que não guardava sintonia com o caput, já que este se referia à fase administrativa da cobrança, enquanto o parágrafo dispunha sobre norma processual aplicável à execução judicial. Portanto, estava presente um problema de técnica legislativa. Todavia, estudando mais cuidadosamente o assunto, chegamos à conclusão de que é importante manter o comando, com uma redação mais objetiva quanto ao uso dos meios de comunicação eletrônica pelo juiz, para que se possa, célere e diretamente, fazer cumprir a determinação de bloquear bens do devedor. A processualística deve adaptar-se às facilidades proporcionadas pela moderna tecnologia, aumentando o grau de efetividade da prestação jurisdicional e das garantias do credor tributário. A justiça trabalhista já tem empregado, com grande êxito, o instrumento ora proposto: o juiz transmite uma mensagem eletrônica ao Banco Central que, também eletronicamente, determina às instituições financeiras o bloqueio de contas do devedor na medida necessária para garantir o pagamento do débito. Portanto, propomos um art. 155- A (sic), prevendo que, na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal, e o oficial de justiça não encontrar bens penhoráveis, o juiz determinará, preferencialmente por meio eletrônico, às instituições do sistema financeiro nacional, por intermédio da autoridade supervisora do mercado bancário, o bloqueio das quantias existentes em instituições financeiras na data e hora da decisão e das que vierem a ser depositadas em nome do devedor, até o limite da dívida.

Não obstante a inserção da penhora *on line* no Código Tributário Nacional, deveras, ao submeter o devedor a este

procedimento, o Estado-juiz está promovendo, simplesmente, penhora de dinheiro, tal como previsto no artigo 655, I, da Lei Instrumentária Civil.

Enfim, a norma jurídica em comento fomentou a recuperação judicial da dívida ativa das Fazendas Públicas, inserindo-se como instrumento de concreção das garantias do crédito tributário, e do rito dos executivos fiscais, dentro do campo prescritivo da legalidade.

Agregue-se de passagem, que a penhora de dinheiro sempre foi feita por ordem do juiz. Deste modo, a distinção entre o “sistema antigo” e o “atual” reside apenas no meio de transmissão dessa ordem. É totalmente legítima a pretensão para que o Poder Judiciário interceda requisitando informações às repartições competentes com o fim de localizar saldo em contas correntes ou aplicações financeiras do executado. Ao revés, aflorar-se-á verdadeira apologia à inadimplência em detrimento do aperfeiçoamento do processo de execução, que visa única e exclusivamente à satisfação do crédito do exequente.

4 O procedimento do Bacen jud 2.0

A penhora *on line*, também conhecida por Convênio *BACEN JUD*¹², permite que juízes acessem o *site* do Banco Central, preencham um cadastro e obtenham uma senha. Providos desta senha, os juízes se qualificam não

¹² Na primeira versão do sistema (BACEN JUD 1.0) as instituições financeiras deviam encaminhar as respostas e eventuais questões diretamente ao juiz solicitante ou ao destinatário indicado por ele. A segunda versão, BACEN JUD 2.0, exige que as instituições respondam ao Banco Central que retransmitirá as respostas aos respectivos solicitantes. Na atual versão, o magistrado, no dia seguinte à efetivação da ordem, pode acessar o sistema e verificar se a requisição de bloqueio já foi efetivada; ao revés, na primeira versão, o juiz apenas tomava conhecimento de que sua ordem tinha sido cumprida ao receber, via ofício em papel, a resposta do banco, o que gerava certo desconforto para o executado quando existia excesso de penhora. Outra interessante vantagem no atual sistema é a possibilidade de o magistrado efetuar a transferência dos valores eventualmente bloqueados para outra conta à disposição do juízo também *on line*, ao invés do antigo ofício em papel endereçado à agência bancária onde se verificava o bloqueio. Com a nova versão, é importante observar que o sistema ganhou maior agilidade para desbloqueio de contas, o que ameniza eventual constrição excessiva. Enfim, o sistema oportuniza ao Poder Judiciário maior segurança, celeridade e controle das ordens judiciais.

apenas a requisitar informações sobre eventuais ativos financeiros em nome dos executados, como também precisar-lhes a penhora ou arresto. Impende que isto só ocorrerá se acaso o devedor não pagar nem nomear bens passíveis de serem penhorados, quedando-se inerte ao processo executivo.

Conforme suscitamos no tópico anterior, defendemos que a penhora *on line* nada mais é do que uma forma moderna (utilizando-se dos recursos da informática) de se efetuar penhora de dinheiro em contas correntes do executado via Banco Central a fim de coibir a evasão fiscal. Assim, cabe à autoridade judicial, no efetivo exercício do seu cargo e com o objetivo de prover necessidade em processo judicial, consultar as instituições financeiras bancárias do Sistema Financeiro Nacional sobre a existência de contas de depósitos a prazo, aplicações financeiras e outros ativos financeiros em nome de pessoas físicas e jurídicas, encaminhando-lhes, se for o caso, ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores para contas judiciais.

4.1 A questão do sigilo bancário

Tão mais segura desenvolver-se-á a análise do sistema quando partir da premissa de que o Convênio não permite a quebra do sigilo bancário de nenhum usuário do sistema financeiro, nem mesmo das partes em litígio. Isso porque as ordens judiciais às entidades bancárias restringir-se-ão aos valores necessários à satisfação dos débitos executados, sendo vedado aos magistrados incursionar nas contas bancárias para obter informações que não importem para o desfecho da execução.

Veja-se que o procedimento em apreço cinge-se à efetuação de restrição de bloqueio em supostos numerários existentes, não se alastrando sobre o conhecimento das movimentações financeiras do executado, sejam elas pas-

sivas ou ativas, pois este, inclusive, não é o objetivo perseguido num processo de execução fiscal.

De fato, não havendo publicidade sobre movimentações financeiras, não há que se falar em quebra de sigilo bancário algum, pois incorrente qualquer exposição da intimidade e vida privada do executado, logo, não contrariados os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Deste modo, estaria resguardado o sigilo bancário da executada, não havendo ofensa alguma a seus direitos e garantias fundamentais, efetivando-se, sendo o caso, bloqueio de numerário para a garantia de crédito que deveria ter sido solvido em tempo oportuno pela devedora.

Com efeito, é lícito concluir que inexistente exposição no instante em que o magistrado acessa o programa de computador desenvolvido pelo Banco Central e preenche ofício eletrônico solicitando informações sobre contas e ou determinando a penhora de dinheiro, justamente por ser vedado ao juiz navegar livremente pelo sistema financeiro nacional, vasculhando contas, conferindo saldos e movimentações bancárias do executado.

Em verdade, esta exposição de dados ocorre apenas no momento em que o Banco Central repassa documentalmente aos juízos as informações compiladas que foram repassadas eletronicamente pelas diversas instituições financeiras de onde o executado possui contas. Ora, é clarividente que toda penhora de dinheiro depositado em instituição bancária implica, necessariamente, na divulgação, *endoprocessual*, dos dados da agência, da conta e do saldo conscrito. Ao revés, obstar essa divulgação resultaria no silogismo de que o artigo 655, I, do CPC, permite, tão somente, a penhora de dinheiro guardado em casa ou em outro lugar que não um banco.

Esta exposição mínima é decorrência lógica da própria penhora a ser realizada e não fruto do sistema *on line*, vez que, mesmo quando a penhora era realizada por oficial de justiça, esta propiciava a mesma divulgação de dados ban-

cários do devedor serôdio, e nunca se questionou da legalidade da penhora de dinheiro por oficial de justiça, pelo menos sob a ótica do sigilo bancário.

Imaginar um contexto em que seja possível localizar dinheiro sem investigar dados bancários não passa de uma quimera, que não deve ser alimentada, sob hipótese de sermos obrigados a admitirmos ser corriqueiro armazenar moeda corrente em casa, como se não existissem, para tanto, os riscos da inflação e da própria violência social.

5 Conclusão

Nesta altura, a precedente exposição permite alinhar algumas conclusões.

A penhora *on line* não deve ser vista como uma nova modalidade de constrição, mas apenas uma adaptação tecnológica, oportunizada ao Poder Judiciário, visando aquilatar a celeridade e eficácia do processo de execução. Por conseguinte, o credor passou a dispor de um mecanismo ágil, que possibilita a constrição de ativos financeiros do devedor, sem dar a este a possibilidade de frustrar a efetividade da prestação jurisdicional executiva.

Na realização do direito, há também o interesse da justiça, devendo o magistrado lançar mão de todos os meios a seu alcance para a satisfatória instrução processual.

Em verdade, a penhora *on line* representa a apreensão eletrônica de dinheiro realizada diretamente pelo juiz, sem intermédio do oficial de justiça. Não obstante, com o advento da Lei Complementar n.º 118, passou a mesma a ter expressa previsão legal nas demandas tributárias, contornando-se, desta forma, a principal alegação daqueles que tentavam derrubá-la – ofensa ao princípio da legalidade.

Defendemos que o uso do procedimento em comento não ofende a quebra do sigilo bancário pelo fato de não

haver publicidade sobre movimentações financeiras, já que não é possível ao magistrado vasculhar livremente informações sobre movimentações bancárias.

Em síntese, apresentadas as contradições constatadas, não é demais a idéia de se realizar penhora de bens do devedor por meio eletrônico para solver suas dívidas. Ao revés, entendemos ser uma idéia aparentemente bem concebida para redimir os credores da angústia e exaltar os princípios da economia processual e da celeridade, este, por sinal, já com expressivo *status* constitucional, em virtude da Emenda Constitucional n.º 45/04. “Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

6 Referências

ASSIS, Araken de. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

BLACK, Edwards Campbel. *Handbook on the construction and interpretation of the laws*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1896.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GÓMES, Lineu Miguel. *Penhora on line*. Jus Navigandi, Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4861>. Acesso em: 26 jul. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 4.

MAXIMILIANO, Carlos. *Interpretação e aplicação do direito*. 2. ed. Livraria do Globo, 1933.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral, princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

REIS FILHO, Antônio Carlos M. *Penhora on line na execução fiscal*. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5465>. Acesso em: 24 jul. 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SICHES, Luís Recaséns. *Filosofia del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1961.

THEODORO JR, Humberto. *Processo de execução*. 17. ed. São Paulo: LEUD, 1994.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a objeção de pré-executividade. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Mitos e verdades sobre a penhora on line. *Direito e Justiça*, Porto Alegre: PUC-RS, p. 5, ago. 2004.

1.3

OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA VERDADE MATERIAL E DO INQUISITÓRIO PERANTE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

HENRIQUE ROCHA FRAGA*

“Nos tornamos melhores, mais ativos e menos indolentes, se cremos que é um dever procurar o que ainda não sabemos.”

Diálogo de Platão – Mênon

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Lançamento tributário. 2.1 Das características do lançamento. 3 Princípio da legalidade. 3.1 Vinculação do Fisco ao princípio da legalidade. 3.2 Legalidade objetiva e imparcialidade do Fisco. 3.3 Direito potestativo da autoridade administrativa. 4 Princípio inquisitório e a verdade material. 4.1 Instrumentos de alcance da verdade material. 4.2 Dever do contribuinte de prestar informações. 5 Conclusão. 6. Referências.

1 Introdução

O lançamento tributário, como máxima expressão do Direito Administrativo Tributário e típica manifestação da atividade administrativa, obedece a princípios que regem a Administração Pública. Dentre estes, necessário perquirir qual a influência do princípio inquisitório e do contraditório, verificando-se se há, para eficácia e aperfeiçoamento dos atos administrativos produzidos, o respeito aos respectivos princípios.

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Professor Universitário. Ex-procurador do Município de Vitória.

2 Lançamento tributário

Antes de se identificar os princípios que regem a atividade de lançamento, necessário tecer alguns comentários sobre este instituto, a fim de melhor identificar o objeto de estudo. Nos termos do art. 142 do CTN,

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 correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Embora o Código Tributário Nacional seja explícito em considerar o lançamento tributário um procedimento administrativo, a doutrina diverge sobre a natureza jurídica do instituto.

Ruy Barbosa Nogueira¹, Alfredo Augusto Becker², Antonio Roberto Sampaio Dória³, Hugo de Brito Machado⁴, Edvaldo Brito⁵, Souto Maior Borges⁶ e Marco Aurélio Greco⁷ defendem a concepção do lançamento como procedimento administrativo.

Por sua vez, Geraldo Ataliba⁸, Aliomar Baleeiro⁹, Amílcar Falcão¹⁰, Fábio Fanucchi¹¹, Luciano Amaro¹², Misabel

¹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1973. p. 24.

² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 318.

³ DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Da lei tributária no tempo*. São Paulo: Obelisco, 1968. p. 321.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 122.

⁵ BRITO, Edvaldo. *Lançamento*. São Paulo: RT, 1987.

⁶ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁷ GRECO, Marco Aurélio. *Do lançamento*. São Paulo: Resenha Tributária, 1987. p. 154-155. (Caderno de Pesquisas Tributárias, 12).

⁸ ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciência das finanças: direito financeiro e tributário*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969. p. 277.

⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 208.

¹⁰ FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 115.

¹¹ FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976. v. 1. p. 273-274.

¹² AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 322.

Abreu Machado Derzi¹³ e Paulo de Barros Carvalho¹⁴ são exemplos daqueles que reconhecem que o lançamento, na verdade, é um ato jurídico¹⁵.

Misabel Abreu Machado Derzi¹⁶ explica, com absoluta percuciência, a natureza do instituto:

Do ponto de vista teórico, devemos fazer opção, pois ato administrativo e procedimento são fenômenos distintos. Assim como na teoria do processo civil não há de se confundir o processo com a sentença que dele resulta, também no Direito Tributário é necessário estabelecer nítida distinção entre procedimento administrativo e lançamento, eliminando-se a vaguidade e a equívocidade.

O lançamento pode ser precedido ou sucedido por um procedimento administrativo (...). Pode ocorrer que a Administração disponha de todos os elementos necessários ao lançamento e que proceda ao ato sem instauração de um prévio procedimento. Notificando o contribuinte do teor do lançamento assim efetuado, pode se dar o pagamento, com a extinção do crédito tributário, sem ocorrência de procedimento prévio ou posterior. Mas também o sujeito passivo inconformado poderá impugnar a cobrança, inaugurando um procedimento contencioso, depois de já efetivado o lançamento. Em suma, não se confunde o ato de lançamento com o caminho que percorreu, juridicamente regulado, e uma vez aperfeiçoado e apto a desencadear os efeitos que lhe são próprios, também não fica reduzido a posteriores

¹³ DERZI, Misabel Abreu Machado; NASCIMENTO, C. V. do. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 353.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 253.

¹⁵ Também neste sentido: MARTINS, Ives Gandra. *Do lançamento*. 1988. (Caderno de Pesquisas Tributárias, 12); MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 580; GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Do lançamento*. *Ibidem*, p. 310; VELOSO, Carlos Mário da Silva. *O arbitramento em matéria tributária*. São Paulo: RT, 1987. p. 200; CORRÊA, Walter Barbosa. *Lançamento tributário e ato administrativo nulo*. São Paulo: RT, 1977. p. 33; BONILHA, Paulo C. B. *Da prova no processo administrativo tributário*. São Paulo: LTR, 1992. p. 31; XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 45.

¹⁶ Op. cit., p. 781-782.

formalidades por via das quais poderá ser alterado ou confirmado.

Portanto, o lançamento é ato administrativo cujo efeito jurídico é dotar o direito de crédito, que lhe preexiste, de exigibilidade, ou confirmá-lo, extinguindo-o na hipótese de homologação tácita ou expressa do pagamento (...).

Podemos dizer que o lançamento é ato jurídico administrativo vinculado e obrigatório, de individualização e concreção da norma tributária ao caso concreto (ato aplicativo), desencadeando efeitos confirmatórios-extintivos (no caso de homologação do pagamento) ou conferindo exigibilidade ao direito de crédito que lhe é preexistente para fixar-lhe os termos e possibilitar a formação do título executivo.

A respeito do tema, oportunas são também as lições do Professor Paulo de Barros Carvalho:

Em suma, caracterizar o lançamento como um procedimento, consoante a expressão do artigo 142 do Código Tributário Nacional, é operar com grande imprecisão. Se o procedimento se consubstancia numa série de atos que se conjugam, objetivamente, formando um todo unitário para a consecução de um fim determinado, salta aos olhos que, ou escolhermos o ato final da série, resultado do procedimento, para identificar a existência da entidade, ou haveremos de reconhecê-lo, assim que instalado o procedimento, com a celebração dos primeiros atos. Parece óbvio que não basta existir procedimento, para que haja lançamento. Ainda mais, pode haver lançamento sem qualquer procedimento que o anteceda, porque aquele nada mais é que um ato jurídico administrativo, com peculiaridades que cuidaremos, a breve trecho (...).

Lançamento é ato jurídico administrativo e não procedimento, como expressamente consigna o artigo 142

do Código Tributário Nacional. Consiste, muitas vezes, no resultado de um procedimento, mas com ele não se confunde. O procedimento não é da essência do lançamento, podendo consubstanciar ato isolado, independente de qualquer outro.

Percebe-se, pois, que embora o Código Tributário Nacional defina o lançamento como procedimento administrativo, em verdade, trata-se de um ato jurídico de natureza administrativa com o objetivo de surtir efeitos jurídico-tributários.

Não se trata de procedimento, porquanto não há atos jurídicos prévios ou atos jurídicos condicionais, do qual resultaria um ato final, conforme brilhantes lições do Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho¹⁷. Trata-se, em verdade, de um ato jurídico declaratório com efeito preclusivo. Ato administrativo declaratório que serve para dar certeza e exigibilidade, sendo obrigatório e vinculado, utilizado para apuração dos fatos relevantes para determinação do crédito tributário, identificação do sujeito passivo e o cálculo de seu montante.

2.1 Das características do lançamento

O lançamento dá certeza jurídica e líquida a obrigação tributária, pois fixa o critério jurídico, tornando-o imutável. Serve para apuração dos fatos relevantes para determinação do crédito tributário, identificação do sujeito passivo e o cálculo do seu montante.

A atividade administrativa de lançamento, na forma do parágrafo único do art. 142 do CTN, é vinculada e obrigatória. Isto significa que a autoridade fiscal, tomando conhecimento do fato gerador da obrigação tributária principal, ou

¹⁷ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*. São Paulo: Forense, 2000. p. 97 ss.

do descumprimento de uma obrigação acessória, tem o dever de proceder ao lançamento tributário.

Como bem observa Hugo de Brito Machado, o Estado, como sujeito ativo da obrigação tributária, tem um direito ao tributo, expresso no direito potestativo de criar o crédito tributário, fazendo o lançamento. A posição do Estado não se confunde com a posição da autoridade administrativa. O Estado tem um *direito*, a autoridade tem um *dever*.

Deve-se observar que este dever decorre da lei e da aplicação do princípio da legalidade, a fim de se satisfazer o interesse público.

3 Princípio da legalidade

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade¹⁸.

Enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito. O princípio da legalidade impõe a completa submissão do Estado à lei. É baseado nesta idéia que se pode afirmar: na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Enquanto os particulares são livres para agir desde que não exista vedação

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 67.

legal ao comportamento desejado, o administrador não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente nos estritos limites estabelecidos em lei.

No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa idéia já veio expressa no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

No direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade veio expresso no artigo 37 da Carta Magna, consubstanciando-se um dos princípios basilares da Administração Pública. Não obstante, a Constituição Federal tratou de estampá-lo também no artigo 5º, inciso II, dentro do rol de direitos e garantias fundamentais.

O que se percebe, pois, é que a legalidade é aplicável tanto à Administração Pública quanto aos particulares, porém com ênfases diversas. Nas relações entre particulares, o princípio da legalidade é aplicado em sentido negativo: pode-se fazer tudo, desde que não se ultrapasse ou viole os limites e vedações legais. Já na relação administrativa, a legalidade é aplicada em sentido positivo: a Administração, para agir, depende da lei. Se não houver norma autorizando a conduta da Administração, o ato não pode ser praticado.

A atividade fiscal é considerada uma relação administrativa, regida, pois, pelos princípios que norteiam a Administração Pública. Alessi bem resume este assunto, ao afirmar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e ve-

dações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza¹⁹.

3.1 Vinculação do Fisco ao princípio da legalidade

Como a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, a autoridade fiscal só age de acordo com a lei. Por força do princípio da legalidade, a autoridade fiscal tem a função de aplicar a legislação tributária, exigindo o seu fiel cumprimento pelos contribuintes e terceiros (art. 142, parágrafo único, CTN). Como limite da atuação da autoridade administrativa, a autoridade deve agir de acordo com os critérios legais que lhe foram impostos. Assim, para correta aplicação da lei tributária, a autoridade administrativa só atua nos limites fixados pela lei.

Segundo a lição do Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho, “a relação tributária deverá ser sempre uma relação jurídica, em que o sujeito ativo, órgão da administração fiscal, agirá em cumprimento de seu dever funcional de aplicador da lei tributária, e o sujeito passivo, contribuinte ou responsável, deverá ser compelido a cumprir a lei tributária”²⁰.

Continua o renomado Professor: “(...) o relacionamento entre a autoridade administrativa e as pessoas em geral é regido pelos deveres impostos pelo ordenamento jurídico. Assim o Fisco, órgão da administração fiscal, tem o dever de cumprir a sua função, delimitada na norma tributária, de exigir o seu fiel cumprimento por parte do contribuinte, do terceiro responsável e daqueles a quem a norma incumbe de fazer alguma coisa. Portanto, a relação tributária, seja qual for a sua causa (ocorrência do fato gerador, descumprimento de uma norma tributária ou um direito de petição), obedecerá, sempre, às normas que regulam a administração pública”²¹.

¹⁹ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosh, 1970. p. 9.

²⁰ SEIXAS FILHO, op. cit., p. 139-140.

²¹ *Ibid.*, p. 146.

Cabe ao Fisco, órgão competente para administração fazendária, a função de arrecadar os tributos que a legislação tenha instituído; para tanto, desempenha seu mister, orientando os contribuintes como proceder corretamente no cumprimento de seus deveres legais tributários, bem como praticando todos os atos necessários para cumprimento dos deveres legais²².

A atuação administrativa do Fisco não se limita à investigação da ocorrência do fato gerador, bem como ao descumprimento da legislação tributária. Sua ação é impulsionada pelos deveres legais a cumprir, ou seja, aplicar a lei de ofício. Sua atividade, ou melhor, sua competência para atuação está fixada em lei; obedece, pois, ao princípio da legalidade. Verifica-se, assim, que a Administração Pública não detém faculdade ou discricionariedade na atividade de lançamento. Ao contrário, possui dever jurídico imposto por lei.

Como a atuação do Fisco obedece a princípios vinculados à Administração, a autoridade fiscal, como todos os demais administradores públicos, não pode agir, senão nos estritos limites fixados em lei. É a aplicação estrita do princípio da legalidade.

3.2 Legalidade objetiva e imparcialidade do Fisco

A função fiscal, em decorrência de ser atribuição fixada em lei, é marcada pela imparcialidade ou neutralidade da atuação. A autoridade fiscal, no cumprimento de sua função, deve agir como aplicador da lei. Não há qualquer faculdade ou discricionariedade, nem há espaço para o exercício de qualquer interesse próprio ou particular no desempenho da atividade fiscal. A obediência ao princípio da legalidade visa, em verdade, atender ao interesse público.

²² Ibid., p. 5.

Neste sentido, segue a posição do mestre Aurélio Pitanga Seixas Filho:

A atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é a parte credora de uma relação jurídica.

A função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro da mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Augusto Fantozzi²³, na mesma linha de raciocínio, ressalva ao contribuinte o direito de pagar o tributo em seu valor mínimo permitido pela lei e a contrapartida do Fisco de obter o máximo rendimento na cobrança do tributo com uma atuação permitida pelo sistema fixado pela norma tributária.

Assim, o referido autor italiano demonstra a evolução do direito administrativo no reconhecimento do caráter imparcial do exercício da função administrativa, contrariamente à postura tradicional que qualificava a administração fiscal como parte credora do tributo:

In questo campo, l'evoluzione subita dal diritto amministrativo quanto al riconoscimento del carattere imparziale della P.A. a determinato, a nostro avviso, la caduta delle impostazioni tradizionali che ravvisavano nell'ammistrazione finanziaria l'esclusiva qualità di parte creditrice del tributo. Se si riconosce infatti che anche la funzione tributaria risponde a dettami di imparzialità indirizzati all'attuazione di un particolare sistema tributario ritenuto dal legislatore conforme al fabbisogno fi-

²³ FANTOZZI, Augusto. *La solidarietà nel diritto tributario*. Torino, Utet: 1968. p. 230 e 231 apud SEIXAS, Aurélio Pitanga.

nanzario dello Stato nel momento considerato, deve ammettersi, accanto all'interesse del contribuente al massimo d'imposta ed a quello dell'ufficio al massimo gettito fiscale, l'esistenza di un terza sfera d'interesse costituita da quello dell'amministrazione all'integrale attuazione del sistema fissato dalle norme tributarie.

Ainda a respeito do tema, Alberto Xavier observa que, embora o Fisco, enquanto credor de tributos, é parte na relação jurídica tributária, salienta que, estando ele rigorosamente subordinado a um princípio de legalidade, não pode legitimamente pretender uma prestação tributária diversa da prevista em lei. Em resumo, compara, o referido autor, a posição do Fisco com a do Ministério Público, em que, embora seja parte, vela pelo cumprimento e aplicação da lei.

Assim, na condição de parte imparcial, o Fisco não exprime um interesse em conflito ou contraposto ao do particular, contribuinte. Há, em verdade, no procedimento tributário, um fim de aplicação objetiva da lei, ou seja, um fim de justiça. Nele não se desenrola necessariamente um litígio, antes uma atividade disciplinada de colaboração para a descoberta da verdade material.

3.3 Direito potestativo da autoridade administrativa

Já se salientou anteriormente que o Estado, como sujeito ativo da obrigação tributária, tem um direito potestativo ao tributo, que se aperfeiçoa por meio do lançamento.

Segundo Chiovenda, os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: a primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles a denominação de *direitos de prestação*, e como exemplos poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais.

Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade. A segunda grande categoria é a dos denominados *direitos potestativos*, e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas e outras, sem o concurso da vontade destas.

Desenvolvendo a conceituação dos direitos potestativos, afirma Chiovenda:

Esses poderes (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia), se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz. Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele. São poderes puramente ideais, criados e concebidos pela lei...; e, pois, que se apresentam como um bem, não há que excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico. É mera petição de princípio afirmar que não se pode imaginar um direito a que não corresponda uma obrigação.

Von Tuhr, por sua vez, conceitua os direitos potestativos nos seguintes termos:

Em princípio, quando se trata de modificar os limites entre duas esferas jurídicas, é necessário o acordo dos sujeitos interessados. A possibilidade que têm A e B de

modificar suas relações jurídicas recíprocas não pode, evidentemente, conceber-se como um direito, pois não pressupõe mais que a capacidade geral de produzir efeitos jurídicos. Sem embargo, distinta é a situação quando “A” ou “B” têm a faculdade de realizar a modificação em virtude de uma só vontade. Tais faculdades são inumeráveis e ilimitadamente diversas, porém sempre se fundamentam em certos pressupostos exatamente determinados. Neste caso cabe falar de direitos; são os potestativos²⁴.

O Fisco, na prática de lançamento, possui o poder de influenciar, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras pessoas, sem o concurso da vontade destas. Há no caso nítida manifestação de um direito potestativo de praticar o lançamento.

A potestade ou dever-poder, que a autoridade fiscal tem de exigir das pessoas o cumprimento dos seus deveres tributários, é uma função atribuída pela lei, em estrita obediência ao princípio da legalidade. Estando este poder fundamentado na lei, bem como sendo possível sua atuação independente da vontade alheia. Verifica-se que o ordenamento jurídico permite o exercício da atividade de lançamento por *dever de ofício*, em caráter imperativo.

Este dever-poder não permite a atuação administrativa com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. A Administração exerce função administrativa, que é o dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem. Visa a Administração, em última análise, atender o interesse público. A autoridade maneja, assim, deveres-poderes, no interesse alheio, buscando satisfazer o interesse público.

²⁴ VON TURH, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934. t. 2. p. 203.

4 Princípio inquisitório e a verdade material

O princípio da legalidade limita a atuação da atividade administrativa. Por decorrência dele, a autoridade fiscal deve buscar aplicar a lei corretamente. Como o dever jurídico tributário surge com a ocorrência do fato da vida real previsto ou descrito em lei (ocorrência do fato impositivo descrito na hipótese de incidência), a comprovação da realidade fática que gerou a obrigação tributária é de suma importância para obediência do princípio da legalidade. Observa-se, assim, que a atividade administrativa, por força e em obediência ao princípio da legalidade, deve buscar alcançar a verdade material.

Sendo do conhecimento do Fisco os fatos praticados pelo contribuinte, o princípio da legalidade objetiva exige que o valor do tributo seja liquidado de acordo com a realidade e autenticidade desses fatos.

A autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de aplicar corretamente a lei de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos²⁵.

A autoridade fiscal, no exercício de sua competência legal de exigir o pagamento do tributo, tem de agir, por impulso próprio (de ofício), para conferir se a declaração fornecida pelo contribuinte é verdadeira, ou para obter, caso as informações não estejam conforme a realidade dos fatos, por omissão própria ou imprópria, como falsidade material ou ideológica, ou até mesmo, por simples erro ou equívoco, a verdadeira conduta sujeita à tributação com o uso dos deveres-poderes colocados à sua disposição (do Fisco) pelo legislador tributário²⁶.

²⁵ SEIXAS FILHO, op. cit., p. 46.

²⁶ *Ibid.*, p. 45

Esta atividade é marcadamente inquisitória, em busca da verdade material. No procedimento de investigação para a descoberta da verdade material, a autoridade fiscal busca, por meios instrutórios vastíssimos, formar sua convicção, que não está limitada à existência de regras legais norteadoras dos meios de prova.

É, pois, com fundamento no princípio da legalidade, que a atividade de lançamento busca alcançar a verdade material, utilizando-se do princípio inquisitório.

Segundo Alberto Xavier²⁷, o procedimento fiscal para efetivar o lançamento tributário é marcadamente inquisitório em razão de caber à autoridade fiscal dirigir a investigação dos fatos tributários, com obediência ao princípio da verdade material, afetando, desta forma, os meios de obtenção das provas necessárias para o pagamento do tributo.

4.1 Instrumentos de alcance da verdade material

A autoridade administrativa, na busca da verdade material, não está sujeita a formalismos rígidos ou a obediência a formas sacramentais. Diante da atuação da autoridade administrativa, não vigora o princípio da verdade formal, em que as formas dos atos, prazos, distribuição de ônus de prova e a sistematização dos procedimentos são rigorosamente previstos e obedecidos. Em busca da verdade dos fatos, afasta-se os formalismos em prol da busca da verdade material e correta aplicação do princípio da legalidade.

Isto evidencia que não é pertinente na atividade de lançamento o problema da repartição do ônus da prova, porquanto a autoridade fiscal possui livre convicção para formação da verdade material.

A liberdade investigatória na busca da verdade dos fatos mais próxima da realidade (verdade material), sem que

²⁷ XAVIER, op. cit., p. 125.

rígidas formalidades condicionem o seu convencimento, não significa que no procedimento administrativo fiscal não se tenha de coletar os meios de prova que sedimentaram a livre convicção do titular do órgão fiscal.

Se o ato administrativo é resultante de um livre convencimento da autoridade, firmado unilateralmente, o cidadão ou contribuinte sujeito às conseqüências jurídicas desse ato tem o direito de questionar a sua conformidade com a lei de regência, motivo pelo qual não se pode prescindir da apropriada comprovação dos dados apurados pela autoridade competente.

Assim, não está se afirmando que a liberdade investigatória exime o Fisco de comprovar as alegações que firmaram o seu convencimento. Os fatos devem ser comprovados. Contudo, pelas características da atividade administrativa fiscal, os meios empregados para comprovar a realidade fática não seguem regras formais. Por meio do princípio inquisitório, busca-se alcançar e comprovar a verdade material.

4.2 Dever do contribuinte de prestar informações

No processo judicial, competindo ao juiz encerrar um conflito de interesse entre duas pessoas, pelo menos, cada parte envolvida no litígio deve ter o interesse de convencer o juiz sobre a certeza de sua verdade.

Para Chiovenda, provar significa formar o convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes do processo. Carnelutti, a respeito do tema, afirma:

Com efeito, em linguagem corrente, provar significa demonstrar a verdade de uma proposição afirmada. Agora bem: no campo jurídico, a comprovação dos fatos controvertidos por parte do juiz pode não derivar da busca de sua verdade, e sim dos processos de fixação formal... Se a lei compreende tais processos sob o nome de prova, isto significa que o conteúdo próprio do vocábulo na lin-

guagem jurídica se altera e se deforma. Provar, com efeito, não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, e sim determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados.

Conseqüentemente, num processo, as partes devem ter o interesse de provar os fatos favoráveis à sua argumentação, *constituindo o ônus da prova uma mera faculdade, e não um dever jurídico*, pois o seu atendimento visa a obter uma vantagem no processo, não sofrendo qualquer sanção o descumprimento do ônus ou da carga da prova, salvo a não obtenção do efeito útil desejado.

O regime jurídico da função administrativa fiscal não guarda compatibilidade com o regime jurídico da função jurisdicional, especialmente com a maneira de se demonstrar a verdade dos fatos praticados pelo contribuinte.

O dever de pagar o tributo surge no dia em que o contribuinte realiza aquela conduta descrita hipoteticamente na lei como suficiente e necessária para o surgimento da relação jurídica tributária. Este dever jurídico de pagamento do tributo deve obedecer aos ditames legais. Assim, se para a Administração há o dever de obediência ao princípio da legalidade e da verdade material, para o particular há também o dever de demonstrar a realidade dos fatos.

Conseqüentemente, não tem o contribuinte um mero ônus de provar os fatos que praticou, porém, um dever jurídico de informar à autoridade fiscal como praticou o fato jurídico tributário e todas as condições fáticas relevantes para a determinação do valor da tributação.

Ressalta-se, assim, que o contribuinte também possui o dever de contribuir para a busca da verdade material.

Caso não haja o cumprimento deste dever jurídico por parte do contribuinte, o Fisco deve se utilizar do princípio inquisitório e buscar a verdade material, perseguindo, assim, o ideal de cumprir corretamente a lei.

O dever imposto pela lei à autoridade fiscal de controlar o correto pagamento do tributo e de exigir o seu pagamento, quando for o caso, exige que a autoridade administrativa tenha um comportamento ativo, no sentido de tomar as iniciativas apropriadas para determinar o valor do tributo, sem para isto ficar dependendo da disposição de colaborar do contribuinte, já que o contribuinte não tem ônus ou interesse de provar algo, porém o dever legal de declarar e informar as condições em que ocorreu o fato gerador.

5 Conclusão

O princípio da legalidade é um dos pilares estruturais de um Estado de Direito. Por força dele, a Administração deve se submeter à vontade da lei, de forma que sua atuação está vinculada a ela.

A atividade administrativa de lançamento segue as normas e princípios que regem a Administração Pública. Em decorrência disso, deve obedecer ao princípio da legalidade.

Em busca da aplicação do princípio da legalidade, a autoridade deve praticar o ato jurídico de lançamento com base na verdade material, o que deve ser feito utilizando-se do princípio inquisitório.

6 Referências

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosh, 1970.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciência das finanças: direito financeiro e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BONILHA, Paulo C. B. *Da prova no processo administrativo tributário*. São Paulo: LTR, 1992.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRITO, Edvaldo. *Lançamento*. São Paulo: RT, 1987.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 41.

CORRÊA, Walter Barbosa. *Lançamento tributário e ato administrativo nulo*. São Paulo: RT, 1977.

DERZI, Misabel Abreu Machado; NASCIMENTO, C. V. do. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Da lei tributária no tempo*. São Paulo: Obelisco, 1968.

FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976. v. 1.

GRECO, Marco Aurélio. *Do lançamento*. São Paulo: Resenha Tributária, 1987. (Caderno de Pesquisas Tributárias, 12).

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Do lançamento*. São Paulo: Resenha Tributária, 1987. (Caderno de Pesquisas Tributárias, 12).

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS, Ives Gandra. *Do lançamento*. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. (Caderno de Pesquisas Tributárias, 12).

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1973.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. *O arbitramento em matéria tributária*. São Paulo: RT, 1987.

VON TURH, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934. t. 2. p. 203

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

1.4

A REGULAÇÃO JURÍDICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO: ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA MUNICIPALIZAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

1 A hipótese. 2 O princípio federativo. 2.1 O federalismo cooperativo. 2.2 A assimetria existente entre os Municípios e os demais entes políticos da federação. 2.3 O papel contemporâneo dos Municípios na federação brasileira e os serviços públicos da educação. 2.4 O federalismo cooperativo e assimétrico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3 O serviço público da educação e seu marco regulatório fundado no federalismo cooperativo e assimétrico. 4 O convênio como instrumento regulatório para a realização do federalismo cooperativo e assimétrico em matéria de serviço público da educação. 4.1 O prazo do convênio. 4.2 O repasse dos recursos destinados à gestão do ensino fundamental pelos Estados aos Municípios. 4.3 A alienação de bens móveis e imóveis dos Estados aos Municípios. 4.4 A cessão de servidores públicos dos Estados aos Municípios. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 A hipótese

No Brasil, diversas medidas de cunho econômico, político, técnico e jurídico vêm sendo adotadas, com vistas à eficiência na prestação dos serviços públicos de educação.

Dentre as referidas medidas, merecem destaque as de caráter jurídico e, neste específico contexto, a articulação ampla entre a União, Estados-membros e Municípios para minimizar os graves problemas da educação brasileira.

* Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito Novo Milênio em Vila Velha – ES. Procurador do Estado do Espírito Santo. Consultor Jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM. Advogado no Espírito Santo.

Neste sentido, o presente trabalho pretende demonstrar as repercussões jurídicas da transferência da execução dos serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental dos Estados para os Municípios, fenômeno que vem sendo denominado de “municipalização do ensino fundamental”.

A abordagem pretendida, sob o ponto de vista metodológico, supõe o exame preliminar dos aspectos contemporâneos do federalismo brasileiro, do novo papel dos Municípios na federação brasileira e do marco regulatório dos serviços públicos de educação no Brasil, consoante se passa a demonstrar.

2 O princípio federativo

Como é do conhecimento convencional, a República brasileira adotou como princípio constitucional estruturante, insuprimível via Emenda à Constituição, o federalismo (CR/88, arts. 1º, *caput*, 18, *caput* e 60, par. 4º, I), que pode ser sintetizado na autonomia política, financeira e administrativa existente entre os diversos entes políticos da federação, submetidos a um poder central soberano.

Desde logo, é pertinente a advertência de LUÍS ROBERTO BARROSO¹, ao lecionar que as relações federativas travadas entre a União, Estados-membros e Municípios são fundadas no desempenho legítimo das funções próprias de cada ente político fixadas na Constituição da República de 1988 e não com base na hierarquia.

Segundo ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA², a Carta Constitucional brasileira de 1988 estabeleceu um sistema de repartição de competências, próprio do princípio federativo, cuja finalidade é a busca do equilíbrio nas relações firmadas entre a União, os Estados-membros e os Municípios.

¹ A derrota da federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 1, p. 141-151.

² *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 106.

Neste contexto, a existência da federação supõe, como averba DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO³, uma nítida partilha de competências entre os entes federativos, com vistas a esclarecer cabalmente as competências do Poder Central, dos Estados-membros e dos Municípios.

É certo que a autonomia constitucional conferida aos entes políticos da federação brasileira não afasta a dinâmica do princípio federativo, impulsionada pelas constantes e crescentes mutações da sociedade e do próprio Estado.

Destarte, como leciona LUIS ROBERTO BARROSO⁴, em trabalho monográfico desenvolvido antes mesmo da atual Constituição da República brasileira, dentre os fatores que condicionaram a evolução do federalismo brasileiro, merecem destaque a imensidão geográfica do território nacional e a diversidade de condições regionais, impondo, no plano da realidade dos fatos, a necessidade de descentralização do comando, com a criação de governos locais.

Sob o ponto de vista teleológico, o federalismo, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, foi idealizado para atenuar os perigos decorrentes da concentração de poderes num único ente político e para adaptar o seu exercício às peculiaridades locais⁵.

No caso brasileiro, estabeleceu-se expressa e taxativamente as atribuições e cometimentos a cargo da União (CR/88, arts. 21 e 22), aos Municípios o trato dos interesses predominantemente locais (CR/88, art. 30, I) e, aos Estados-membros, as demais competências que não estejam inseridas no rol de atribuições dos entes federativos antes mencionados (CR/88, art. 25, par. 3º).

Além dos aspectos mencionados, o federalismo brasileiro se caracteriza por uma crescente tendência à coope-

³ *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 36.

⁴ *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 9.

⁵ *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37.

ração entre os diversos entes políticos, daí se falar em federalismo cooperativo, cujas notas essenciais passam a ser destacadas adiante, como se pretende demonstrar.

2.1 O federalismo cooperativo

Desde logo, vale frisar que a idéia de federalismo no Brasil está conectada ao princípio cooperativo, que deve presidir as relações de coordenação existentes entre os diversos entes políticos da federação brasileira.

Como averba AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO⁶, é a necessidade de valorização da idéia de coordenação, ao invés da subordinação, no relacionamento entre organismos complexos, que impulsiona originariamente o princípio federativo.

Isto porque a coordenação se afina com o postulado da liberdade, ao passo que a centralização leva à subordinação, razão pela qual a federação se caracteriza como o sistema de equilíbrio e interação de diversificados fatos de natureza social, econômica, étnica, geográfica e histórica, sendo o impulso da articulação o próprio federalismo⁷.

O federalismo cooperativo é uma fórmula política e jurídica em permanente construção, o que levou AUGUSTO ZIMMERMANN⁸ a afirmar que o seu conteúdo não apresenta limites bem definidos em relação à distribuição de competências entre os diversos níveis federativos, embora se possa identificar um objetivo explícito, ou seja, a livre cooperação.

Assim, a cooperação se apresenta extremamente relevante para que a República Federativa do Brasil se constitua em sociedade livre, justa e solidária, seja viável o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e

⁶ *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 1, p. 138.

⁷ *Ibid.*, p. 139.

⁸ *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 391.

da marginalização, alcançando-se o bem-estar de todos, em última análise, para que se atinjam os seus objetivos constitucionais fundamentais (CR/88, art. 3º).

Neste contexto, e sob a perspectiva do Direito Constitucional Positivo brasileiro, pode-se dizer que a CR/88 estabeleceu as bases normativas necessárias para a efetivação do federalismo cooperativo, valendo realçar as suas mais significativas previsões.

Destarte, em matéria de competência administrativa comum da União, Estados-membros e Municípios, previu a CR/88 a necessidade de lei complementar fixando as normas para a cooperação entre as mencionadas entidades políticas, com vistas ao desenvolvimento nacional (CR/88, art. 23, parágrafo único).

Prosseguindo nas considerações, estabeleceu-se a possibilidade de instituição, pelos Estados, nos termos fixados em lei complementar, de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, com vistas à integração federativa na organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum (CR/88, art. 25, parágrafo 3º).

Em matéria de Administração Pública tributária, previu-se a atuação integrada dos entes políticos da federação, inclusive com o compartilhamento de cadastros e informações, na forma de lei ou convênio (CR/88, art. 37, XXII).

Mais adiante, fixou-se a possibilidade de articulação da União Federal num mesmo complexo geográfico, econômico e social, visando ao desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais e sociais, trazendo implicitamente um amplo campo de parcerias cooperativas com os Estados e Municípios (CR/88, art. 43).

No campo da tributação, estabeleceu-se a possibilidade de instituição, nos termos de lei complementar, de um regime único de arrecadação dos tributos e contribuições da União, dos Estados e Municípios, com recolhimentos

unificados e centralizados, assegurada a distribuição imediata dos recursos pertinentes a cada ente, prevendo-se, ainda, um cadastro nacional único de contribuintes (CR/88, art. 146, parágrafo único, incisos I a IV).

Em sede de ordenamento social (CR/88, art. 193 e ss.), há previsão constitucional da cooperação entre as entidades políticas da federação para o desenvolvimento coordenado das ações sociais, serviços públicos de saúde e educação (CR/88, arts. 195, parágrafo 10, 198, parágrafo 3º, II, 204, I e 211), este último abordado em tópico específico adiante.

Nas disposições constitucionais gerais, estabeleceu o art. 241 a possibilidade de os entes políticos da federação brasileira celebrarem parcerias, por meio dos instrumentos que enuncia, como forma de coordenação de esforços e recursos numa mesma área geográfica.

Até mesmo no plano da compensação financeira aos Estados e Municípios pelos impactos que a exploração do petróleo, gás natural, recursos hídricos e minerais enseja, nos seus respectivos limites territoriais, se observa o reflexo do princípio cooperativo, pois, se, como regra geral, não podem os Estados-membros e Municípios criar embaraços para a exploração dos mencionados recursos pela União, esta, por seu turno, deve proporcionar aos citados entes os recursos razoáveis para atenuar os malefícios das atividades em seus territórios (CR/88, art. 20, parágrafo 1º).

Assim, pode-se dizer que repousa em matriz constitucional o arcabouço normativo necessário à implementação de um verdadeiro federalismo cooperativo, com vistas ao alcance dos fins constitucionais da República (CR/88, art. 3º).

E a cooperação necessária e indispensável ao alcance dos objetivos fundamentais da República brasileira estabelecida no sistema normativo constitucional brasileiro (realidade normativa) supõe o reconhecimento, no plano da realidade dos fatos, da assimetria substancial existente entre

os entes federativos e, dada a importância do fenômeno, passa-se a discorrer sobre ele no tópico seguinte.

2.2 A assimetria existente entre os Municípios e os demais entes políticos da federação

É certo que o princípio federativo tem como pressuposto o equilíbrio entre os entes políticos da federação, que deve ser buscado em vista das diferenças fatuais de ordem histórica, política, sociológica e econômica existentes entre a União, os Estados-membros e os Municípios.

Na trilha do reconhecimento das distinções entre os entes federativos parece caminhar o magistério doutrinário de NAGIB SLAIBI FILHO⁹, ao ressaltar como característica principal do princípio federativo a sua utilidade enquanto processo de convivência entre as regiões:

Vê-se, assim, que a questão do federalismo transcende o mero aspecto de repartição de competências entre diversos órgãos territorialmente díspares, e representa, principalmente, um meio de convivência entre as características diversas dos indivíduos e regiões que, em comum com outros elementos, somente assim alcançarão a satisfação de suas necessidades. A federação é um meio de convivência entre entidades díspares, isto é, constitui um processo de se alcançar o resultado útil da convivência, uma relação dialética entre entidades diversas, uma relação dinâmica – e assim nunca estática – que se desenvolve a cada momento, busca a ocupação dos espaços de forma a suprir as lacunas do poder.

Essa distinção substancial de ampla abrangência (assimetria) se faz presente, em especial, entre os Municípios, seja nas relações entre as próprias municipalidades, quer nos relacionamentos com a União e os Estados-membros.

⁹ *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 802.

Em sentido semelhante, não se pode deixar de referenciar o magistério doutrinário de AUGUSTO ZIMMERMANN¹⁰:

Um dos pontos fundamentais para o êxito do federalismo é o referente à compreensão dos desníveis socioeconômicos, ou mesmo das dimensões territoriais, dentre os entes políticos federados. Por isso, faz-se necessário um certo balanceamento empírico das diferenças naturalmente existentes, para que uma eficaz fórmula jurídica seja encontrada, na busca desta correlação da divisão vertical do poder político com os elementos naturais mais gravosos à sobrevivência do pacto federativo.

Nesta ordem de idéias, se o pressuposto do federalismo é o equilíbrio entre os entes políticos e estes, por seu turno, são substancialmente diferentes, o desejado e possível equilíbrio pode-se efetivar, no plano da realidade brasileira, se houver uma redução das assimetrias existentes.

E a redução das assimetrias existentes, com as diversas medidas e possibilidades cooperativas previstas no ordenamento brasileiro, em especial na Constituição da República de 1988, como se pretendeu demonstrar, impõe a necessidade de redesenho e fortalecimento do papel dos Municípios no federalismo brasileiro, consoante se explicita a seguir.

2.3 O papel contemporâneo dos Municípios na federação brasileira e os serviços públicos da educação

Como se pretendeu demonstrar, a efetividade do princípio federativo no Brasil passa pelo fortalecimento dos entes políticos municipais e, nesta perspectiva, na concretização do princípio da autonomia municipal (CR/88, art. 34, VII, “c”).

No magistério doutrinário de PAULO BONAVIDES, foram os franceses quem primeiro identificaram duas espécies

¹⁰ *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 393.

de competências municipais que ensejariam a formulação da idéia de autonomia municipal, ou seja, as atribuições que os Municípios exercem em caráter próprio, tratando de interesses predominantemente locais e, de outro lado, as atribuições que lhes são delegadas¹¹.

No Brasil, a idéia de autonomia municipal consagrada pela CR/88 se apresenta como elemento indissociável do próprio princípio federativo, que recebeu um reforço jurídico sem similar em outros ordenamentos jurídicos¹².

Neste contexto, mais do que entidades políticas voltadas exclusivamente ao atendimento dos interesses predominantemente locais (CR/88, art. 30, I), os Municípios devem ser vistos, modernamente, como entes de efetiva cooperação na realização de funções originariamente previstas, na mesma CR/88, à União Federal e aos Estados-membros, com vistas à concretização da dignidade constitucional da pessoa humana, valor fundamental que deve orientar todo o ordenamento jurídico (CR/88, art. 1º, III).

Em matéria de prestação de serviços públicos de educação, HELY LOPES MEIRELLES, de longa data, já chamava a atenção para a necessidade de os Municípios brasileiros se dedicarem prioritariamente ao ensino fundamental, por serem entidades políticas mais próximas da comunidade local e em contato direto com os munícipes, funcionando as escolas municipais, nesse caso, como uma extensão do lar e da família¹³.

Vistos os contornos normativos e doutrinários a respeito do princípio federativo e do papel contemporâneo dos Municípios na federação brasileira, não se pode deixar de referenciar alguns aspectos da sua concretização jurisprudencial, à luz da jurisprudência do E. STF.

¹¹ *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 315.

¹² *Ibid.*, p. 311.

¹³ *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 342.

2.4 O federalismo cooperativo e assimétrico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O federalismo cooperativo não impede que, no atendimento de determinados interesses públicos, se dê maiores atribuições ou funções a determinado ente político em detrimento dos outros, o que é admitido pela própria idéia de coordenação.

Assim, o STF já se manifestou pela validade normativa das disposições constitucionais (EC n.º 14/96) e infraconstitucionais (Lei n.º 9424/96) que fixaram o papel preponderante da União em relação aos demais entes políticos federativos no asseguramento dos serviços públicos educacionais¹⁴.

Sob outro prisma, o STF soube reconhecer, acertadamente, em algumas oportunidades, o espaço e papel constitucional reservado aos Municípios no contexto federativo brasileiro, que se concretizam no princípio constitucional da autonomia municipal, vedando-se ingerências irrazoáveis da União e dos Estados-membros em matérias que se inserem no núcleo irredutível de interesses predominantemente locais, desde aspectos instrumentais, como, por exemplo, a gestão financeira e orçamentária municipal¹⁵, até questões finalísticas voltadas para a ordenação territorial dos Municípios¹⁶.

¹⁴ Neste sentido, confira-se o trecho do acórdão proferido na ADI n.º 1.749, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 15.04.05: "Emenda constitucional nº 14/96 e Lei n.º 9.424/96. Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Atribuição de nova função à União – redistributiva e supletiva da garantia de equalização de oportunidades educacionais. Alegada ofensa ao princípio federativo. Não ferimento à autonomia estadual. *Causa petendi* aberta, que permite examinar a questão por fundamento diverso daquele alegado pelo requerente. Declaração de inconstitucionalidade que não se mostra possível, porque se atacaria o acessório e não o principal."

¹⁵ Vale conferir o trecho do acórdão proferido na ADI n.º 1.689, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 02.05.03: "Sucede que (...) o parágrafo único do art. 227 da Constituição Estadual estabelece (...) uma vinculação orçamentária, ao dizer: 'para o atendimento e desenvolvimento dos programas e ações explicitados neste artigo, o Estado e os Municípios aplicarão, anualmente, no mínimo, o percentual de um por cento dos seus respectivos orçamentos gerais'. (...) Por outro lado, interferindo no orçamento dos Municípios, não deixa de lhes afetar a autonomia (art. 18 da CF), inclusive no que concerne à aplicação de suas rendas (art. 30, inc. III), sendo certo, ademais, que os artigos 25 da parte permanente e 11 do ADCT exigem que os Estados se organizem, com observância de seus princípios, inclusive os relativos à autonomia orçamentária dos Municípios."

¹⁶ Neste sentido, confira-se o acórdão proferido na ADI n.º 826, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 12.03.99: "O *caput* do art. 195 da Constituição do Estado do Amapá estabelece que 'o plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento econômico e social e de expansão urbana, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para os municípios com mais de cinco mil habitantes'. Essa norma constitucional estadual estendeu, aos municípios com número de habitantes superior a cinco mil, a imposição que a Constituição Federal só fez àqueles com mais de vinte mil (art. 182, § 1º). Desse modo, violou o princípio da autonomia dos municípios com mais de cinco mil e até vinte mil habitantes (...)."

Da mesma maneira, a Suprema Corte brasileira já deixou assentada, em alguns julgados, a necessidade de reconhecimento das distinções substanciais (assimetrias) existentes entre os entes federativos e, em especial, entre os Municípios, aproximando a concretização dos programas e normas constitucionais às diversificadas realidades de cada entidade municipal^{17 18}.

As decisões do Egrégio STF acima mencionadas realçam, por um lado, as bases de uma jurisprudência constitucional concretizadora do instrumental e importante princípio federativo que, no Brasil, como se pretendeu demonstrar, é de conteúdo cooperativo e assimétrico.

Por outro lado, os julgados demonstram as tendências da Suprema Corte na busca da afirmação da substancial e indispensável dignidade constitucional da pessoa humana, enquanto possuidora do direito à educação¹⁹, valor fundamental que deve orientar todas as condutas estatais no

¹⁷ Confira-se o decidido no RE n.º 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.04: "Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes."

¹⁸ Veja-se o decidido no RE n.º 191.532, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.08.97: "Concessão de serviço público municipal de transporte coletivo: revisão de tarifas: questionamento relevante da validade de cláusula do contrato de concessão que a determina sempre e conforme os mesmos índices da revisão das tarifas do mesmo serviço deferida no município da capital. O reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do segmento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeira do empreendimento do concessionário: não parece razoável, à vista do art. 30, V, CF, que o conteúdo da decisão política do reajustamento de tarifas do serviço de transportes de um município, expressão de sua autonomia constitucional, seja vinculada ao que, a respeito, venha a ser decidido pela administração de outro."

¹⁹ Cite-se a decisão proferida no RE n.º 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.02.06: "A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental."

Estado Democrático de Direito brasileiro (CR/88, art. 1º, caput e inciso III).

Neste contexto, dada a vocação constitucional dos Municípios para o asseguramento dos serviços públicos de educação em nível de ensino fundamental, vale verificar, a seguir, o marco regulatório específico dos mencionados serviços no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O serviço público da educação e seu marco regulatório fundado no federalismo cooperativo e assimétrico

Os serviços públicos de educação, notadamente os vinculados ao ensino fundamental, como ressaltado, estão intimamente ligados à dignidade constitucional da pessoa humana (CR/88, art. 3º, I), daí porque a Constituição da República de 1988 o previu como o primeiro direito fundamental, de cunho social, inerente ao cidadão (CR/88, art. 6º, *caput*).

Neste sentido, visando a conferir efetividade ao comando constitucional fundamental mencionado, a CR/88 previu várias normas estruturadoras do sistema de serviços públicos vinculados à educação.

Com efeito, estabeleceu como competência privativa da União a edição de normas gerais a respeito das diretrizes e bases da educação nacional (CR/88, art. 22, XXIV); como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a obrigação de proporcionarem os meios de acesso à educação (CR/88, art. 23, V), prevendo, inclusive, a cooperação entre os entes políticos da federação brasileira (CR/88, art. 23, p. único); aos Municípios, conferiu-se a possibilidade, em parceria com os Estados, de promoverem programas de educação atrelados ao ensino fundamental (CR/88, art. 30, VI).

Não obstante as ditas normas estruturantes, a relevância dos serviços públicos da educação fez com que a CR/88 inserisse um capítulo, dentro do Título da Ordem Social (CR/88, art. 193 e ss.), específico para o tratamento da educação (CR/88, arts. 205 a 214).

Destarte, previram-se, em especial, no que interessa ao presente exame, como diretrizes principiológicas da educação, o dever de todos os entes políticos de promoverem a igualdade de condições para acesso e permanência na escola (CR/88, art. 206, I), bem como a garantia do padrão de qualidade do ensino (CR/88, art. 206, VII).

Avançando, previu-se como direito público subjetivo difuso dos cidadãos o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (CR/88, art. 208, par. 1º), reforçando a obrigação constitucional da União, dos Estados e Municípios de organizarem, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino (CR/88, art. 211, *caput*).

Especificamente em relação aos Estados e Municípios, previu-se a atuação concorrente de ambas as esferas políticas de poder no ensino fundamental, muito embora a atuação prioritária em tal categoria de ensino tenha sido conferida aos Municípios, ao passo que os Estados devem atuar, também, no ensino médio (CR/88, art. 211, parágrafos 2º e 3º).

É de se frisar, por oportuno e relevante, que embora a competência seja concorrente em matéria de ensino fundamental aos Estados e Municípios, a CR/88 previu a cooperação específica entre os citados entes federativos, com vistas à universalização do ensino obrigatório, no qual se inclui o ensino fundamental (CR/88, art. 211, parágrafo 4º).

Em sede infraconstitucional, diversificados diplomas legislativos visam a dar concretude ao direito subjetivo de acesso adequado aos serviços públicos de educação, notadamente os afetos ao ensino fundamental, valendo citar,

por relevante, a Lei n.º 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional²⁰.

Destarte, o dito diploma legal prevê, em diversificadas passagens, as obrigações dos entes políticos da federação, notadamente dos Estados e Municípios em relação ao ensino fundamental (Lei n.º 9394/96, arts. 4º, I, II e VII, 5º, par. 1º e 2º, 9º, I, III e IV, 10, II, III e VI, 11, I, V e par. único, 32, 68, II, 69, par. 1º e 5º, 70, 71, 72, 73, 74 e par. único, 75, par. 1º, 2º, 3º e 4º, 76 e 87, par. 3º e 6º).

Em especial para o presente exame, fixa competir aos Estados a atuação prioritária no ensino médio (Lei n.º 9394/96, art. 10, VI) e, aos Municípios, a prestação predominante do ensino fundamental (Lei n.º 9394/96, art. 11, V), prevenindo-se, inclusive, a possibilidade de integração dos Municípios ao sistema estadual de ensino ou a parceria com os Estados visando à criação de um sistema único de educação básica (Lei n.º 9394/96, art. 11, par. único).

Da breve análise sistemática e teleológica das normas constitucionais e infraconstitucionais mencionadas, é possível extrair que os serviços de educação, em especial os afetos ao ensino fundamental, são indispensáveis à dignidade constitucional da pessoa humana (CR/88, art. 3º, I), constituem direito subjetivo público difuso essencial dos cidadãos (CR/88, art. 6º, *caput* c/c art. 208, par. 1º), devem ser prestados fundamentalmente pelos Estados e Municípios (CR/88, arts. 205 a 214), com atuação prioritária dos Municípios, dentro do regime de cooperação traçado na Constituição e nas Leis (CR/88, art. 30, VI c/c art. 211, par. 4º), como decorrência do princípio federativo brasileiro (CR/88, art. 18, *caput*).

A cooperação entre Estados e Municípios, como sustentado, é medida constitucional de grande prudência, tendo em vista a já ressaltada assimetria fática e jurídica exis-

²⁰ Sobre o tema, ver ALBANEZ, Oswaldo. *Municipalização do ensino: emenda constitucional n.º 14, de 12.9.96 – lei n.º 9424, de 24.12.96. Boletim de Direito Municipal*, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, p. 357-362, jun. 1998 e *Manutenção e desenvolvimento do ensino: aplicação dos recursos municipais – lei n.º 9394/96. Boletim de Direito Municipal*, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, p. 574-579, out. 1997.

tente entre os diversos entes políticos da federação, em especial os Municípios, conforme nos dá notícia o abalizado magistério de DIRCÊO TORRECILAS RAMOS²¹, daí a opção constitucional pelo federalismo de cooperação.

No tema, dentre os instrumentos de parceria possíveis, as opções político-administrativas adotadas por alguns Estados e Municípios brasileiros têm sido a via dos convênios administrativos disciplinados genericamente pela Lei Geral de Licitações e Contratações Administrativas (Lei n.º 8666/93, art. 116), além das normas específicas estaduais dispondo sobre a municipalização do ensino fundamental²².

Neste contexto, os convênios administrativos se apresentam como verdadeiros instrumentos da atividade regulatória dos Estados e Municípios para a regulação dos serviços públicos afetos ao ensino fundamental, sendo o espaço normativo próprio para a disciplina das diversificadas questões, inclusive as de natureza técnica, com vistas à eficiência na prestação dos serviços educacionais.

Feita essa breve digressão normativa, passa-se ao exame dos pontos fundamentais que devem nortear os futuros convênios a serem firmados, que se caracterizam, como dito, verdadeiros instrumentos da regulação dos serviços públicos de educação.

4 O convênio como instrumento regulatório para a realização do federalismo cooperativo e assimétrico em matéria de serviço público da educação

Apresso-me em ressaltar que a opção pela municipalização dos serviços públicos de educação afetos ao ensino

²¹ O *federalismo assimétrico*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 52 e 63.

²² A título de exemplo, outro instrumento de parceria possível seria o contrato de programa previsto na Lei n.º 11.107/2005. Frise-se, contudo, que a hipótese do presente trabalho cuida dos convênios regidos genericamente pela Lei n.º 8666/93.

fundamental deve ser justificada, devendo a autoridade administrativa apresentar as razões pelas quais entende que a delegação pretendida é a que melhor realiza o interesse público, por força do princípio da motivação dos atos e condutas administrativas estatais (CR/88, art. 93, IX).

Avançando, como é cediço, a celebração de convênios em que os Estados entregam recursos financeiros próprios fica condicionada ao atendimento de diversos preceitos legais, em especial o art. 116 da Lei n.º 8666/93 e à LC n.º 101/2000.

Assim, deve haver comprovação da prévia aprovação do competente plano de trabalho, devendo, também, o objeto do convênio ser certo e determinado, conforme art. 116, par. 1º, I da Lei n.º 8666/93.

Da mesma maneira, deve-se proceder à formulação do plano de aplicação dos recursos financeiros antes da celebração do convênio, assim como do cronograma de desembolso, conforme art. 116, par. 1º, IV e V da Lei n.º 8666/93.

4.1 O prazo do convênio

Cabe advertir, desde logo, a impossibilidade jurídica de celebração dos convênios, que visam à municipalização do ensino fundamental, sem a fixação de prazos determinados para os pactos.

Isto porque a ausência de prazo nos convênios viola o princípio constitucional setorial da legalidade, que informa as atividades administrativas do Estado (CR/88, art. 37, *caput*).

Com efeito, da análise sistemática da Lei de Licitações, se extrai, claramente, a impossibilidade de celebração de convênios sem prazo certo e determinado.

É que o preceito constante do art. 116, *caput*, da Lei n.º 8666/93 prevê a aplicação das regras referentes aos contratos administrativos aos convênios.

Neste sentido, o art. 57, par. 3º, da Lei n.º 8666/93 veda a celebração de contratos administrativos por prazo indeterminado, o que deve ser aplicado aos convênios.

Ainda que não houvesse tal previsão legal, a própria sistemática dos convênios estabelece implicitamente a necessidade de fixação de prazo para a execução do ajuste, sendo o que se extrai da regra constante do art. 116, parágrafo 1º, VI da Lei 8666/93, consoante entende a expressiva maioria da doutrina administrativista brasileira²³.

Logo, há que se observar o sistema dos prazos máximos fixados pelo art. 57 da Lei de Licitações.

4.2 O repasse dos recursos destinados à gestão do ensino fundamental pelos Estados aos Municípios

Como mencionado alhures, dentre as normas constitucionais de cooperação entre os Estados e os Municípios para a universalização dos serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental encontra-se o art. 211 e seu par. 4º, que prevê o regime de colaboração dos entes políticos citados, o que supõe o financiamento dos serviços.

Por seu turno, as leis estaduais disciplinadoras da municipalização costumam prever como fontes de financiamento dos mencionados serviços públicos os recursos oriundos dos orçamentos municipais, observando-se os dispositivos do art. 212 da Constituição Federal e do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e os dispositivos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério; as quotas estaduais do salá-

²³ Neste sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 640; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 282; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 362; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 928 e GARCIA, Márcia *et al.* Dos convênios. In: GARCIA, Márcia (Coord.). *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 232.

rio educação, redistribuídas aos Municípios; os recursos captados junto ao Governo Federal, especialmente ao MEC e o FNDE, além de outras fontes de recursos.

Nesta ordem de idéias, a disciplina de financiamento dos serviços públicos de educação atrelados ao ensino fundamental, objeto dos convênios a serem firmados, pode ser analisada em 2 (dois) momentos, quais sejam: 1) o exercício financeiro em vigor, e 2) nos demais exercícios financeiros.

No que tange ao exercício financeiro em vigor, em regra, os recursos necessários ao financiamento dos serviços públicos de educação atrelados ao ensino fundamental – quer os decorrentes de programas federais, quer os recursos próprios dos Estados – advêm de repasses orçamentários dos Estados aos Municípios, devendo os administradores públicos observarem as cautelas de prudência fiscal instituídas pela LC n.º 101/2000.

A partir do exercício financeiro do ano seguinte, a rigor, os repasses dos recursos necessários ao financiamento dos serviços públicos de educação atrelados ao ensino fundamental – quer os decorrentes de programas federais, quer os recursos próprios dos Estados – advirão do repasse direto da União aos Municípios, mediante contas específicas abertas para tais finalidades.

É de se frisar que, em tais repasses da União, se incluem as parcelas de recursos que deveriam ser transferidas aos Estados, para o desenvolvimento das suas ações com serviços públicos de educação atrelados ao ensino fundamental, o que não será feito por força dos convênios dos Estados com os Municípios.

Assim, duas condições básicas se impõem para o repasse direto, pela União, dos recursos estaduais aos Municípios e vinculados ao financiamento dos serviços públicos de educação no ensino fundamental.

Em primeiro lugar, a possibilidade de repasse direto dos recursos financeiros dos Estados aos Municípios deve estar

disciplinada em lei e concretizada em pacto administrativo bilateral firmado entre os Estados e os Municípios, de modo a dar efetividade ao disposto no art. 211, par. 4º da CR/88.

Em segundo lugar, por se tratar de transferência voluntária de recursos estaduais aos Municípios, há que se observar as cautelas prudenciais da LC n.º 101/2000, em especial seu art. 25.

Sobre a primeira condição, vale citar, à guisa de exemplo, a Lei n.º 9424/96, que institui o FUNDEF e prevê, em seu art. 3º, par. 9º, a possibilidade de transferência imediata dos recursos estaduais do mencionado fundo aos Municípios que assumam os serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental, a partir da celebração de convênio com os Estados.

Não custa lembrar, por oportuno, que todos os recursos vinculados por lei ao ensino fundamental não poderão ter outra destinação, quer por parte dos Estados, seja pelos Municípios, sob pena de incursão dos administradores públicos em prática de ato de improbidade administrativa (Lei n.º 8429/92, art. 10, VI, XI c/c art. 11, I).

A operatividade da segunda condição pressupõe o prévio exame da incidência da regra prudencial relativa às transferências voluntárias de recursos, prevista no art. 25 da LC n.º 101/2000.

Consoante a dicção legal, a transferência voluntária ocorre nos casos em que se dá a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional ou legal. Veja-se, na hipótese em exame, a adequação típica da regra prudencial.

Destarte, não há dúvida de que se cuida de entrega de recursos correntes pelos Estados a outros entes da federação, no caso, os Municípios partícipes dos futuros convênios.

Trata-se de efetiva entrega pelos Estados, não realizada diretamente, mas por intermédio da União, com vistas a

tornar eficiente o procedimento de repasse dos recursos (CR/88, art. 37, *caput*) que, em última análise, serão geridos e aplicados diretamente pelos Municípios.

De outro lado, a entrega de recursos se dará com a expressa concordância dos Estados, manifestada nos convênios, de modo que os repasses diretos dos recursos estaduais, pela União, aos Municípios, por meio da conta específica prevista no art. 3º da Lei n.º 9424/96, não desnatura a titularidade dos recursos, que são dos Estados.

Avançando, também não resta dúvida que a transferência dos recursos estaduais aos Municípios se dá a título de cooperação, fruto de um federalismo cooperativo (CR/88, art. 18, *caput* c/c art. 211, par. 4º), com vistas à eficiência na prestação dos serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental pelos Municípios (CR/88, art. 37, *caput* c/c art. 211, *caput*).

Por último, a transferência dos recursos estaduais aos Municípios, como é intuitivo, não decorre de determinação constitucional ou legal, mas, sim, da opção político-administrativa, compartilhada entre as Chefias dos Poderes Executivos do Estado e dos Municípios (CR/88, art. 2º c/c art. 84, II), manifestada por meio de convênio, no que expressa a voluntariedade do pacto administrativo.

E a mencionada voluntariedade está ligada à forma de gestão dos serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental que, por ser atividade tipicamente administrativa, situa-se no âmbito da discricionariedade dos Chefes dos Poderes Executivos que, após avaliarem a melhor forma de gestão dos ditos serviços, no exercício da direção superior da Administração Pública (CR/88, art. 84, II), entenderam por bem delegar aos Municípios a sua execução.

Com efeito, há faculdade e, não, obrigação, conferida às Chefias dos Poderes Executivos estaduais, à municipalização, estabelecendo mais uma opção dentre as alternativas válidas em matéria de gestão dos serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental, sendo essa a interpre-

tação que melhor se coaduna com a Carta Política de 1988, que consagrou o princípio da separação e independência dos Poderes (CR/88, art. 2º), devendo, pois, prevalecer.

Logo, não é possível se falar em determinação, mas, sim, faculdades conferidas às Chefias dos Poderes Executivos dos Estados, em matéria de municipalização dos serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental.

Assim, por se tratar de transferência voluntária de recursos dos Estados aos Municípios, há que se atender ao sistema da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial às exigências constantes do art. 25 da LRF.

Ainda no que tange ao controle da eficiência na transferência e aplicação dos recursos vinculados aos serviços públicos de educação afetos ao ensino fundamental, na linha do exemplo do FUNDEF, está previsto no art. 4º da Lei n.º 9424/96 o controle por meio da instituição de Conselhos, no âmbito dos Estados e Municípios, formados por representantes dos respectivos Poderes Executivos e dos segmentos sociais diretamente interessados, o que atende aos princípios da legitimidade e da consensualidade das ações administrativas estatais e deve ser incentivado.

Tal aparato de controle se deve ao fato de que os Estados são os titulares e delegantes dos serviços e dos recursos envolvidos para o financiamento, de modo que a sua fiscalização se apresenta indispensável ou, no magistério de DIRCÊO TORRECILAS RAMOS²⁴:

Outra questão é o controle desses recursos quanto à sua aplicação. Quem dá direta ou indiretamente, mesmo que seja restabelecido o adequado equilíbrio, quer ver o produto de seu esforço bem aplicado. Há a solidariedade, a cooperação, uma assimetria a procura da diminuição das desigualdades, mas deve haver o controle.

²⁴ *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 183.

Não obstante isso, haverá o inafastável controle por parte dos Tribunais de Contas da União e dos Estados, na forma do art. 70 e ss. da CR/88.

4.3 A alienação de bens móveis e imóveis dos Estados aos Municípios

Na hipótese em exame, os Estados geralmente pretendem delegar aos Municípios a execução dos serviços de educação afetos ao ensino fundamental, com a transmissão dos bens móveis e imóveis pertinentes ao cumprimento de tal finalidade, adotando a alienação como mecanismo de delegação da gestão dos bens públicos necessários à eficiência na municipalização dos serviços educacionais.

Como se sabe, embora a gestão dos bens públicos se situe no âmbito da discricionariedade do administrador público (CR/88, art. 2º c/c art. 84, II), tal liberdade é previamente delimitada pela lei, por força do princípio constitucional setorial da legalidade administrativa (CR/88, art. 37, *caput*).

Assim, a Lei n.º 8666/93 disciplinou o tema em seu art. 17. Neste passo, as alienações (transferência da propriedade) dos bens públicos móveis e imóveis subordinam-se sempre à existência de interesse público devidamente justificado e prévia avaliação (art. 17, *caput*).

Portanto, qualquer alienação de bens públicos imóveis deve ser precedida de justificação (princípio da motivação, CR/88, art. 93, IX), avaliação prévia, autorização legislativa e licitação na modalidade concorrência (art. 17, I), dispensada a licitação, no caso, por se tratar de doação para outras entidades políticas da federação, quais sejam, os Municípios, o que se situa no âmbito da gestão dos bens públicos conferida ao administrador, conforme entendeu o E. STF na ADIN n.º 927, Rel. Min. Carlos Velloso.

Quando se tratar de bens móveis, dependerá de avaliação prévia e licitação, dispensada esta nos casos de doa-

ção aos Municípios (art. 17, II, a), consoante entendimento fixado na mencionada ADIN n.º 927 do E. STF, Rel. Min. Carlos Velloso.

Por seu turno, as leis estaduais disciplinadoras da municipalização em exame costumam prever a possibilidade de alienação aos Municípios dos prédios e equipamentos escolares abrangidos pelo processo de delegação, regularizando a situação destes junto aos respectivos departamentos de patrimônios estaduais.

De outro lado, as citadas leis estaduais estabelecem como responsabilidade dos Municípios incorporar às redes públicas municipais as escolas transferidas pelos Estados, sendo certo também que, em regra, os mencionados departamentos de patrimônios estaduais adotarão os procedimentos jurídicos e administrativos para a transferência dos prédios escolares a serem incorporados ao patrimônio municipal, prevendo-se a cessão dos prédios até a transferência definitiva dos bens aos Municípios.

A justificativa das alienações pretendidas, que é privativa do administrador público, se funda no próprio processo de municipalização. A autorização legislativa deve estar contida na lei estadual que disciplinar a municipalização ou em outra lei específica.

Deve haver, ainda, prévia avaliação dos bens móveis e imóveis a serem doados aos Municípios, para fins de atendimento aos diplomas legais mencionados.

Sob outro prisma, em relação aos instrumentos de doação dos bens móveis e imóveis, devem os mesmos ser elaborados com o detalhamento necessário de todas as condições das doações aos Municípios.

Neste passo, é de bom alvitre a previsão de cláusula de reversibilidade dos bens móveis e imóveis aos Estados em caso de descumprimento ou extinção dos convênios a serem firmados, conforme prevê o sistema do art. 17 da Lei n.º 8666/93.

4.4 A cessão de servidores públicos dos Estados aos Municípios

Avançando, os Estados geralmente cedem os servidores públicos que desempenhem suas funções nas áreas do ensino fundamental objeto da municipalização aludida.

O instituto da cessão de servidores, como regra, estará disciplinado nas leis estaduais que tratem da municipalização, estabelecendo os requisitos para a efetivação dos citados atos de cooperação entre os Estados e os Municípios.

No que tange à duração da cessão de servidores, que pode vir, ou não, prevista nas leis estaduais de municipalização, parece que a fixação do prazo é fundamental, pois é da essência da cessão a transitoriedade, já que não se pode conceber pactos administrativos com prazo indeterminado, por força do princípio da legalidade das atividades administrativas (CR/88, art. 37, *caput*). É o que se infere, aliás, da aplicação analógica do art. 57, par. 3º da Lei n.º 8666/93.

Ademais, ainda que assim não fosse, a cessão dos servidores sem prazo certo se transmudaria em transferência definitiva dos servidores, forma de provimento derivado que o E. STF já declarou inconstitucional, por violação ao princípio do concurso público²⁵, o que não se pode admitir.

Logo, o prazo da cessão deve, ao menos, coincidir com os prazos dos convênios, não se admitindo a ausência de prazo para o dito ajuste.

Por derradeiro, quando da celebração dos convênios com os respectivos Municípios, deve-se proceder ao detalhamento das cessões dos servidores, de modo a garantir a sua eficiência, tratando-se, dentre outros aspectos, do res-

²⁵ “A transferência de servidores públicos para outros cargos, inclusive para aqueles situados na ambiência de outros Poderes do Estado, desde que não precedida de aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, importa em modalidade inconstitucional de provimento no serviço público, pois, em última análise, viabiliza a investidura do agente estatal em cargo diverso daquele para o qual foi originariamente admitido” (Adin n.º 1329-7 – AL, Rel. Min. Celso de Mello. J., em 03.08.95).

sarcimento aos Estados, pelos Municípios, dos valores referentes aos custos dos servidores do magistério cedidos às municipalidades (CR/88, art. 37, *caput*).

5 Conclusões

Em razão do exposto, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- 1) Os serviços públicos de educação, em especial os afetos ao ensino fundamental, são orientados, consoante o sistema constitucional de 1988 e os diplomas legais nacionais e estaduais, pela cooperação inerente ao federalismo assimétrico brasileiro.
- 2) Os Estados não podem celebrar os convênios com os Municípios sem as prévias e necessárias justificativas, sem prazos determinados e sem a adoção das cautelas prudenciais exigidas pela LC n.º 101/2000, sob pena de violação aos princípios da legalidade, eficiência, motivação e prudência na gestão dos recursos públicos.
- 3) Para efetivar as doações dos bens móveis e imóveis dos Estados aos Municípios, além das cautelas acima referidas, sugere-se a elaboração dos instrumentos de doação dos mencionados bens, ocasião em que serão detalhadas todas as condições das doações aos Municípios, inclusive a sugerida cláusula de reversibilidade.
- 4) Quando da celebração dos convênios com os respectivos Municípios, deve-se proceder ao detalhamento das cessões dos servidores, de modo a garantir a sua eficiência, tratando-se, dentre outros aspectos, dos prazos e do ressarcimento aos Estados, pelos Municípios, dos valores referentes aos custos

dos servidores do magistério cedidos às municipalidades (CR/88, art. 37, *caput*).

- 5) A municipalização do ensino fundamental se apresenta como uma relevante técnica posta à disposição dos administradores públicos brasileiros, com vistas ao alcance da almejada eficiência na prestação dos serviços públicos educacionais, em última análise, um importante instrumento de concretização, em matéria educacional, da dignidade constitucional da pessoa humana, valor superior que deve orientar todas as condutas administrativas do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

6 Referências

ALBANEZ, Oswaldo. Municipalização do ensino: emenda constitucional n.º 14, de 12.9.96 – lei n.º 9424, de 24.12.96. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, p. 357-362, jun. 1998.

_____. Manutenção e desenvolvimento do ensino: aplicação dos recursos municipais – lei n.º 9394/96. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, p. 574-579, out. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 315.

BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 1. p. 141-151.

_____. *Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 1.

GARCIA, Márcia et al. Dos convênios. In: GARCIA, Márcia (Coord.). *Estudos sobre a lei de licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 36.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Dircêo Torrecilas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

www.stf.gov.br, ADI n.º 1.749, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 15.04.05.

www.stf.gov.br, ADI n.º 1.689, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 02.05.03.

www.stf.gov.br, ADI n.º 826, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 12.03.99.

www.stf.gov.br, RE n.º 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 07.05.04.

www.stf.gov.br, RE n.º 191.532, Rel. Min. Sepúlveda Per-tence, DJ de 29.08.97.

www.stf.gov.br, RE n.º 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.02.06.

www.stf.gov.br, ADI n.º 1329-7 – AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 03.08.95.

1.5

O NOVO PARÁGRAFO 3º AO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO E OS VELHOS PROBLEMAS HERMENÊUTICOS NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO

NELSON CAMATTA MOREIRA*

“A partir do momento em que os Direitos Humanos são postos como última referência, o direito estabelecido volta-se ao questionamento.”

Claude Lefort

SUMÁRIO: 1 A recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Brasileira de 1988. 1.1 O caráter diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos. 1.2 O impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. 2 Desafios para a efetivação do sistema integrado de proteção dos direitos fundamentais. 2.1 A “baixa compreensão” dos direitos fundamentais: o senso comum teórico e as práticas objetificantes do campo jurídico brasileiro. 2.2 A (pré)compreensão do STF acerca dos tratados internacionais de direitos humanos: sintomas da crise. 3 O sistema integrado de proteção dos direitos humanos e a transformação sugerida pela EC 45: o § 3º, do artigo 5º. 3.1 O impacto do § 3º, do artigo 5º e as duas (possíveis) faces de uma mesma moeda: os riscos do *culto ao procedimento* e os aspectos positivos do novo texto jurídico. 3.2 Aporias de uma sistemática(?) impensada: o que fazer com os tratados que não foram “legitimados pelo (novo) procedimento”. 3.3 Crise da hermenêutica dos direitos fundamentais no Brasil: os problemas da *baixa compreensão* e do apego ao formalismo. 4 Considerações finais. 5 Referências.

* Mestre e doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS). Pesquisador, bolsista da CAPES. Professor universitário. Advogado.

1 A recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Brasileira de 1988

Atentos às transformações ocorridas no âmbito global, os legisladores constituintes inseriram uma porta normativa para os tratados internacionais de direitos humanos na Constituição de 1988, que, em seu art. 5º, § 2º, diz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A inserção dos tratados internacionais, em especial, os que protegem os direitos fundamentais, na Constituição de 1988, seguiu uma tendência mundial difundida em vários Estados Nacionais¹, como consequência do movimento de globalização econômica e, especialmente, com a afirmação internacional dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a Carta Magna de 1988 inseriu, nos incisos do artigo 5º, vários dispositivos inspirados nos tratados internacionais de direitos humanos e, ainda, atribuiu aplicabilidade imediata a eles por meio de seu § 1º, art. 5º. Além disso, o valor da dignidade humana – imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos dos seus arts. 1º, III e 4º, II – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico bra-

¹ A título de ilustração, podem-se citar: (1) na Europa: 1.a) “A Constituição Portuguesa de 1976, que estabelece que os direitos fundamentais nela consagrados ‘não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional’, e acrescenta: ‘Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem’ (artigo 16, 1 e 2)”; 1.b) “A disposição da Constituição da Alemanha – com emendas até dezembro de 1983 – segundo a qual ‘as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal’ e ‘sobreponem-se às leis e constituem parte integrante do direito federal’ (artigo 25)”; (2) na América Latina: 2.a) A Constituição do Peru de 1993 (referendo de 31.10.1993), a qual se limita a determinar (4ª disposição final transitória) que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru”. 2.b) “A Constituição da Guatemala de 1985, cujo artigo 46 estabelece que os tratados de direitos humanos ratificados pela Guatemala têm preeminência sobre o direito interno.”; 2.c) “A Constituição da Nicarágua, de 1987, que, pelo disposto em seu artigo 46, integra, para fins de proteção, na enumeração constitucional de direitos, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.” Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, São Paulo, n. 14, p. 15-46, 1996.

sileiro, como critério de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, proposta por Cançado Trindade², acatada pela Assembléia Constituinte, realiza-se, diferente dos demais tratados, com base não apenas na “porta normativa” (art. 5º, § 2º) aberta pela Constituição, mas também com amparo no princípio e no fundamento constitucionais que garantem o projeto do Estado Democrático de Direito: a prevalência da pessoa humana (artigo 4º, II) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Essa construção principiológica associada à previsão legal constitui o arcabouço normativo que deve ser devidamente compreendido pelo intérprete, conforme mostrar-se-á subseqüentemente.

1.1 O caráter diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos

À luz desses dispositivos constitucionais, Flávia Piovesan sugere a organização dos direitos fundamentais em três grupos distintos: “(a) o dos direitos expressos na Constituição; (b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; (c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil”³.

Reconhecido o crescente valor do DIDH e a sua penetração nos Estados, devido à necessidade de expansão do sentimento de solidariedade, em face de tantas atrocidades identificadas e divulgadas, além da clara recepção normativa pela Constituição “Comunitária/Cidadã” no ordenamento interno, cabe ressaltar que, ao efetuar tal incorporação, a Carta Magna de 1988 passou a atribuir aos direitos internacionais de direitos humanos uma hierarquia diferenciada e especial de normas constitucionais.

² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1. p. 406.

³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 35.

Essa conclusão advém de uma análise sistemática do próprio texto constitucional que eleva à categoria de princípio a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), sugerindo ainda a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II) para, mais à frente, no art. 5º, §§ 1º e 2º, garantir a aplicabilidade imediata aos tratados internacionais.

O princípio “da dignidade da pessoa humana” ainda segue fortemente ancorado na concepção filosófica kantiana no sentido de que a pessoa (ser humano) deve ser sempre considerada como um fim e não como um meio, repudiando, assim, qualquer pretensão de coisificação ou instrumentalização do homem. Todavia, refutando a noção ontológica de dignidade, Hegel defende a necessidade de assunção da condição de cidadão para o ser humano atingir tal qualidade (dignidade), consubstanciando, desse modo, a máxima de que cada um deve respeitar os outros como pessoas, ou seja, a dignidade é (também) o resultado do reconhecimento. A partir desses aportes filosóficos, Sarlet aduz que a dignidade humana pode ser concebida como

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (parâmetros da Organização Mundial da Saúde), além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-60. Cf., também, BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. p. 459-483.

A leitura hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 deve considerar o valor da disposição topográfica de tal princípio, pois, como se nota, o legislador constituinte se encarregou de prever tal princípio logo na parte inaugural do texto, juntamente com os demais fundamentos da “Carta Cidadã”. Dito de outra forma, com as palavras de Sarlet, entende-se que

o Constituinte deixou transparecer de forma inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente), das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material⁵.

Da mesma forma, ineditamente na história do constitucionalismo brasileiro, a dignidade humana foi reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição de 1988), sendo ainda citada em vários outros capítulos do texto constitucional,

seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana (...) (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*)⁶.

⁵ Idem, p. 61. No mesmo sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 79-100, 2004.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 62.

Sintetizando, com Carlos Roberto Siqueira Castro, entende-se que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio do ser humano⁷.

E este reconhecimento se deu no século XX, justamente a partir da Carta da ONU de 1948 e do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por isso, pode-se afirmar que o ponto convergente do *Sistema de Defesa Integrado dos Direitos Humanos* (Cançado Trindade e Piovesan) – que possibilita a noção de interação entre o DIDH e o direito interno – é o princípio da dignidade da pessoa humana⁸. Isso se confirma, pois, se do ponto de vista constitucional, afirmou-se acima – com Sarlet – a prevalência do princípio da dignidade humana, na ótica do DIDH, com Piovesan, alude-se que

*a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. (...) O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana*⁹.

Ora, nesse raciocínio, não resta qualquer dúvida de que os tratados internacionais de proteção dos direitos fundamentais merecem tratamento especial em relação aos demais, pois, como afirma Cançado Trindade, citado por Mello, “não se pode tratar de modo igual um acordo comercial

⁷ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15-28.

⁸ Sobre a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como norma fundamental em diversas constituições e tratados e acordos internacionais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 62-65.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. p. 79-100. (Grifou-se)

sobre exportação de laranjas e tratado de direitos humanos”. E acrescenta:

à hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial e devem ser tidos como tais¹⁰.

Portanto, a Constituição brasileira atribui um caráter especial aos direitos fundamentais estatuídos em tratados, seguindo a tradição do Constitucionalismo português que, por sua vez, é ainda mais radical que o primeiro, indo além dos tratados internacionais, conforme observa Vieira de Andrade, citado por Mello:

Os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante do direito português, se constituírem princípios de direito internacional geral (art. 8º, n.º 1 da Constituição) ou quando constem de convenção internacional regularmente ratificados e publicados (art. 8º, n.º 2). E, em qualquer dos casos, são perfilhados pela ordem jurídica portuguesa com o caráter de direitos fundamentais (art. 16, n.º 1). De acordo com a opinião comum da doutrina, estabelece-se nestas disposições um sistema de ‘recepção plena’ do direito internacional geral e convencional, de modo que as normas internacionais vigorem automaticamente na ordem interna sem perderem o seu caráter internacional, isto é, sem se ‘transformarem’ em normas de direito nacional. Ora, isto significa, para quem descortina em certas normas constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, princípios de Direito Internacional comum, que essas normas são diretamente aplicáveis enquanto tais no ordenamento jurídico português¹¹.

¹⁰ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-33.

¹¹ Apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 34-35. Apesar de o presente trabalho não versar sobre o estudo comparativo entre constituições, vale a pena conferir o resumo exposto pelo autor nas páginas seguintes (p. 35-37).

Em relação aos demais tratados internacionais, eles possuem força de norma infraconstitucional nos termos do art. 102, III, “b” do texto constitucional, que permite a interposição de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado. Esse entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1977, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 e reiterado pelo mesmo órgão no ano de 1995, quando do julgamento do Habeas Corpus n.º 72.131-RJ¹².

Entende-se, contudo, que o órgão máximo do Judiciário equivocou-se ao estender tal entendimento aos tratados internacionais de direitos humanos, não os diferenciando dos demais tratados internacionais (conforme se conferiu alhures no trecho citado do Ministro do STF Carlos Velloso e como se constatará nos julgados mais à frente)¹³. Com este pensamento, o STF rechaçou a idéia de um sistema misto, na medida em que passou a interpretar, de forma unívoca, a aplicabilidade dos tratados internacionais, quando, na verdade, a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos e a sua interpretação sistemática exigem um tratamento especial e diferenciado, como mostra Piovesan:

Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade em relação aos Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados¹⁴.

¹² Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 84-86.

¹³ O equívoco também se estende a parte considerável da doutrina constitucional brasileira, bastante consumida e difundida no campo jurídico. Nesse sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*; MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 37.

Na esteira de pensamento exposto na obra da mesma autora, a conclusão alcançada é que

(...) o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicado aos tratados de direitos humanos e outro aplicado aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa¹⁵.

No que tange à incorporação automática, cabe assinalar que os tratados internacionais de direitos humanos diferem dos demais quanto à aplicabilidade imediata a partir de ratificados, devido à imposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), consagrador do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Esta argumentação pode ser resumida com Cançado Trindade:

O disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação do Poder Legislativo de

¹⁵ Idem, p. 38.

ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional de direitos humanos de que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5º, § 2º e 5º, 1º da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno¹⁶.

1.2 O impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro

Considerando o *status* de norma constitucional atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, em relação ao impacto que provocam no ordenamento jurídico brasileiro, afirma-se que os enunciados contidos neles poderão: *a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c) contrariar preceito do direito interno*¹⁷.

Em relação à *primeira hipótese*, vários dispositivos constitucionais reproduzem preceitos de tratados internacionais. Como exemplo disso, observa-se que o art. 5º, inciso III (“ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”) é uma cópia literal do art. V da Declaração Universal de Direitos Humanos, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e também do art. 5º (2) da Convenção Americana. Há ainda outros dispositivos que, quando não copiados, pelo menos se inspiraram no sistema integrado internacional. Sobre a influ-

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1, p. 407-408.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 39.

ência dos discursos dos tratados nos textos constitucionais, principalmente nos da América Latina,

(...) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório anual de 1977, constatou deficiências no direito interno de muitos países (inoperância de garantias e meios de defesa, falta de independência do Poder Judiciário), que deixavam de oferecer proteção adequada às vítimas de violações de direitos humanos; era precisamente nestas circunstâncias – esclareceu a Comissão Interamericana no relatório de 1980 sobre a situação dos direitos humanos na Argentina –, que se tornava necessária a atuação de órgãos de supervisão internacionais. Em relatórios anuais mais recentes, a Comissão relacionou a proteção dos direitos humanos com a própria organização política (interna) do Estado e o exercício efetivo da democracia, e em várias ocasiões instou os Estados-membros da OEA a *incorporar aos textos de suas Constituições certos direitos* e a harmonizar suas legislações respectivas com os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos¹⁸.

Na *segunda hipótese*, há uma série de enunciados que, apesar de não estarem previstos em leis internas, passam a incorporar o direito brasileiro, inovando e ampliando seu universo, ou ainda preenchendo lacunas no direito pátrio. Os tratados internacionais sugerem, então, a supressão de omissões no ordenamento jurídico brasileiro.

Para demonstrar o afirmado, destaca-se uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, citada na obra de Flávia Piovesan, cuja Ementa foi assim redigida:

Tortura contra criança e adolescente – existência jurídica desse crime no Direito Penal brasileiro – necessida-

¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. p. 414-415. (Grifou-se)

de de sua repressão – *Convenções internacionais subscritas pelo Brasil* – previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90, art. 233) – confirmação de constitucionalidade dessa norma de tipificação penal – delito imputado a policiais militares – competência da justiça comum do Estado membro – pedido deferido em parte(...) ¹⁹.

Nesse julgado, o então Ministro Celso de Mello proferiu um voto que aborda, com todas as letras, a questão da integração da lei penal pelo Tratado Internacional, cujos trechos importantes encontram-se transcritos na obra de Flávia Piovesan ²⁰.

Por fim, há a *terceira* e mais polêmica *hipótese*, que prevê um conflito entre norma prevista em tratado internacional de direitos humanos e norma de direito interno. Diante deste eventual “choque” de preceitos, qual seria a solução mais adequada?

Para responder a esta indagação, poder-se-ia optar pelo conhecido critério da lei mais nova, previsto no § 1º, do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível (...)”. Ou ainda, seguindo o entendimento de Celso de Albuquerque Mello, que sugere, para esta hipótese, a revogação de norma constitucional contrária ao tratado internacional de direitos humanos, por entender que este estaria num nível hierárquico superior àquela ²¹.

Contudo, mais uma vez, na esteira de entendimento de Piovesan, que, por seu turno, segue a teoria de Cançado Trindade, sugere-se, para a solução da questão acima, a escolha da norma mais favorável à vítima.

Optando-se por esse entendimento, prima-se pela fundamentalidade da pessoa humana, pois

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 108. (*Grifou-se*)

²⁰ *Idem*, p. 108-111.

²¹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 1-33.

O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.²²

Esse critério faculta aplicação da norma mais benéfica à vítima, que teve seu direito fundamental lesado, e essa fundamentação encontra-se nas disposições dos próprios tratados. Como internacionalista e com respaldo no âmbito normativo, Cançado Trindade invoca a fundamentação do *Sistema Integrado de Proteção* a partir do Direito Internacional Público, visando o fim da dicotomia estanque entre ordem jurídica internacional e direito interno.²³ A lógica do DIDH é a lógica material inspirada na *primazia da dignidade humana*, devendo ser afastados critérios estritamente normativistas como os da temporalidade (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível) e da especialidade (lei especial revoga lei geral no que ela tem de especial). “A lógica é exclusivamente material: merece prevalência norma mais benéfica, mais protetiva e mais favorável (independentemente se anterior ou posterior, geral ou especial).”²⁴

²² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 43.

²³ “No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. (...) o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.” Como exemplos das previsões do critério, o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos cita os seguintes Tratados: Pacto de Direitos Civis e Políticos (artigo 5(2)); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigo 23), dentre outros. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. p. 22 e 434.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. p. 79-100.

Portanto os tratados internacionais de direitos humanos se aplicam no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro, devido, sobretudo, à ênfase do § 2º, do art. 5º da Constituição de 1988. Não mais se justificando, pois, que, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estática e compartimentalizada.

A título de exemplo, merece destaque a questão da prisão por dívida do depositário infiel. Como é sabido, a Constituição Brasileira consagra o princípio da proibição da prisão por dívida, excetuando os casos de inadimplemento inescusável e voluntário de pensão alimentícia e do depositário infiel. Já o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos garante que “ninguém será preso por não poder cumprir obrigação contratual”. Tem enunciado parecido o art. 7º (7) da Convenção Americana, que estabelece que ninguém deve ser detido por dívidas, acrescentando que este princípio não limita os mandados judiciais expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Ora, levando-se em conta que o Brasil ratificou ambos os tratados internacionais, sem ressalvas, desde então não há mais como se conceber a possibilidade de prisão para o depositário infiel.²⁵ Esta é a conclusão mais coerente, com base no sistema integrado de proteção dos direitos humanos, do qual fazem parte os tratados supracitados, os quais o Brasil obrigou-se a cumprir.

Outro exemplo de equiparação do tratado internacional de direitos humanos à lei interna – infraconstitucional –, com aplicação do princípio *lex posteriori derogat lex priori*, que demonstra que o STF segue se mantendo insensível ao sistema integrado, é a discussão sobre a constitucionalidade

²⁵ Todavia esta não é a posição do Supremo Tribunal Federal, como mostra o seguinte julgado: 16000574 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – AÇÃO DE DEPÓSITO – PRISÃO CIVIL – É legítima a prisão do devedor fiduciante. 702731 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO INFIEL. STF – HC 77.942-1 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Mauricio Corrêa – DJU 11.12.1998.

de da Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (ADIn 1480-DF). Instada a decidir, a Suprema Corte manteve o entendimento de que os tratados internacionais (todos) são hierarquicamente equivalentes a leis ordinárias, sobrepondo-se às normas de fonte interna apenas em caso de aplicação do princípio supra-referido (*lex posteriori...*) ou do princípio da especialidade. E, como não bastasse, para sacramentar, o STF entendeu ainda, majoritariamente, que matéria dependente de Lei Complementar não pode ser normatizada por tratado, por se tratar de reserva constitucional²⁶.

Em suma, em todas as três hipóteses, nota-se que os tratados internacionais de direitos humanos inovam o universo dos direitos consagrados, “(...) ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos”²⁷.

2 Desafios para a efetivação do sistema integrado de proteção dos direitos fundamentais

Neste item, pretende-se explicitar algumas crenças canonizadas pelo jurista brasileiro em seu senso comum teórico²⁸, que, de forma irrefletida (ou não, o que é muito pior!), contribuem para a sedimentação de um *habitus*, no campo jurídico, capaz de reproduzir um modelo de direito ultrapassado e insuficiente para lidar com a complexidade contemporânea, ou seja, um direito marcado pela ausência de *pré-juízos autênticos*²⁹ no sentido de uma falta de pré-compre-

²⁶ Cf.: SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. p. 53.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 45.

²⁸ Vide, a seguir, nota 29.

²⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ensão constitucional adequada, mais especificamente, marcado pela ausência de uma devida pré-compreensão dos direitos fundamentais (uma das bases, ao lado da democracia, do Estado Democrático de Direito).

Assim, considerando-se a construção sistemática de defesa dos direitos fundamentais, elaborada com base nas obras, principalmente de Cançado Trindade e Flávia Piovesan, buscar-se-á, a partir de agora, relacionar tal construção no contexto de crise filosófico-jurídica no cenário brasileiro, pontualmente, no âmbito da decidibilidade jurídica. Com isso, dentro do possível, propõem-se críticas à postura hermenêutica adotada pelos juristas brasileiros que, em sua esmagadora maioria, (so)negam as possibilidades abertas pelo texto constitucional de 1988 com todos os seus valores (comunitários) nele assegurados, não percebendo a necessidade da assunção de uma postura diferenciada na contemporaneidade, para além do neopositivismo analítico³⁰.

A pesquisa elaborada e o raciocínio que segue se desenvolvendo não buscam (buscaram) aprofundar o debate referente à proposta de universalização dos direitos humanos e nem acerca de suas possibilidades de fundamentação (que, não é demais frisar, são assuntos importantíssimos) com base nos tratados de direitos humanos, pois parte-se do princípio da existência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de sua relação direta com os cidadãos, sendo, inclusive, normativamente e valorativamente, reconhecida pelo texto constitucional. O problema está na “baixa compreensão dos direitos fundamentais” no campo jurídico brasileiro. E, nessa perspectiva, a aplicação dos tratados internacionais assume o caráter de exemplo privilegiado da patente crise hermenêutica no Brasil.

³⁰ Sobre a matriz analítica neopositivista, cf. ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes teóricas do direito. In: _____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 93-105.

2.1 A “baixa compreensão” dos direitos fundamentais: o senso comum teórico e as práticas objetificantes no campo jurídico brasileiro

O *senso comum teórico*³¹ do jurista brasileiro referentemente aos direitos fundamentais, manifestado naquilo que aqui se pode chamar de “baixa compreensão dos direitos fundamentais” que, como um *iceberg* – que esconde submerso nas águas marinhas um volume de gelo muito maior que o emerso –, muito além de (so)negar a aplicação imediata de tratados internacionais de direitos humanos (aos quais se deve atribuir *status* de normas constitucionais), esconde (*vela*) uma precária realidade, qual seja, o apego ao modelo de direito liberal-individualista-normativista, aquele mesmo, calcado ainda na filosofia da consciência (separação sujeito-objeto e noção de método para interpretação).

No enfoque restrito aos direitos fundamentais, o termo “baixa compreensão” destes – entendido aqui como uma das facetas do senso comum teórico do jurista brasileiro – inspira-se na idéia de “baixa constitucionalidade”. Tal termo, cunhado por Streck, refere-se, num âmbito mais amplo, à predominância de *pré-juízos inautênticos* (no sentido heideggeriano) que forjaram a formação dos juristas brasileiros ao longo da história³². Ou seja, parte-se do entendi-

³¹ Essa expressão refere-se a um conjunto de predisposições compartilhadas, isto é, um complexo de saberes acumulados que delimitam ideologicamente a atividade dos operadores jurídicos em sua prática cotidiana. Segundo Luis Alberto Warat, “(...) o ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”, consubstanciando, assim, um ‘capital simbólico’, isto é, uma ‘riqueza’ auto-reprodutiva a partir de uma intrínca combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*, v. 1, p. 13. Ainda de acordo com as idéias de Warat, Faria afirma que “(...) a correta compreensão do funcionamento do direito na sociedade contemporânea requer, metodologicamente, um modelo analítico capaz de identificar as práticas lingüísticas que, embora jamais explicitadas e até mesmo admitidas pelos juristas, exercem um papel fundamental na efetividade simbólica e na reprodução de uma ordem social e de suas respectivas instituições jurídicas”, fazendo “(...) do exercício de sua profissão um mero ‘habitus’, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos (...)”. Cf. FÁRIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 91.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 208-218.

mento de que o jurista fala a partir de sua pré-compreensão, ou de sua situação hermenêutica. É por isso que, “quando o operador do direito fala do direito ou sobre o direito, fala a partir de seu ‘*desde-já-sempre*’, o *já-sempre-sabido* sobre o direito, enfim, como o direito *sempre-tem-sido* (é como ele ‘é’ e tem sido estudado nas faculdades e reproduzido e aplicado quotidianamente).” Assim, o mundo jurídico é “pré-dado (e *predado!*) por esse sentido comum teórico, *que é, assim, o véu do ser autêntico do direito!*”³³.

Com essa noção, fica mais clara a idéia de “baixa compreensão dos direitos fundamentais”, principalmente os previstos em tratados internacionais materialmente recepcionados pela Constituição de 1988, na medida em que se verificam o histórico de opressão por parte do Estado brasileiro que, por sua vez, durante quase três décadas, andou justamente no caminho oposto ao sugerido pela proposta de “proteção global” da Carta da ONU de 1948. Como é sabido, o processo democratizador e garantidor dos direitos fundamentais na história do Brasil é bastante novo, constando a partir do início da década de 1980. Além da condição factual de inobservância dos direitos fundamentais que acompanhou os cidadãos brasileiros (e o jurista, é claro), os cursos jurídicos sempre se mantiveram refratários para as discussões acerca dos direitos fundamentais, principalmente do estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua relação com o direito interno.

A partir disso – parafraseando-se Streck – os *pré-juízos* no campo jurídico brasileiro, calcados em uma história que tem relegado os direitos fundamentais a um plano secundário, equiparando as disposições constantes dos tratados internacionais de direitos humanos a leis ordinárias, constituem-se em algo que se convencionou chamar de *baixa compreensão dos direitos fundamentais*, que, hermeneuticamente, ‘estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o

³³ Idem, p. 216-217.

direito', impedindo, conseqüentemente, a manifestação do "ser" dos direitos fundamentais³⁴. Um dos fatores que colabo(r)am para a pouca importância que se dá aos tratados internacionais de direitos humanos é o fato de que a noção de dignidade da pessoa humana ainda não foi compreendida/compartilhada e, por isso, tais tratados são interpretados, indistintamente – majoritariamente pela doutrina e integralmente pelas decisões do STF – como se fossem *tratados internacionais comerciais sobre exportação de laranjas* (Mello).

Do ponto de vista da *hermenêutica filosófica* e da *Nova Crítica do Direito (doravante NCD)*³⁵, entende-se que, ao igualar os tratados internacionais de direitos humanos aos demais tratados internacionais, o STF e toda a doutrina que o segue, *objetificaram* a interpretação constitucional, transformando todos os tratados internacionais na *mesma coisa*. Ou seja, a precária hermenêutica praticada pelos intérpretes da Constituição no Brasil contribui para a *entificação* do *ser* dos direitos fundamentais, para usar uma linguagem heideggeriana, na medida em que não permite o aparecimento da *coisa mesma* (que não é a *mesma coisa!*), impedindo, assim, o reconhecimento da peculiaridade dos tratados internacionais

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 215.

³⁵ Sintetizando, a Nova Crítica do Direito (NCD) pode ser compreendida "como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de 'desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos' (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente, ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por meio de um pensamento objetificador (Heidegger). Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente a diferença que separa o ser do ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração da mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica standatizada, na qual o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento dogmatizante, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do Direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador. A NCD busca, por meio de uma análise fenomenológica, o des-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, onde não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo, 2003. p. 223-271.

de direitos humanos, que não podem ser equiparados, por exemplo, a simples tratados internacionais comerciais, devido aos valores (comunitários) eleitos na Carta Magna como predominantes na sociedade brasileira.

Para melhor elucidar as críticas e as propostas contribuidoras para uma “*autêntica compreensão*” dos direitos fundamentais, recorre-se à apresentação da postura do Supremo Tribunal Federal, que é (ou deveria ser!)³⁶ a Corte Constitucional brasileira, manifestada em julgados que envolvem a aplicação de tratados internacionais que versam sobre direitos fundamentais individuais.

Assim, os exemplos apresentados a seguir não devem induzir ao equívoco de se imaginar que todos os problemas contemporâneos poderiam ser resolvidos se apenas se alterassem as posturas dos operadores do direito (o *habitus* jurídico). Pelo contrário, diante de tantas faces que assume o contexto de crise no Brasil, entende-se que a crise do modelo jurídico seja apenas uma dentre tantas possíveis.

2.2 A (pré)compreensão do STF acerca dos tratados internacionais de direitos humanos: sintomas da crise

Sobre a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, procurar-se-á, a partir da postura adotada pelo STF, apontar as críticas e as contribuições da hermenêutica filosófica e da NCD como propostas, pelo menos, mais adequadas à (nova) postura requerida ao jurista na contemporaneidade.

Partindo-se da necessidade de uma (nova) postura no que concerne à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil, devido a valores, princípios e abertura normativa constitucionais, interados com as disposições do DIDH, pre-

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Cap. 5.

tende-se, a partir de agora, iniciar o delineamento das críticas e contributos hermenêuticos para a efetivação do tratamento diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos. Para tanto, invoca-se a seguinte ementa da paradigmática decisão prolatada pelo STF:

101893 – PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – 1 A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2 Os arts. 1º (art. 66 da Lei n.º 4.728/65) e 4º do Decreto-lei n.º 911/69 definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3 A prisão de quem foi declarada, por decisão judicial, como depositário infiel, é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4 *Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n.º 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”), deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. Precedentes. (STF – HC 75.925 – 2ª T. – Rel. Ministro Maurício Corrêa – DJU 12.12.1997)*³⁷

³⁷ Seguindo o mesmo entendimento, no STF: (anteriormente) HC 71197/RJ RECURSO EM HABEAS CORPUS – Relator Min. Néri da Silveira – Julgamento em 22/03/1994 – Segunda Turma – Publicação DJ DATA 03/06/1994 PP-13855 EMENT. VOL.-01747-02 PP-00338; (posteriormente) RHC 80035/SC – RECURSO EM HABEAS CORPUS – Relator Min. Celso de Mello – Julgamento em 21/11/2000 – Segunda Turma – Publicação DJ DATA 17/08/2001 PP 00053 EMENT. VOL.-02039-01 PP-00463; no STJ: STJ – RHC 4.210 – 6ª T. – Rel. p/ac. Min. Adhemar Maciel – DJ. 29.05.1995; HC 25126/SP – HABEAS CORPUS – Relator Min. Luiz Fux – Julgamento em 17/12/2002 – T1 – Primeira Turma – Publicação DJ 17/02/2003 P. 00223; Em Tribunais Estaduais: TJRS – HC 599193976 – RS – 14ª C. Cív – Rel. Des. Aymore Roque Pottes de Mello – DJ. 06.05.1999; TJSC – AI 97.007013-6 – 4ª C.C. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – DJ. 04.09.1997. Cf.: JURIS SÍNTESE MILLENNIUM. *Jurisprudência*. CD-ROM, n. 34. 1. São Paulo: Síntese, 2002; STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp>>. (*Grifou-se*)

Note-se que a construção argumentativa exposta no julgado supracitado para fundamentar a decisão não se refere, em momento algum, aos princípios, aos valores, enfim, ao projeto proposto pela Constituição de 1988. Pelo contrário, como toda a racionalidade jurídica contemporânea, assentada na *astúcia dogmática*³⁸ que lhe (retro)alimenta, na decisão do STF, os julgadores partem apenas do discurso legal (oficial), sem perquirir as suas condições de possibilidade para a implementação, no caso, da incidência dos tratados de direitos humanos.

Nesse caso, o que se percebe é que a dogmática, reproduzida tanto na doutrina³⁹ quanto no âmbito da decidibilidade jurídica, assenta-se naquilo que Streck chama de *racionalidade II*⁴⁰.

Os *vetores de racionalidade*, trabalhados por Streck a partir da obra de Putnam, podem ser apresentados e distinguidos da seguinte forma: a *racionalidade I* situa-se na base da *racionalidade II* e representa um *a priori* que a racionalidade discursiva sempre pressupõe, mas não necessariamente explícita; já a *racionalidade II* é “aquela própria dos discursos da ciência, que se fazem por etapas, sendo sucessivos e complementares, podendo se estender de maneira indefinida no universo de um conhecimento determinado”⁴¹.

³⁸ Esse termo, cunhado por Ferraz Júnior, refere-se ao artifício, utilizado na dogmática jurídica, que se desenvolve mediante mecanismos de deslocamentos ‘ideológico-discursivos’ do plano do mundo da vida para o plano das abstrações jurídicas, fazendo com que o indivíduo não discuta, por exemplo, o problema dos direitos humanos e a incorporação dos tratados internacionais, mas, apenas, *a partir deles* ou *sobre eles*. Cf.: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 146 *et seq*; *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 308; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. p. 73-78.

³⁹ É interessante notar que, até mesmo autores não reacionários (que trabalham o constitucionalismo para além do positivismo) acabam caindo nesta armadilha. Nesse sentido, por todos, pode-se citar Luis Roberto Barroso, para quem a interpretação da Constituição se dá a partir de “categorias da interpretação jurídica em geral” e a teoria da argumentação como “um elemento decisivo”, para a explicitação da solução de casos em que não se encontram previsões no ordenamento. Cf. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, p. 295-349, 2004.

⁴⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*, p. 223-271.

⁴¹ Idem, p. 241.

A *racionalidade II*, portanto, é aquela que se dá no nível apofântico, ou seja, no nível discursivo, no âmbito, por exemplo, das chamadas teorias da argumentação. Nesta maneira de abordar o direito, não há a preocupação filosófica com as condições de possibilidade da aplicação, no caso aqui analisado, dos direitos fundamentais, na medida em que se verificam apenas *racionalmente* a validade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico. Aliás, a questão da validade da norma jurídica para o jurista brasileiro (assunto que será melhor abordado no próximo capítulo) ainda está presa às amarras metafísicas da separação sujeito-objeto, como proposta pela escola exegética do início do século XIX e pelo neopositivismo lógico do início do século XX.

Ainda tendo em vista a ementa do julgado supracitada, nota-se o exemplo paradigmático de como as decisões do STF, que deveria agir como o Tribunal Constitucional brasileiro, obnubilam os valores assegurados pela “Carta Cidadã”, na medida em que não fazem qualquer referência à existência do DIDH, ou mesmo, do princípio da dignidade humana, por ocasião de uma discussão jurídica tão importante como é a que envolve a aplicabilidade de tratados internacionais de direitos humanos, não se sensibilizando com o contexto de transformações globais, que a própria Constituição tentou acompanhar no discurso constante do seu artigo 5º, § 2º.

O “entendimento firmado” pelo STF, sobre este assunto, serve também para sedimentar a visão da Constituição como mera Lei Fundamental, tomando lugar como mero dever-ser, capaz de agasalhar com “capas de sentido” todo o ordenamento jurídico que a ela deve se submeter⁴². Essa concepção subverte a noção de defesa dos direitos huma-

⁴² Cf. STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: AVELÁS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371.

nos, formalizada na própria Constituição de 1988, aberta aos tratados internacionais, pois afasta as possibilidades de discussões éticas no direito, nitidamente sugeridas pelo cunho comunitário da Carta Constitucional de 1988.

Nesse paradigma positivista, a Constituição continua aparecendo como simples “capa de sentidos”, ou seja, como uma “lei maior” capaz de agasalhar as “leis codificadas”, atribuindo-lhes validade. No discurso hegemônico do positivismo, a Constituição ainda mantém o perfil “despolitizado” e “neutral” característico da segunda fase do Estado Moderno, de cariz liberal⁴³. Como adverte Stein,

No fundo, qualquer concepção de princípio, de norma fundamental ou de justificação, era concebida num contexto substancialista herdado da tradição metafísica. Todas as filosofias que cercavam a discussão da interpretação traziam em si métodos e concepções de conteúdo que levavam a objetificações no universo dos códigos e da Constituição. As filosofias oriundas da tradição metafísica não poderiam trazer para o direito senão uma espécie de espelho da realidade. E essa era considerada sólida, imutável e, sobretudo, marcada por uma concepção que transformava a realidade toda em coisa. Ora, a realidade humana e existencial que percorre todo o mundo da lei, do direito e das normas fundamentais criava uma espécie de inquietação no campo da interpretação que não recebia uma resposta de efetivo caráter filosófico. O pensamento dogmático do direito era capaz, quando muito, de responder com novos aparatos legais que sempre traziam em seu bojo, a mesma rigidez dos pressupostos metafísicos de onde provinham. Era o império da objetificação que prendia o pensamento dogmático no estreito domínio da positividade.⁴⁴

⁴³ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a reconstrução pelo golpe institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 8.

⁴⁴ STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11-17.

Para a defesa desse “positivismo intransigente”⁴⁵, o principal argumento invocado é a onipotência do conceito de soberania, pois, segundo o discurso do ministro – repetido reiteradamente em outros votos –, “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”. Por incrível que pareça, esse não é um discurso de um tribunal francês do século XVIII, e sim, do Supremo Tribunal Federal, num período de intenso movimento de globalização, com o impacto da “*lex mercatoria*, da expansão da microeletrônica, das telecomunicações e dos transportes”⁴⁶.

Contra a visão “absolutizada” de soberania, deve prosperar a idéia de flexibilização da soberania em prol dos direitos humanos, como mostra Kathryn Sikkink:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados⁴⁷.

Com poucas possibilidades de resistência, a soberania segue constantemente sendo impactada pela velocidade das transformações globais, mas, para a defesa dos direitos humanos, não há possibilidade de revisão do conceito

⁴⁵ Contra o “positivismo intransigente”, verifica-se o chamado movimento em defesa do *neo-constitucionalismo* no Brasil, que busca reconhecer as deficiências do processo modernizador pátrio e invoca a necessidade de um Constitucionalismo dirigente e compromissário que não seja descolado das possibilidades do Estado brasileiro e das necessidades sociais num contexto impactado pela globalização. Dentre os autores defensores dessa tese, para citar alguns: BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*; ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p. 169-188.

⁴⁶ FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-13.

⁴⁷ Apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 37, p. 109-128, 2001.

“absolutizado” de soberania do Estado-Nação. Em síntese, o senso comum do jurista brasileiro segue aprisionado ao direito estatizado e científico (na visão weberiana), afastado de discussões valorativas, tão sugeridas pela Constituição comunitária.

3 O sistema integrado de proteção dos direitos humanos e a transformação sugerida pela EC 45: o § 3º, do artigo 5º

O parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal, pela EC 45, promulgada em 8/12/2004 e publicada em 31/12/2004, dispõe que “os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Trata-se, portanto, de inovação introduzida no texto constitucional brasileiro, que tem por intuito atribuir *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que preenchidos os requisitos procedimentais do § 3º, ou seja, pretende “resolver” a celeuma em torno do patamar que deve ocupar esses instrumentos normativos internacionais que tratam de direitos fundamentais.

Todavia, a inovação legislativa sugerida pelo *legislador constituinte derivado reformador*, apesar de ofertar, oficialmente, uma proposta solucionadora, possui conseqüências negativas ao campo jurídico, pois (1) acaba por gerar mais confusões que soluções, além de (2) ser, antes disso, despidianda sob o ponto de vista hermenêutico.

Sobre o primeiro problema, Morais afirma:

Desde o advento da Carta Constitucional de 1988 nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensões acerca do conteúdo a ser atribuído à

Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos.

Tal debate não se finda com a promulgação da EC 45/04, ao contrário, parece-nos, outros problemas emergem e necessitam tratamento compatível com o projeto de Estado Democrático de Direito assumido pelo constituinte (...) ⁴⁸ .

Em relação ao segundo problema, qual seja, a hermenêutica dos tratados internacionais inseridos no ordenamento brasileiro, destinar-se-á, na seqüência desta monografia, um item específico para se firmar um olhar acerca da desnecessidade de tal dispositivo, mas, desde já, adianta-se que isso ocorre face a presença do § 2º, do artigo 5º, que, por si só, já seria suficiente, conforme se afirmou alhures, para ensejar uma leitura *constitucionalizante* dos tratados internacionais de direitos humanos.

A presença do novo parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal se mostrou tão distoante do discurso daqueles que defendem uma visão material aberta dos direitos humanos que se chegou a levantar a discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

De fato, a argumentação partidária da inconstitucionalidade do dispositivo da emenda que sugere o ora § 3º, do artigo 5º, da CF, parte do pressuposto de que ocorreu um “retrocesso no alcance do § 2º, do artigo 5º, do texto constitucional que, como norma de extensão, alçava os tratados internacionais de direitos humanos ao *status* constitucional independentemente de qualquer *quorum* privilegiado”. Contudo, como esclarece Amaral, a análise da jurisprudência do STF e da doutrina que o inspira, “esse retrocesso é ilusório na medida em

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos, constituição e direito internacional. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 43.

que o alcance estabelecido como premissa para fundamentar a inconstitucionalidade nunca foi reconhecido⁴⁹.

Diante disso, constatada a ausência de um *precedente* na Corte Constitucional brasileira, bem como a *baixa cultural dos direitos fundamentais* no Brasil, infelizmente, há de se convir que, caso tal discussão alcançasse o STF fatalmente seria rechaçada. Tudo isso porque, conforme já consagrado, o Supremo Tribunal Federal “negou para o referido § 2º do art. 5º qualquer efeito inovador na matéria de integração de tratados ao direito interno, mantendo o entendimento jurisprudencial até então vigente”⁵⁰.

Afastada a possibilidade de discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade do novo dispositivo (§ 3º, do art. 5º), trazido pela EC 45/04, para o texto constitucional, cuja argüição sequer foi apresentada à Corte Constitucional Brasileira, resta, assim, o enfrentamento da incidência desse novo texto inserido na Constituição. O § 3º do artigo 5º é uma realidade que carece de um olhar hermenêutico.

3.1 O impacto do § 3º, do artigo 5º e as duas (possíveis) faces de uma mesma moeda: os riscos do culto ao procedimento e os aspectos positivos do novo texto jurídico

Conforme diagnosticado no item anterior, foi estabelecido um procedimento especial no texto constitucional brasileiro capaz de atribuir aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos um caráter de norma constitucional.

⁴⁹ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005. p. 134. Sobre o entendimento acerca da inconstitucionalidade do § 3º diante do § 2º, ambos do artigo 5º, da CF, vide BLANCO TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte; FERREIRA, Luis Alexandre Cruz. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 456-457.

⁵⁰ DALLARI, Pedro. *Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

A partir de agora, intenta-se apresentar o paradoxo do estabelecimento de tal procedimento que pode ser compreendido, basicamente, em dois aspectos: um negativo, que valoriza a interpretação extremamente formalista do novo dispositivo ora debatido, fundada numa postura capaz de enxergar o procedimento como um fim em si mesmo; ou, por outro lado, um positivo, se se considerar a possibilidade de uma construção hermenêutica em prol da manutenção do sistema integrado (Constituição/DIDH) de proteção dos direitos fundamentais e, para tanto, o § 3º deve ser interpretado em consonância com o § 2º, do artigo 5º da Constituição.

Quanto ao primeiro aspecto – o negativo –, antes de se tecer qualquer crítica sobre o apego formalista ao procedimento, deve se esclarecer que não se pretende aqui contestar o diagnóstico de autores como Habermas, que, em sua obra, tratou de descrever a legitimação, nas sociedades modernas, do direito por meio de procedimentos estabelecidos pelos Estados de direito⁵¹. Assim, registra-se, desde já, que as críticas, que se desenvolverão subseqüentemente, não envolvem a discussão em torno do problema da procedimentalização do direito, mas, mais especificamente, o apego do operador do direito ao formalismo que acaba obnubilando o conteúdo do direito. E isso, levando-se para a questão dos direitos fundamentais, pode ser bem exemplificado a partir da interpretação radicalmente formalista do § 3º, do artigo 5º.

O aspecto negativo do § 3º, do artigo 5º, portanto, pode ser constatado, num primeiro momento, em relação aos potenciais prejuízos que possam vir a ser causados em re-

⁵¹ Em sentido próximo, Habermas afirma que: "A validade (*Gültigkeit*) de uma norma jurídica afirma que o poder estatal garante ao mesmo tempo positividade jurídica legítima e execução judicial fática. O Estado deve garantir ambos, por um lado, a legalidade do comportamento no sentido de um seguimento satisfatório da lei, caso necessário, forçado com base em sanções, e, por outro, uma legitimidade das regras que torna a todo momento possível o cumprimento de uma norma por 'respeito diante da lei'. Com relação à legitimidade da ordem jurídica, no entanto, sobretudo uma outra característica formal é importante, a saber, a positividade (*Positivität*) do direito positivado (*gesetz*).". Cf. HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

lação à “interpretação que era feita sob o manto do § 2º do art. 5º da CB, acerca da incorporação *constitucional, automática* e sob o critério da *materialidade constitucional* de tratados versando direitos humanos”⁵².

A procedimentalização serviria, então, para reforçar a tese já consagrada pelo STF, no sentido contrário da incorporação automática, baseada no critério material. Nesse sentido, com base no novo § 3º, do art. 5º, Pedro Dallari alcança do dito, pelo não dito, a seguinte norma:

Essa omissão não é desprovida de conseqüências, pois, além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior *quorum* na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do § 2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo § 3º do art. 5º. Assim, paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam *status* constitucional⁵³.

Com isso, o autor conclui que esse dispositivo “operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do mesmo art. 5º, desde a sua edição em 1988, já ensejaria o nivelamento constitucional para o rol (de tratados) preexistente à

⁵² TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

⁵³ DALLARI, Pedro. *Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 91.

EC 45” de maneira que, “relativamente ao passado, o texto do § 3º do art. 5º revela-se contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos”⁵⁴. Nesse mesmo sentido, Leonardo A. de Andrade Barbosa aduz que:

A Reforma do Judiciário, ao prever a possibilidade de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos mediante procedimento específico no âmbito do Congresso Nacional, veio a reforçar a posição adotada pelo STF na questão, isto é, assentou que os tratados sobre direitos humanos não contam com a hierarquia constitucional automaticamente, como sugerido por Piovesan⁵⁵.

Por fim, colocando uma última pá de terra sobre o jazigo dos direitos fundamentais, Flávio Dino afirma que nova sistemática, trazida pelo § 3º do artigo 5º, “soluciona a polêmica anterior mantendo a hierarquia dos tratados (anteriores à EC 45/2004) equivalente às leis ordinárias”⁵⁶.

Já em relação ao segundo aspecto – o positivo –, a emenda constitucional 45/04, não obstante a sua assistemática, “veio com o desiderato de fortalecer e não enfraquecer a sistemática brasileira de proteção dos direitos fundamentais, o que se depreende, por exemplo, das prescrições de celeridade dos julgamentos (art. 5º, LXXVIII) e de deslocamento de competência para a Justiça Federal” para julgamento de crimes que ofendem os tratados internacionais de direitos humanos (art. 109, § 5º)⁵⁷.

⁵⁴ Idem, p. 95. Cf. AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005. p. 112-113.

⁵⁵ DINO, Flávio et al. *Reforma do judiciário: comentários à emenda n. 45/2004*. Niterói: Ímpetus, 2005. p. 16.

⁵⁶ Idem, p. 13. Num tom de perplexidade, do qual se comunga nessa monografia, Jasson H. Amaral, reporta os comentários de Flávio Dino, que se resumem assim: “O autor” (Dino) “refuta a idéia de que o novo comando constituiria um retrocesso, não acreditando que a nova composição do STF ensejaria mudança na posição majoritária sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Por tal motivo, o novo dispositivo seria vantajoso, na medida em que ‘estabelece a possibilidade de um processo legislativo qualificado conferir status de emenda constitucional’”. AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 113.

⁵⁷ AMARAL, Jasson Hibiner. *Op. cit.*

Além disso, não obstante os equívocos lingüísticos que podem ser vislumbrados no “dispositivo inovador”, se se considerar apenas o fato da discussão trazida pela Emenda 45 em relação ao grau normativo que se atribui aos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, já é, por si só, extremamente salutar para o ambiente que relaciona direitos fundamentais e a democracia que, juntos, *contribuem para a criação ininterrupta de direitos, para a subversão contínua do estabelecido e para a reinstituição permanente do social e do político* (Chauí). Ou seja, num jovem ambiente democrático – considerando-se os 18 anos de Constituição Cidadã –, em face da triste história autoritária brasileira, os direitos humanos ocupam um importante espaço simbólico para a discussão dos anseios *democráticos*, num *Estado de Direito*.

E, do ponto de vista hermenêutico, um texto normativo que cuide de direitos humanos é sempre bem vindo, na medida em que se pode, por meio de uma construção de sentido – não relativista⁵⁸ – alcançar uma fusão de sentidos, convergente em prol da dignidade humana. Nesse sentido, conforme se verá subseqüentemente, já existem alguns exemplos no âmbito da decidibilidade jurídica, que vem buscando construir entendimentos para além de um *positivismo objetificante*.

3.2 Aporias de uma sistemática(?) impensada: o que fazer com os tratados que não foram “legitimados pelo (novo) procedimento”

A Emenda Constitucional 45 não trouxe qualquer esclarecimento acerca da situação dos tratados internacionais de direitos humanos que lhes são anteriores, nem especificamente no texto normativo que inseriu o § 3º, nem tam-

⁵⁸ Contestando as acusações de relativismo da hermenêutica, conferir STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. p. 310-319.

pouco em qualquer outra passagem de seus dispositivos. Dito de outra forma, resumidamente, os vários e importantes tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil⁵⁹ ficaram no limbo das discussões travadas por ocasião da elaboração da EC 45.

Ao contrário disso, no direito comparado, analisando-se o texto constitucional argentino, modificado pela emenda introduzida em 1994, mais especificamente seu artigo 75, item 22, prevê que os vários pactos e “tratados internacionais de direitos humanos, expressamente enunciados, têm hierarquia constitucional”, revelando ainda que os demais tratados acerca da matéria que forem aprovados por dois terços dos membros de cada uma das câmaras do parlamento nacional (*quorum* adotado para aprovação de emendas constitucionais no país) também terão hierarquia constitucional⁶⁰.

Como exemplo bastante elucidador, então, nota-se que a Constituição Argentina traz, também por meio de uma emenda, a previsão que estende aos tratados anteriores à alteração, devidamente enunciados, o patamar de normas constitucionais. Houve, na verdade, “uma espécie de ‘análise em bloco’ dos tratados internacionais de direitos humanos que já haviam sido ratificados pela Argentina, o que resultou em sua expressa constitucionalização.” Isso consistiu numa medida salutar que dá sua contribuição, na qual se pode destacar, dentre outras coisas, uma “economia de tempo para a sua aprovação, bem como o fato de que a não aprovação pelo Congresso significaria a rejeição da constitucionalização de todos os tratados internacionais de direitos humanos até então ratificados pelo país, o que re-

⁵⁹ Alguns exemplos de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28/09/1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 24/01/1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também em 24/01/1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25/09/1992.

⁶⁰ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 109.

presentaria sérios desgastes para o parlamento diante da opinião pública”⁶¹.

Retornando a discussão para o caso brasileiro reforça-se o registro de que nenhuma menção foi realizada, pela EC 45, à situação dos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

Portanto, a discussão que se mantém e que parece ser a grande questão sobre esses instrumentos internacionais garantidores dos direitos humanos, gravita em torno do patamar ocupado por tais instrumentos no direito brasileiro. E o ponto nevrálgico de divergências em torno dos tratados internacionais de direitos humanos é o seguinte: continuarão estes sendo concebidos como normas infraconstitucionais, conforme se depreende do entendimento do Supremo Tribunal Federal? Ou poderão assumir o *status* de leis constitucionais, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento qualificado, previsto pelo § 3º, do artigo 5º?

Como resposta a essa indagação, Tavares sugere, todavia sem uma fundamentação suficiente, que a tese da incorporação automática via § 2º, da Constituição seja mantida para os tratados firmados antes da publicação da EC 45/04 e, para as novas convenções ou tratados, posteriores à reforma, serviria a regra do § 3º. Outra possibilidade, segundo, o autor seria “a de considerar a regra do § 3º apenas uma formalização que ratifica a posição assegurada pelo § 2º, compreendida como a de assegurar o nível constitucional desses tratados”⁶².

Além dessas, há ainda a proposta desenvolvida a partir do raciocínio ínsito à idéia de *recepção*, bastante difundida e conhecida no Direito Constitucional. Essa teoria pode ser

⁶¹ Idem, p. 110. Para o estudo comparado de outras ordens constitucionais, como as da Venezuela, do Peru, da Nicarágua, da Guatemala, da Colômbia e do Chile, vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 77-80.

⁶² TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça, comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45. Esta segunda idéia será melhor desenvolvida ao final do próximo item.

resumidamente entendida como aquela que leva em consideração a compatibilidade material da norma com o novo ordenamento constitucional para que ocorra o fenômeno da recepção, sempre prevalecendo, para os aspectos formais, a regra do *tempus regit actum*. Assim, exemplifica Amaral,

se uma lei ordinária anterior à Constituição é com ela materialmente compatível, será recepcionada ainda que a matéria nela versada, pela disposição do novo ordenamento jurídico, passe a ser regulada por lei complementar. No entanto, e embora ela tenha sido editada segundo procedimentos estabelecidos pela Constituição anterior para a elaboração de lei ordinária, para alterá-la, será necessária edição de lei complementar, conforme preceitua o novo ordenamento constitucional, sob pena de não se observar a vontade do constituinte, que passou a exigir lei complementar para aquela matéria⁶³.

Estendendo essa visão, analogicamente, à situação gerada pela EC 45/04, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos assinados antes de sua vigência, e considerando-se que esses tratados foram submetidos ao devido procedimento formal estabelecido à época de suas ratificações, tendo assumido, devido o § 2º do artigo 5º, o *status* de normas constitucionais, manter-se-iam, esses textos, compatíveis com a Constituição, ora reformada pela referida Emenda.

Reconhecendo-se a complexidade desse raciocínio, recorre-se aqui ao texto de José Carlos Francisco, que, apesar de um pouco extenso, merece menção devido à sua abordagem esclarecedora. Assim, Francisco afirma que:

Acerca da recepção, sabemos que se trata de princípio geral de Direito Constitucional (que independe de previsão expressa), segundo o qual as normas infraconsti-

⁶³ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 123.

tucionais validamente editadas (sob o ângulo formal e material) na vigência de ordenamentos constitucionais anteriores continuam vigentes e eficazes em face de novos ordenamentos constitucionais (originários ou reformadores), bastando a compatibilidade material com as regras constitucionais supervenientes. É indiscutível que os atos normativos recepcionados somente podem ser alterados pela forma normativa exigida pelo novo ordenamento constitucional (ou seja, se uma lei ordinária foi validamente editada seguindo as previsões da Constituição pretérita, essa lei ordinária somente poderá ser modificada por lei complementar caso a nova Constituição disponha que o tema correspondente deva ser objeto de lei complementar), sob pena de inobservância da vontade do constituinte que passou a exigir nova modalidade normativa para a matéria. É verdade que a recepção convencional é vista envolvendo regras infraconstitucionais anteriores diante de novas ordens constitucionais (ou seja, a norma anterior tem forma infraconstitucional, e permanecerá como norma infraconstitucional, ainda que de competência ou hierarquia diversa), mas nada impede que o fenômeno da recepção seja aplicado em casos nos quais a ordem constitucional anterior permanece com força de regra constitucional em face do novo ordenamento constitucional (fenômeno denominado recepção material), ou em casos nos quais as regras constitucionais anteriores venham assumir *status* de normas infraconstitucionais (chamada de desconstitucionalização em sentido estrito). Admitimos que a doutrina e a jurisprudência aceitam a recepção material e a desconstitucionalização apenas mediante previsão constitucional expressa no ordenamento superveniente, mas a controvérsia gerada pela Emenda Constitucional 45 em relação aos tratados sobre direitos humanos anteriores a 8 de dezembro de 2004 está mais próxima ou adequada à recepção convencional do que a esses dois outros instrumentos de hermenêutica constitucional, já que a recepção material e a

desconstitucionalização pressupõem a ab-rogação da Constituição pretérita (...)⁶⁴.

Ao lado de toda essa construção, reforça-se ainda que a recepção “funciona como hábil instrumento de economia legislativa, na medida em que, se as normas anteriores são compatíveis com a alteração constitucional superveniente, evitam-se tormentosos, exaustivos e morosos trabalhos do legislador em reproduzir exatamente as normas já existentes, apenas para lhe dar outra forma normativa imposta pela alteração constitucional superveniente”⁶⁵.

A novidade introduzida pela EC 45/04, que ainda segue angustiando por sua estranheza, tem sido enfrentada nas diversas áreas do campo jurídico. Dentre elas, no espaço acadêmico pôde-se colher interessantes propostas como as de Jasson Hibiner Amaral e José Carlos Vieira, que convergiram em torno da teoria da *recepção* conforme restou apresentado anteriormente.

Como contribuição à elucidação da celeuma, de certa forma reforçando a última postura apresentada, apresentar-se-á, finalmente, bases teóricas para uma leitura hermenêutica do § 3º, do art. 5º, considerando-se, também, algumas manifestações no âmbito da decidibilidade jurídica no período recente, *pós-Emenda 45/04*.

3.3 Crise da hermenêutica dos direitos fundamentais no Brasil: os problemas da baixa compreensão e do apego ao formalismo

Percorrida toda a exposição sobre o “novo” tratamento dispensado aos direitos fundamentais, o impacto do § 3º, do art. 5º, as dúvidas quanto à sua constitucionalidade, os aspectos

⁶⁴ FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos et al. (Orgs.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 103-104.

⁶⁵ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 124.

negativos e positivos da nova norma constitucional e a situação dos tratados anteriores à publicação da EC 45/04, alcança-se agora o momento de se estabelecer algumas críticas e contribuições a partir da hermenêutica filosófica e da NCD para se manter sempre viva, *em terra brasilis*, as chamas da defesa e constante “reinstituição” dos direitos fundamentais e da democracia, pilares do Estado Democrático de Direito.

O *status* de norma constitucional, conforme assinalado anteriormente, por ocasião da análise do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, já estava lá, desde a publicação da Carta Maior, em 1988. Todavia, a cultura jurídica brasileira apegada à forte noção positivista, em sua face mais radical, manteve-se indiferente em alguns casos ou, pior, em outros negou a possibilidade do devido tratamento aos direitos fundamentais insculpidos em tratados internacionais de direitos humanos.

Importante notar, antes de se prosseguir nos comentários deste derradeiro capítulo, o quanto é difícil se alterar uma cultura historicamente forjada sob os auspícios da modernidade que ditou implacavelmente um modelo de direito liberal-individual-normativista. A “baixa noção dos direitos fundamentais”, descrita alhures, parece seguir reforçada pelo discurso procedimentalista do § 3º, do artigo 5º, conforme se depreendeu de algumas manifestações doutrinárias citadas alhures e da Corte Constitucional brasileira, que segue acomodada em sua “tradicional” postura. Sobre esta última afirmação, por todos, ilustrativamente, eis o trecho do voto do Ministro-relator Carlos Veloso, que assim se manifestou por ocasião do julgamento de um Recurso interposto perante o STF, em 22/02/2005: “Verifica-se, assim a prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais não aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88”⁶⁶.

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 513.044-5 (São Paulo) – Relator Min. Carlos Veloso – Julgamento em 22/02/2005 – Segunda Turma. Publicado no D.J. em 08.04.2005. Ata n.º 9/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 30 jul. 2005.

Todavia, assumindo-se a postura de uma *hermenêutica concretizadora* dos direitos fundamentais, é preciso suspender os *pré-juízos inautênticos*, que impedem o devido *desvelamento* daquilo que sempre esteve ali, aberto materialmente pelo texto constitucional, no caso em tela, para o diálogo dos direitos fundamentais previstos nos tratados. A abertura da clareira no direito deve passar, necessariamente, pela denúncia do caráter metafísico da dogmática jurídica, que, ao interpretar, objetifica as possibilidades de reconhecimento das peculiaridades de cada caso (*experiência prática*).

O senso comum teórico predominante no campo jurídico brasileiro, impregnado por uma dogmática jurídica insuficiente, marcada pelo paradigma “liberal-individualista-normativista” e pelo “cientificismo-metafísico-objetificante”, acaba por impedir a consolidação do projeto de abertura do constitucionalismo pátrio para o processo de interação com o DIDH, ou, a consolidação de um Direito Constitucional Internacional, como chamou Piovesan. Isso mantém a “baixa compreensão dos direitos fundamentais”!

Por outro lado, focos de *resistências hermenêuticas humanistas* (com o perdão da redundância) acenam para uma mudança paradigmática, aproveitando o (problemático) discurso do § 3º, principalmente no ambiente decisório dos tribunais estaduais, que, por sua vez, passam a aproveitar o discurso textual de tal dispositivo para a construção de (novas) normas, a fim de tentar superar antigas discussões, como é o caso, por exemplo, da questão, já debatida no capítulo anterior, do depositário infiel. Esse é o caso do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, que assim se manifestou sobre o assunto:

Assim, é constitucionalmente possível que um tratado internacional retire do ordenamento jurídico pátrio, as exceções ou as restrições aos direitos fundamentais, mesmo que tais exceções ou restrições estejam previstas no rol do art. 5º da Constituição Federal, pois, como antes referido, o que é vedado não é a alteração do art. 5º,

mas a abolição dos direitos e garantias fundamentais, estejam eles onde estiverem (CF/88, art. 60, § 4º, IV), sendo que a sua ampliação, longe de estar vedada, está na verdade expressamente autorizada, exatamente pela redação do dispositivo que recusa a taxatividade ou o *numerus clausus* (CF/88, § 2º do art. 5º).

E assim era desde a redação original da vigente Constituição Federal, com muito mais razão será agora com a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF/88, com o que os tratados internacionais ganharam, clara e expressamente, força de Emenda Constitucional⁶⁷.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também interpretou o § 3º, do artigo 5º, atribuindo *status* de normas constitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos, como se pode notar no trecho do voto da Desembargadora-relatora, que se transcreve abaixo:

E, recentemente, a emenda Constitucional n.º 45/04, dispôs na redação que deu ao § 3º do art. 5º da Constituição que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Embora não tenha ocorrido a aprovação com o quorum mencionado, forçoso é convir que está aí sinalizada a posição mais correta na exegese a respeito da legislação em comento⁶⁸.

⁶⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n.º 70011566882 – 2ª Câmara Civil. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento: 25/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2005. Na mesma esteira de interpretação voto da Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, no seguinte julgamento: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n.º 700113551624 – 14ª Câmara Civil. Julgamento: 19/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 05 jul. 2005.

⁶⁸ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 1.0408.02.000139-7/001 – Segunda Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caíres. Julgamento: 12/05/2005. Disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/tj/inteiro_teor. Acesso em: 19 ago. 2005.

Esses exemplos servem para se apresentar um contraponto ao “pensamento (pre)dominante” que insistiu e segue insistindo (vide manutenção da postura do STF) obnubilando as potencialidades materiais abertas pela Carta Constitucional brasileira (art. 5º, § 2º). Os fragmentos das decisões expostos acima, juntamente com a doutrina que sustenta a necessidade do reconhecimento do Sistema Integrado de Proteção dos Direitos Humanos, comprovam o surgimento, ainda que meio tímido, de uma nova cultura dos direitos fundamentais no Brasil.

A inserção do § 3º ao artigo 5º pela EC 45, longe de enfraquecer o status constitucional dos tratados cujas ratificações a antecederam, propiciou apenas a possibilidade de uma *constitucionalização formal*, por meio de um quorum qualificado, para os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno, pois

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal⁶⁹.

Neste sentido, Flávia Piovesan parece ter ofertado importante contributo para a elucidação da celeuma acerca

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 72-73.

da constitucionalidade dos tratados anteriores à EC 45/2004, ao afirmar que

com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal⁷⁰.

É preciso agora que esse germe alcance a “Corte Constitucional” brasileira que ainda mantém sua postura objetificante, qual seja a de considerar o § 2º do art. 5º como uma simples porta normativa que permite a entrada de tratados internacionais que, por sua vez, devem ser considerados apenas como leis ordinárias, sejam eles quais forem: “sobre direitos humanos ou sobre comércio de laranjas”, para a “Corte Constitucional” brasileira, todos são iguais.

E agora, com o “novo dispositivo procedimental”, segundo o STF, os tratados anteriores seguem como leis ordinárias, por não terem sido aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88 (conferir nota anterior). Nesse sentido, ao ocultar a peculiaridade da norma internacional de direito fundamental, tratando-a como uma norma internacional qualquer, e, além disso, seguindo “cegamente” o formalismo procedimental do § 3º, do art. 5º, entende-se que há uma objetificação no processo interpretativo do direito por parte, principalmente, da Corte que deveria ser a guardiã dos direitos fundamentais.

⁷⁰ Idem, p. 74. Outra discussão importante que advém dessa classificação dos tratados internacionais de direitos humanos em *materialmente constitucionais* e *material e formalmente constitucionais* refere-se à possibilidade de *denúncia* dos primeiros e à impossibilidade deste ato para os últimos. Todavia, em face da necessária delimitação da temática ora abordada, em decorrência da limitação espacial, essa discussão não será desenvolvida neste artigo.

4 Considerações finais

Em face da pesquisa desenvolvida e materializada no presente texto, pode-se perceber que, cada vez mais, a concepção do direito, nas sociedades contemporâneas, extrapola o dogmatismo de um modelo positivista fechado e enraizado numa concepção “inflexível” de soberania. De fato, se um estudioso do tema olhar, retrospectivamente, principalmente a partir de meados do século XX, não será difícil de se perceber que, desde então, a preocupação com a implementação do movimento mundial de defesa dos direitos humanos assumiu uma intensidade nunca antes registrada.

Para o Brasil, de forma inédita, esse movimento foi acolhedoramente recebido pela Carta Cidadã de 1988, por meio de uma explícita previsão normativa, em que se previa a abertura material do texto constitucional para a complementação do rol de direitos fundamentais pelas previsões constantes dos tratados internacionais de direitos humanos que viessem a ser ratificados pelo Estado brasileiro (art. 5º, 2º).

Esse dispositivo, associado a outros (art. 1º, III; 4º, II, todos da CF), veio a sugerir, não só uma mera abertura formal ou uma porta normativa para a inserção de direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, mas uma proposta de interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Dito de outra forma, a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pode ser entendida como instauradora de uma (nova) era do constitucionalismo brasileiro que, por sua vez, passou a ser visto como aberto para a convivência “simbiótica” com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Todavia, esta “simbiose” não traz vantagens para tais “ramos” do direito, como lexograficamente o termo sugeriria, mas, metaforicamente, possibilita um ganho para aquele em torno do qual ambos gravitam: o ser humano.

Longe de “enfraquecer a soberania” nacional ou de contrariar o “espírito” constitucional, o Sistema Internacional integrado pela Constituição mais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de lançar o Estado brasileiro para o diálogo internacional (art. 4º, II, da CF), garante a defesa de um dos pilares do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

Todavia, na contramão desse caminho, essa não é a posição assumida pelo STF que, no que respeita à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, no Brasil, ainda se encontra distanciado da cultura democrática, garantidora de direitos fundamentais, que se instituiu no cenário jurídico pátrio, após a Constituição de 1988. Essa afirmação se depreende da proposta crítica que se procurou estabelecer a partir de aportes hermenêuticos de Heidegger, Gadamer e Streck.

O discurso dos direitos humanos – importantes para a constante revisão do direito e reinstituição da democracia – parece não ter encontrado eco na Corte Maior brasileira, no que tange à interação Direito interno/DIDH. Assim, não obstante a recepção dos direitos fundamentais, cristalizados em tratados internacionais pela CF/1988, o Supremo Tribunal Federal segue interpretando-os como se fossem tratados comerciais comuns, atribuindo-lhes *status* de normas ordinárias infraconstitucionais. Tal postura se baseia em teorias que ainda consagram uma rígida soberania (que há muito já não existe) e que procuram separar, de forma estanque, o Direito Internacional do Direito interno. Não consideram a possibilidade de integração entre a Constituição e os tratados de direitos fundamentais ratificados e acabam (so)negando a proposta de abertura material trazida pelo texto constitucional de 1988.

Nessa seara, a alteração introduzida EC 45/04, que sugeriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição que, por sua vez, poderia ser *autenticamente* interpretado com base na tradi-

ção inaugurada desde 1988, também foi restritivamente entendida como a determinação de um procedimento para que *as leis internacionais sejam consideradas normas constitucionais*. Como restou demonstrado neste texto, com a citação do voto do Ministro, tratado que não foi submetido ao novo procedimento, *continua sendo considerado norma infraconstitucional (lei ordinária)*. Não obstante, e isso se deve ressaltar, também no âmbito da decidibilidade alguns tribunais estaduais (Minas Gerais e Rio Grande do Sul) já se manifestaram em sentido diverso, qual seja, considerando os tratados internacionais de direitos humanos normas constitucionais, de acordo com a nova Emenda.

Esse exemplo, portanto, mais centrado na questão referente aos tratados anteriores à Emenda – e esta parece ser a questão mais problemática, haja vista o extenso rol de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – reflete bem o que Streck convencionou chamar de “crise da dogmática jurídica no Brasil”. Em síntese, não se atribui força normativa constitucional aos tratados e o novo § 3º, do art. 5º passa a ser interpretado como um mero procedimento que serve para reforçar a (reacionária) visão “consagrada”.

A proposta hermenêutica para o caso consistiria apenas em *desocultar* aquilo que está ali desde 1988, que é a proposta de abertura material para os tratados de direitos humanos, lida hermeneuticamente como uma *clareira* capaz de possibilitar, por meio de um horizonte interpretativo, a aproximação entre o “homem” (hermeneuta) e o *ser* da Constituição (da defesa dos direitos fundamentais), pois o homem, como afirma Heidegger, é o primeiro que, aberto ao ser, deixa que este venha a ele como presença e tal chegada à presença necessita do aberto de uma clareira⁷¹. Esse “acontecimento-apropriação é o âmbito em que ho-

⁷¹ HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Traduzido por Ernildo Stein. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 182.

mem e ser atingem unidos sua essência, conquistam seu caráter historial, enquanto perdem aquelas determinações que lhe emprestou a metafísica”⁷².

Não obstante isso, infelizmente, a dogmática jurídica (*pré*)*dominante* não oferece as possibilidades para a abertura dessa clareira, ao contrário, oculta as possibilidades emancipatórias dos direitos humanos.

5 Referências

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 169-188, 2004.

AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, 2004.

⁷² Idem, p. 185.

BLANCO TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte; FERREIRA, Luis Alexandre Cruz. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, São Paulo, n. 14, 1996.

_____. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1- 2.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

DINO, Flávio et al. *Reforma do judiciário: comentários à emenda n. 45/2004*. Niterói: Ímpetus, 2005.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos et al. (Orgs.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Traduzido por Ernildo Stein. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos humanos, constituição e direito internacional. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 37, p. 109-128, 2001.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. *Direitos humanos e o direito internacional constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes teóricas do direito. In: _____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn**. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo, 2003.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, 1994. v. 1.

1.6

ENSAIO SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL: ENFOQUE A PARTIR DA TEORIA DOS TRIBUTOS VINCULADOS E NÃO-VINCULADOS E DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA *

RODRIGO FRANCISCO DE PAULA**

Sumário: 1 Introdução. 2 Compromisso metodológico. 3 As contribuições do sistema constitucional tributário. 4 A equivocada interpretação da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados. 5 A necessidade de haver um realinhamento teórico. 6 Dois novos critérios para a regra-matriz de incidência: o *critério finalístico* e o *critério receita tributária*. 7 As contribuições como tributos vinculados ou não-vinculados. Um novo princípio a orientar as contribuições que sejam tributos não-vinculados: a *referibilidade*. 8 À guisa de conclusão. 9 Conclusões específicas. 10 Referências.

1 Introdução

Sempre nos instigou a insuficiência do tratamento doutrinário conferido às contribuições do sistema constitucional tributário. As contribuições sempre foram, a um só tempo, *mal tratadas* e *maltratadas* pela doutrina de um modo geral, receosa de libertar-se de algumas *verdades* científicas do Direito Tributário, cuja utilidade, porém, não frutifica bons resultados no estudo desse tema. Resultado disso foi a publicação de um texto de nossa autoria onde propusemos fosse repensada a teoria dos tributos vinculados e não-vinculados e a esquematização formal da regra-matriz de

* Monografia apresentada ao "Concurso de Monografias" do II Congresso Internacional de Direito Tributário, realizado de 27 a 29 de agosto de 2003, em Recife-PE, e vencedora do prêmio "Lourival Vilanova".

** Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-graduando *lato sensu* em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (MBA). Professor de Direito Constitucional e Tributário do Centro Universitário Vila Velha – UVV. Advogado militante na área tributária.

incidência¹, no qual demos início a um esboço para uma nova apresentação das contribuições. Passado quase um ano da publicação daquele texto, animados com a chegada do II Congresso Internacional de Direito Tributário, resolvemos re-visitar o tema, desta feita numa abordagem mais explícita sobre as contribuições do sistema constitucional tributário.

2 Compromisso metodológico

Cumpre-nos, em primeiro lugar, firmar um importante compromisso metodológico. José Souto Maior Borges, em notável obra destinada ao estudo crítico da obrigação tributária², empregou um método de investigação científica que poderíamos, sugestivamente, chamar de *sistema de testabilidade das proposições jurídicas*, por ele assim descrito no prefácio da obra: “Como opção metodológica básica, parte-se do reconhecimento da unidade entre os métodos das ciências da natureza e os métodos das ciências do normativo, como a ciência do Direito. Sem esse reconhecimento, as categorias metodológicas tomadas por empréstimo às ciências naturais não poderiam ter sido transpostas para o campo jurídico. E essa transposição corrobora a tese da unidade metodológica de todas as ciências. Porque elas partem de certas proposições explicativas do seu objeto de conhecimento, que não passam de meras hipóteses, conjecturas doutrinárias, asserções prévias ao dado da experiência. E devem ser testadas, tanto e tão rigorosamente quanto possível, pela sua aplicação ao objeto do conhecimento de que se trate. Essa testabilidade opera uma espé-

¹ Repensando a teoria dos tributos vinculados e não-vinculados e a esquematização formal da regra-matriz de incidência. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 46, p. 195-220, set./out. 2002.

² *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

cie de seleção darwiniana das teorias jurídicas. Persistem e sobrevivem apenas as que se mostrem mais resistentes à agressão de experimentos cruciais, nada mais que tentativas, malogradas ou não, de ser substituídas por outras de melhor e mais abrangente conteúdo de explicação”³.

É surpreendente, sob o ponto de vista da análise rigorosamente científica do Direito, a profundidade de tal proposta metodológica. Com efeito, é por demais conhecida a distinção existente entre as ciências naturais e as ciências do normativo, sendo que as primeiras se regem pelo princípio da causalidade ao passo que as segundas, pelo princípio da imputação⁴. Mas essa diversidade de princípios não deve ser tomada como óbice à unificação do método de investigação científica. Ora, se o objetivo de qualquer ciência deve ser, sob pena de se tornar inútil, a análise descritiva de seu objeto de conhecimento, mediante a formulação de proposições doutrinárias a partir de uma *apreensão dedutiva*⁵, parece-nos evidente que a ciência do Direito ganhará em muito se for regida pelo mesmo método das ciências naturais.

Nesse sentido, a conclusão do mestre pernambucano é irrepreensível: “Toda contemplação do mundo jurídico é, também ela, observação à luz de teorias, hipótese, seleção de critérios, propostas, a demandar testes os mais rigorosos de confirmação provisória, porque somente deve ser acatada até a superação da teoria por outra. Conclui-se, pois, que, sob esse aspecto, não é diverso o método jurídico do méto-

³ Idem, p. 15.

⁴ Cf. Ibidem, p. 20-21.

⁵ O método indutivo não se presta a nenhuma construção que se pretenda verdadeiramente científica. Confira-se, sobre esse aspecto, a exposição de José Souto Maior Borges: “Não há nenhuma evidência ou construção logicamente válida a autorizar a conclusão de que, dado um certo número de casos, em maior ou menor amplitude de experimentos e testes, outros casos idênticos se comportarão pela mesma forma. É esse o obstáculo, o impasse teórico, que a lógica indutiva não consegue superar. Por mais que se teste experimentalmente um fenômeno, nunca se poderá concluir, com rigor lógico, que fenômenos idênticos se verificarão futuramente da mesma forma. (...) A indução não é apenas um método inadequado, por inaplicável, para descrever fatos e fenômenos, acontecimentos de estrita universalidade. É, ao contrário, uma pura ilusão, porque simplesmente ela não existe. Nem mesmo a um conjunto finito de acontecimentos a indução se aplica” (Ibidem, p. 21-22).

do das ciências naturais, ou 'exatas'. E a constatação dessa unidade de métodos, a transposição dos critérios metodológicos das ciências da natureza para o campo da ciência do Direito, acarretará férteis conseqüências. Essa desconcertante conclusão pela unidade do método científico e inexistência da indução suscitará conseqüências que estão ainda muito longe de serem apercebidas na sua extensão. Mas pode-se antecipar que dela advirá um progresso teórico, até então insuspeitado, no âmbito dos estudos jurídicos"⁶.

Esse é o nosso compromisso metodológico, o ponto de partida de nossas reflexões, que, já nos adiantamos, têm por escopo melhor *revelar* a esquematização formal da regra-matriz de incidência⁷, a partir de uma correta interpretação da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados, propondo um novo prisma de análise para as contribuições do sistema constitucional tributário.

3 As contribuições do sistema constitucional tributário

Antes de prosseguirmos, é fundamental que deixemos assente a classificação que adotamos para as contribuições existentes no sistema constitucional tributário brasileiro. A tarefa não é fácil, porque várias normas constitucionais tratam das contribuições sem manter entre si, *a priori*, uma sistematização clara que permita ao intérprete sacar, desde logo, uma classificação para as contribuições. Nessa tarefa exegética, porém, deve ser desconsiderada

⁶ *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23-24.

⁷ Obviamente, utilizaremos amplamente neste estudo a sistematização cunhada por Paulo de Barros Carvalho para ilustrar a *regra-matriz de incidência*, formada, segundo ele, pelo *antecedente* (*hipótese tributária*), composto pelos critérios *material, espacial e temporal* (que descrevem um fato de possível ocorrência), e pelo *conseqüente* (que representa a *obrigação tributária*), formado pelos critérios *pessoal* (identificação do *sujeito ativo* e do *sujeito passivo*) e *quantitativo* (discriminação da *alíquota* e da *base de cálculo*). Remetemos, portanto, o leitor, desde logo, à obra do mestre paulista (Cf. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 238-348).

qualquer classificação que parta de uma interpretação meramente *topográfica* da Constituição Federal. Isto é, que analise tão-somente a localização, no texto constitucional (títulos, capítulos, seções etc.), das normas constitucionais que tratam das contribuições, para daí se extrair alguma classificação. Até porque, se voltarmos nossas atenções para o texto constitucional, veremos que há referência às contribuições tributárias em diversas passagens: art. 145, III; art. 149, art. 149-A, art. 195; art. 212, § 5º; art. 239; art. 240; art. 74 do ADCT. Essa dispersão das normas constitucionais demanda uma organização baseada em critérios classificatórios adequados para uma racional classificação das contribuições.

Se tomarmos uma classificação que leve em conta os valores finalísticos que orientam a exigência dos tributos (fiscalidade, parafiscalidade e extrafiscalidade)⁸ – e essa nos parece a mais adequada, porque a destinação do produto da arrecadação é dado fundamental em tema de contribuições –, veremos que as contribuições se colocam no sistema constitucional tributário como: (a) *contribuições fiscais*, que são: (a.1) a contribuição de melhoria; e (a.2) a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública; (b) *contribuições parafiscais*, que são: (b.1) as contribuições sociais, subdividindo-se em: (b.1.1) contribuições de seguridade social; e (b.1.2) contribuições sociais gerais; e (b.2) as contribuições corporativas, subdividindo-se em: (b.2.1) contribuições no interesse de categorias profissionais e (b.2.2) contribuições no interesse de categorias econômicas; e, finalmente, (c) *contribuições extrafiscais*, que são as contribuições de intervenção no domínio econômico.

Essa classificação em muito se aproxima daquela que lucidamente foi levada a efeito pelo Min. Carlos Velloso ao

⁸ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 227-232.

conduzir como Relator o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 138.284-8/CE (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, votação unânime, julgado em 01.07.1992, publicado no DJ 28.08.1992, p. 13456)⁹, dela só se diferenciando nos seguintes pontos: (i) deixamos explicitado que a classificação se fixa nos valores finalísticos que orientam a exigência das contribuições, noção essa implícita na classificação do Ministro; (ii) ao lado da contribuição de melhoria, colocamos a recente contribuição para o custeio de iluminação pública, que não foi objeto da classificação do Ministro pela óbvia razão de sua inexistência à época do julgamento; (iii) não destacamos uma sub-classe específica para as contribuições de seguridade social instituídas no exercício da competência residual (art. 195, § 4º), como o fez o Ministro, ao designá-las de *contribuições outras de seguridade social*, pondo-as ao lado das *contribuições de seguridade social*; (iv) embora tenhamos mantido o rótulo *contribuições corporativas* para designar as contribuições no interesse de categorias profissionais ou econômicas, optamos por colocá-las acompanhadas das contribuições sociais como *contribuições parafiscais*; (v) adotamos para as contribuições de intervenção no domínio econômico a classificação *contribuições extrafiscais*, enquanto o Ministro sugere a sua colocação ao lado das contribuições no interesse de categorias econômicas ou profissionais, sob o rótulo *contribuições especiais*.

Tal classificação parte da premissa de que existem três normas constitucionais que servem, em primeiro lugar, de fundamento para a instituição de contribuições, quais sejam, os arts. 145, III; 149 e 149-A. Além disso, considera os

⁹ A classificação foi a seguinte: "As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são as seguintes: (...) c) as contribuições, que podem ser assim classificadas: c.1 de melhoria (C.F., art. 145, III); c.2 parafiscais (C.F., art. 149), que são: c.2.1 sociais, c.2.1.1 de seguridade social (C.F., art. 195, I, II, III), c.2.1.2 outras de seguridade social (C.F., art. 195, § 4º), c.2.1.3 sociais gerais (o FGTS, o salário-educação, C.F., art. 212, parág. 5º, contribuições para o Sesi, Senai, Senac, C.F., art. 240); c.3 especiais: c.3.1 de intervenção no domínio econômico (C.F., art. 149) e c.3.2 corporativas (C.F., art. 149)".

tradicionais fenômenos da fiscalidade, parafiscalidade e extrafiscalidade como critério classificatório.

Esclarecendo: diz-se que o tributo tem natureza fiscal quando é exigido com fins meramente arrecadatários, ou seja, tão-somente como fonte de receita pública. Diz-se que o tributo tem natureza parafiscal quando é exigido com vistas ao custeio de certas atividades desempenhadas no interesse do Estado, mas por outras pessoas jurídicas que integram a Administração Pública, as chamadas entidades paraestatais (autarquias, fundações, serviços sociais autônomos). Diz-se, finalmente, que o tributo tem natureza extrafiscal quando é utilizado como meio de intervenção do Estado no domínio econômico ou social, nas situações em que a exigência tributária é manejada para induzir certos comportamentos dos contribuintes, de acordo com as ordens superiores de política econômica ou social¹⁰.

Pois bem. O art. 145, III, estabelece a competência tributária para a instituição da contribuição de melhoria, que cumpre eminente função fiscal, guardando por isso uma relação de pertinência com a recente contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública prevista no art. 149-A, de natureza também eminentemente fiscal. Com efeito, ambas as contribuições têm por finalidade o custeio de certas despesas assumidas pelo Estado em benefício do contribuinte, não se fazendo presentes os fenômenos da parafiscalidade e da extrafiscalidade, daí a razão de somente elas estarem alocadas debaixo da classe *contribuições fiscais*.

Já o art. 149 encerra a matriz constitucional das demais contribuições: as *contribuições parafiscais* (as sociais e as

¹⁰ Em relação ao confronto entre fiscalidade e extrafiscalidade, deve ser sublinhada a observação pontual de Paulo de Barros Carvalho: "Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão-só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro" (*Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 229).

corporativas) e as *contribuições extrafiscais* (de intervenção no domínio econômico). Firma-se como ponto de apoio das outras normas constitucionais que cuidam das contribuições.

Dentre as contribuições parafiscais, as contribuições corporativas só encontram fundamento constitucional no art. 149, que, sinteticamente, diz que poderão ser instituídas contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação estatal nas respectivas áreas. Eis, aí, a inequívoca função parafiscal que exercem, porque exigidas por entidades paraestatais, criadas justamente para funcionarem como instrumento do Estado no acompanhamento do exercício das atividades dessas categorias, profissionais ou econômicas, que estejam sob sua coordenação.

As outras contribuições parafiscais, as contribuições sociais, têm no art. 149 o seu epicentro. O que as distingue das contribuições corporativas é o fato de a parafiscalidade se referir ao financiamento dos chamados *direitos sociais*, daí a denominação de contribuições *sociais*. Mesmo assim, uma subdivisão se fez necessária, porque o texto constitucional, em matéria tributária, estabeleceu claramente duas espécies de direitos sociais cuja realização é, em parte, custeada por contribuições sociais: aqueles que são próprios da seguridade social (saúde, previdência e assistência social – art. 194) e outros que contam com previsão de receita tributária para custeá-los, que são a educação (art. 212, § 5º), o FGTS (art. 7º, III), o lazer e o aperfeiçoamento profissional dos trabalhadores (art. 240). Por isso a subdivisão das contribuições sociais em *contribuições sociais de seguridade social* (são as contribuições do art. 195, inclusive a contribuição para o PIS/PASEP¹¹, e

¹¹ A matriz constitucional da contribuição para o PIS/PASEP, no que interessa ao Direito Tributário, não é, como *prima facie* pode parecer, o art. 239 da CR/88. Esse dispositivo cuidou apenas da recepção expressa da exação, afetando sua arrecadação ao financiamento do abono a que alude seu § 3º, nada dispondo sobre os pressupostos materiais de incidência da contribuição, que, por se enquadrar, face à sua destinação, dentre as contribuições de seguridade social, deve se orientar pelo art. 195 da CR/88.

a CPMF) e *contribuições sociais gerais* (contribuição do salário-educação, contribuição do FGTS, contribuição do SESI/SENAI, SESC/SENAC, SEST/SENAT), conforme a arrecadação seja feita para custear, respectivamente, os direitos sociais da seguridade social ou aqueles outros direitos sociais cujo financiamento também é assegurado por receita tributária.

O art. 149 traz, ainda, o fundamento das contribuições de intervenção no domínio econômico, que também devem ser instituídas como instrumento de atuação estatal na área objeto de intervenção. Aqui o fenômeno da extrafiscalidade é marcante, porque a exigência tributária é utilizada pelo Estado com o nítido escopo de dar cumprimento à sua política econômica para determinado segmento de mercado, daí a intervenção sob essa modalidade.

Esse é o panorama das contribuições no sistema constitucional brasileiro. Passemos, agora, a estudá-las criticamente sob o enfoque da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados e da esquematização formal da regra-matriz de incidência.

4 A equivocada interpretação da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados

Boa parte da doutrina do Direito Tributário brasileiro confunde o verdadeiro sentido da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados, magistralmente sistematizada por Geraldo Ataliba¹².

Tal classificação gravita em torno do aspecto material da hipótese de incidência tributária: (a) quando o aspecto material da hipótese de incidência é uma descrição de uma atua-

¹² Cf. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, especialmente p. 109-182. A falha pode ser atribuída até mesmo a Geraldo Ataliba, conforme se verá no texto, ao sentenciar que todo tributo não-vinculado é um imposto (Ibidem, p. 122).

ção do Estado (ou de uma consequência desta), mediata ou imediata, em relação ao sujeito passivo da obrigação tributária, diz-se que o tributo é vinculado; (b) não havendo a descrição desta atuação do Estado no aspecto material da hipótese de incidência, mas, sim, a de um fato qualquer que revele exteriorização da capacidade contributiva, isto é, um *fato-signo presuntivo de riqueza*¹³, o tributo é não-vinculado.

Qual a importância dessa classificação? Seguramente, pode-se afirmar que os tributos não-vinculados se sujeitam ao *princípio da contributividade (ou capacidade contributiva)*, enquanto os tributos vinculados, ao *princípio da retributividade*¹⁴. Essa é a importância de tal classificação: se saber qual regime jurídico deve-se aplicar às espécies tributárias, conforme sejam tributos vinculados ou não-vinculados. É incontestável, assim, a magnitude científica dessa construção doutrinária.

Nesse contexto, quando se toma as três espécies tributárias descritas no art. 145 da CR/88, diz-se comumente que os

¹³ A famosa expressão é de Alfredo Augusto Becker, que, ao cabo de uma detalhada exposição crítica sobre o princípio da capacidade contributiva, alinhou a seguinte conclusão: "A renda e o capital são realidades essencialmente mutáveis, no tempo e no espaço, em quantidade e em qualidade, tanto de indivíduo para indivíduo, quanto em relação a um único indivíduo. A extrema mobilidade e a difícil captação desta realidade impõe ao legislador a necessidade de escolher (para a composição da hipótese de incidência das regras jurídicas tributárias) fatos que sejam signos presuntivos da existência de renda ou de capital, de modo que a incidência jurídica dos tributos percute o *prolongamento* da realidade econômica consistente na renda ou no capital. Estes fatos signos presuntivos tanto podem ser de natureza econômica, como de natureza jurídica, pois o fato jurídico é excelente signo presuntivo de renda ou de capital. Por outro lado, o fato não necessita ser uma presunção, mas pode perfeitamente (com a única ressalva logo indicada) consistir numa *fixação* de renda ou capital.

"Nos países cuja Constituição juridicizou o 'princípio da capacidade contributiva' convertendo-o em regra jurídica constitucional, o legislador está juridicamente obrigado a escolher para a composição da hipótese de incidência das regras jurídicas tributárias, fatos que sejam signos presuntivos de *renda ou capital acima do mínimo indispensável*" (*Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 527-528).

¹⁴ Nos primeiros (tributos não-vinculados), tributa-se pelo simples fato de se *presumir* que a situação fática descrita na hipótese de incidência revela uma exteriorização de riqueza e que, por isso mesmo, o indivíduo que se encontra naquela situação tem condições econômicas de suportar a tributação. Portanto, somente os indivíduos que denotarem *capacidade contributiva*, revelada pela ocorrência de um evento exteriorizador de riqueza, devem ser alçados à condição de sujeito passivo da exigência de tributos não-vinculados. De outra parte, na atividade de instituição de tributos vinculados, o que se leva em consideração não é a condição econômica do contribuinte (capacidade contributiva), mas, sim, o *custo* da movimentação da máquina administrativa em realizar a prestação que lhe diz respeito. Aqui, não se tributa porque há uma *presunção* de que o contribuinte detém significativo patrimônio, estando apto a concorrer para o pagamento de tributos (*ability to pay*). O que importa é a concreta atividade do Estado relacionada ao contribuinte. Por isso se exige a *retribuição*. O contribuinte deve suportar o ônus econômico oriundo da *prestação* que é levada a efeito pelo Estado. Assim, os proprietários de veículos automotores recolhem o IPVA exatamente porque *ser proprietário de veículo automotor* consubstancia uma exteriorização de riqueza. Já os contribuintes que percebem uma valorização em seu patrimônio imobiliário, em virtude da realização de uma obra pública, poderiam ser chamados ao recolhimento de contribuição de melhoria porque foram *diretamente beneficiados* por uma prestação do Estado, decorrente da construção de obra pública.

impostos são tributos não-vinculados, enquanto as taxas e as contribuições de melhoria, tributos vinculados¹⁵. Até aqui, tudo bem. O problema surge quando se afirma que todo tributo não-vinculado tem natureza de imposto. Ora, o certo é que todos os impostos, sem exceção, são tributos não-vinculados, precisamente porque o critério material da regra-matriz de incidência de cada um dos impostos não descreve uma atuação estatal relacionada ao contribuinte: o legislador, quando institui impostos, atento a seus pressupostos materiais de incidência, colhe os fatos-signos que, em tese, exprimem capacidade contributiva. Mas isso não significa dizer que todas as vezes que o legislador assim procede está criando impostos.

A confusão é bastante simples de ser visualizada. Suponha-se que alguém resolva dispor os objetos de acordo com as cores perceptíveis à visão humana, separando-os em duas grandes classes: (a) *objetos de cor branca*; e (b) *objetos de cor não-branca*. Qualquer um diria que um objeto preto se perfilharia na classe *objeto de cor não-branca*. Assim também em relação aos objetos amarelos, vermelhos, azuis etc. Mas quem ousaria dizer que, pelo simples fato de se perfilharem dentre os objetos de cores não-brancas, os objetos amarelos, vermelhos e azuis seriam também pretos? A rigor, quando se separa determinado conjunto de coisas em *x* e *não-x*, a relação será sempre de exclusão, não havendo a possibilidade lógica de se criar uma terceira categoria. A negativa propositalmente colocada em uma das classes (*não-x*), em antítese à outra, impede a existência de um *tertium genus*. Ou a coisa objeto da classificação se enquadrará em

¹⁵ No art. 145, I, a Constituição não diz que os impostos são tributos não-vinculados, ou seja, apenas esse dispositivo não é suficiente para serem definidas as estruturas dos impostos. No entanto, quando analisados os dispositivos que explicitam os impostos que podem ser instituídos (arts. 153, 155 e 156), percebe-se claramente que, em qualquer dessas hipóteses, a imposição tributária tem por base um *fato-signo presuntivo de riqueza* e não uma atuação do Estado em relação ao contribuinte. Daí porque se conclui que os impostos são *tributos não-vinculados a uma atuação estatal específica em relação ao contribuinte*. A situação é outra no que diz respeito às taxas e às contribuições de melhoria. Os incisos II e III do art. 145, por si sós, já declinam a essência dessas espécies tributárias, vinculando-as a uma atuação do Estado em relação ao contribuinte, que pode ser a prestação, potencial ou efetiva, de um serviço público específico e divisível, ou o exercício do poder de polícia, em relação ao contribuinte, no caso das taxas, ou a construção de uma obra pública que beneficie o patrimônio imobiliário do contribuinte, no caso das contribuições de melhoria.

uma classe ou em outra. Isso, todavia, não nos autoriza dizer que todas as coisas colocadas debaixo de uma mesma classe terão a mesma natureza. Tudo dependerá da amplitude de abrangência da classificação. No exemplo proposto das cores dos objetos, é evidente que na classe *objetos de cor branca* só haverá objetos portando a mesma natureza levada em consideração na classificação, qual seja, a cor branca. Agora, quanto à classe *objetos de cor não-branca*, é claro que existirá uma gama enorme de variedade, coexistindo debaixo da mesma classe objetos com diversas naturezas (lembre-se: a natureza, no exemplo, corresponde à cor do objeto), ontologicamente diferentes entre si.

Nada obstante, a doutrina do Direito Tributário, de um modo geral, não empregou essas noções elementares, inerentes a qualquer processo de classificação, ao interpretar a teoria dos tributos vinculados e não-vinculados. Nossos juristas se apegaram à idéia de que somente pode existir uma espécie tributária cuja estrutura espelhe um tributo não-vinculado: os impostos; a partir daí, passaram a proclamar o bordão: se um tributo é não-vinculado, tem natureza jurídica de imposto¹⁶. Nada mais equivocado. A origem, porém, da equivocidade talvez repouse em dois aspectos: (a) na má interpretação do art. 145 da CR/88, realizada *retrospectivamente* a partir do art. 5º do CTN; (b) na pouca importância atribuída às contribuições no regime constitucional anterior, que, a partir da Emenda Constitucional n.º 08/1977, segundo jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal¹⁷, deixaram de possuir natureza tributária. Em pri-

¹⁶ "(...) sob a perspectiva jurídica, é suficiente identificar a materialidade da h.i. como consistente em um fato qualquer não configurador de atuação estatal, para se reconhecer a natureza de imposto ao tributo figurado. (...) se, diante de uma exação, o intérprete verifica que não se trata de tributo vinculado, então pode-se afirmar seu caráter de imposto. Todo tributo não vinculado é imposto" (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 122).

¹⁷ Cf. o voto do Min. Moreira Alves no Recurso Extraordinário n.º 86.595/BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 07.06.1978, publicado no DJ 30.06.1978, p. 4849; no mesmo sentido o voto do Min. Aldir Passarinho no Recurso Extraordinário n.º 100.790/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 15.08.1987, publicado no DJ 13.03.1987, p. 3882 (*apud* SAKAKIHARA, Zuudi. In: FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (Coord.). *Execução fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 49-50).

meio lugar, antes do art. 145 da CR/88, o art. 5º do CTN, seguindo a tradição de nosso Direito Tributário, já dispunha que tributos são os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Era, assim, natural que a doutrina só visualizasse a existência dessas três espécies tributárias. E, dentre elas, apenas uma revelava a natureza de tributo não-vinculado: os impostos. Daí a dizer que toda espécie tributária que fosse um tributo não-vinculado seria, necessariamente, um imposto, foi um passo. Ora, com a nova ordem constitucional, porém, as coisas mudaram substancialmente. E as concepções doutrinárias do Direito Tributário devem ter, obviamente, como ponto de partida o texto constitucional. Do contrário, ganha espaço a defeituosa *interpretação retrospectiva*, que se revela como “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, (...) pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”¹⁸.

Em verdade, um horizonte muito mais amplo se abriu para as contribuições. Ao lado dos impostos, que sempre constituíram a principal veia de acesso de recursos ao orçamento público, as contribuições passaram a ter uma importância econômica muito maior. A Constituição de 1988 inclusive deu um especial tratamento às contribuições sociais de seguridade social, disciplinando minuciosamente o seu regime (art. 195), abrindo a via da competência residual para a União instituir novas fontes de custeio da seguridade social (art. 195, § 4º), criando, ainda, um orçamento apartado para canalizar o produto de sua arrecadação (art. 165, § 5º, III).

Mas por que não são todas as contribuições que estão elencadas no art. 145 da CR/88? A questão é singela de ser respondida. Veja-se que o *caput* do art. 145 diz que “a União,

¹⁸ *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71.

os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos (...)”. Ora, como as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas são de competência privativa da União (salvo a contribuição de seguridade social dos servidores públicos que pode ser instituída pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 149, § 1º), enquanto a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública é de competência comum dos Municípios e do Distrito Federal, é óbvio que não poderiam estar elencadas no art. 145, que, como se viu, trata unicamente das três espécies que podem ser instituídas por *todos* os entes tributantes. O mesmo vale em relação aos empréstimos compulsórios, que são de competência privativa da União (art. 148). Assim, a redação do art. 145 está sediada na própria lógica do sistema, que distribui, entre os entes políticos, a *competência privativa* para a instituição dos impostos, tal como delineada no sistema constitucional tributário, e a *competência comum* para a instituição de taxas e contribuições de melhoria¹⁹.

Tudo o que já se disse até aqui está a apontar a necessidade de um tratamento doutrinário que insira as contribuições de maneira sistêmica no complexo das normas jurídicas que integram o Direito Tributário.

5 A necessidade de haver um realinhamento teórico

O primeiro passo necessário a tanto é se remover o óbice do art. 4º, II, do CTN, que preceitua ser irrelevante para a caracterização da natureza jurídica do tributo a destinação

¹⁹ Cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Proposta para uma nova classificação dos tributos a partir de um estudo sobre a instituição de contribuição previdenciária pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: direito tributário. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 1. p. 305-306.

do produto de sua arrecadação, e o do art. 5º do CTN, que dispõe ser tributo apenas os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Esses dispositivos não foram recepcionados pela nova ordem constitucional. As contribuições fiscais, parafiscais e extrafiscais – hoje já não existe nenhuma objeção doutrinária ou jurisprudencial séria contra essa afirmação – são tributos. E para se caracterizar algum tributo como uma dessas contribuições, é imprescindível que se analise a destinação do produto de sua arrecadação.

Essa observação já revela a relativa insuficiência da composição da regra-matriz de incidência quando nela não exista qualquer critério que se refira à destinação da receita oriunda do adimplemento da obrigação tributária. De fato, se tomarmos a regra-matriz de incidência tal como delineada por Paulo de Barros Carvalho teremos a seguinte disposição²⁰:

$$\begin{array}{l}
 \left. \begin{array}{l}
 H = C_{t} + C_{m(v+c)} + C_{e} + C_{t} \\
 \downarrow \\
 DS_{n} \quad \longleftrightarrow \quad DS_{n} \\
 C_{st} = C_{p}(S_{a} + S_{p}) + C_{q}(b \times a)_{c \quad l}
 \end{array} \right\} N_{jt}
 \end{array}$$

Os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria podem ser decompostos perfeitamente a partir de tais critérios, não havendo coincidência total de critérios entre essas espécies tributárias e tampouco entre as suas subespécies. Ou seja, a partir da regra-matriz de incidência pode se decompor os critérios das normas jurídicas tributárias, a fim de que se diferencie um imposto de uma taxa, de uma contribuição de melhoria e vice-versa. Do mesmo modo, é possível

²⁰ Cf. *Curso de direito tributário*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 340-341.

se distinguir as diversas subespécies de impostos, de taxas e de contribuições de melhoria a partir exclusivamente da decomposição de suas regras-matrizes de incidência²¹.

E é precisamente essa a utilidade da ilustração da norma jurídica tributária, como reconhece Paulo de Barros Carvalho: “A esquematização formal da regra-matriz de incidência tem-se mostrado um utilíssimo instrumento científico, de extraordinária fertilidade e riqueza para a identificação e conhecimento aprofundado da unidade irreduzível que define a fenomenologia básica da imposição tributária. Seu emprego, sobre ser fácil, é extremamente operativo e prático, permitindo, quase que de forma imediata, penetrarmos na secreta intimidade da essência normativa, devassando-a e analisando-a de maneira minuciosa. Em seguida, experimentando o binômio *base de cálculo/hipótese de incidência*, colhido do texto constitucional para marcar a tipologia dos tributos, saberemos dizer, com rigor e presteza, da espécie e da subespécie da figura tributária que investigamos”²².

O mesmo não se pode dizer em se tratando das contribuições. Tome-se, desde logo, um exemplo: se procedermos à decomposição da regra-matriz de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP, acentuando o *binômio base de cálculo/hipótese de incidência*, não lograremos identificar qualquer traço que diferencie uma espécie tributária da outra. A base de cálculo tanto da COFINS quanto da contribuição para o PIS/PASEP é a receita bruta, nos termos dos arts. 2º e 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98²³ e do art. 1º da Lei n.º

²¹ O próprio Paulo de Barros Carvalho, em seu *Curso*, procedeu à decomposição das regras-matrizes de incidência dos seguintes impostos: IPI, ICMS, ISSQN (*Curso de direito tributário*, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 342-348).

²² *Ibidem*, p. 342.

²³ “Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

“Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

“§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação fiscal contábil adotada para as receitas.”

10.637/2002²⁴. O critério material da hipótese tributária, como se vê, é, também, o mesmo: auferir receita bruta. Ambas as contribuições parafiscais possuem idêntica matriz constitucional, que é o art. 195, I, “b”, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98, sendo, por isso, classificadas como contribuições de seguridade social.

Os exemplos se multiplicam. A contribuição de seguridade social devida pelas empresas (art. 22, I, da Lei n.º 8.212/91) é, sob o ponto de vista do *binômio base de cálculo/hipótese de incidência*, idêntica à contribuição para o SAT (art. 22, II, da mesma lei)²⁵: a base de cálculo de ambas é o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos. O critério material da hipótese tributária é o pagamento de tais remunerações, enquanto o lastro constitucional de ambas as contribuições de seguridade social é o art. 195, I, “a”, da CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98. Para a doutrina, de um modo ge-

²⁴ “Art. 1º. A contribuição para o PIS/PASEP tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

“§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

“§ 2º. A base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP é o valor do faturamento conforme definido no *caput*.”

²⁵ “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

“I – 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

“II – para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

“a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

“b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

“c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.”

ral, esse é um falso-problema, pois que todas essas exações têm natureza jurídica de *impostos*, embora assim o legislador não as tenha nominado (mesmo o legislador constituinte!), exatamente por serem tributos não-vinculados. Essa postura doutrinária é, a nosso ver, censurável, pois equivale a despir de sentido inúmeros dispositivos constitucionais que cuidaram de estabelecer um regime jurídico-tributário detalhado para as contribuições (circunstância essa que sequer é controvertida pela doutrina!), sem embargo de incorrer no grave equívoco consubstanciado em designar por imposto qualquer tributo não-vinculado. Ademais, como se reconhecer, de um lado, a natureza tributária das contribuições se, de outro, não se consegue distingui-las das outras espécies tributárias a partir da decomposição de sua regra-matriz de incidência?

Aliás, cabe aqui uma sutil observação. Dentre as possíveis significações da palavra *tributo*, Paulo de Barros Carvalho o identificou como norma jurídica tributária, no sentido de produto do exercício da competência tributária delimitada no sistema constitucional²⁶. Ora, apenas se pudermos identificar qualquer espécie tributária a partir de sua respectiva norma jurídica tributária é que estaremos diante de um *tributo* nessa acepção. E é na norma jurídica tributária que devemos encontrar os critérios para a identificação da espécie e subespécie tributária, como reconheceu o próprio Paulo de Barros Carvalho, sob pena de se estabelecer uma irremediável contradição doutrinária. Por isso, em que pese a louvável tentativa de sistematização, não nos parece acertada a conclusão de Eurico Marcos Diniz de Santi ao promover uma classificação *relacional* ou *extrínseca* dos tributos, cujo conteúdo, além de se valer de um sincretismo não recomendável na classificação das espécies tributá-

²⁶ Cf. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 23.

as, pauta-se também na equivocada premissa de que todo tributo não-vinculado tem natureza jurídica de imposto²⁷.

Em verdade, não basta simplesmente esquadriñar as contribuições no quadro geral da regra-matriz de incidência para mostrarmos de que espécie tributária estamos falando. Necessita-se de algo mais. Onde está, então, a falha da teoria? Parece-nos que falta ao esquema da regra-matriz de incidência: (a) um critério que oriente a distribuição do produto da arrecadação tributária, justificando a sua existência, que denominaremos de *critério finalístico*; e (b) um critério que se refira à destinação dessa receita, que poderíamos denominar de *critério receita tributária*.

6 Dois novos critérios para a regra-matriz de incidência tributária: o *critério finalístico* e o *critério receita tributária*

A regra-matriz de incidência, em verdade, é uma unidade lógica e incindível. Compete ao exegeta extrair do sistema jurídico os seus aspectos, devendo estar consciente, porém, de que apenas os *revela*²⁸. Isto é, o processo de formalização da regra-matriz de incidência decorre de uma análise essencialmente construtiva, no sentido de que se deve buscar, nos meandros do direito positivo, todos os critérios que a informam. A falha da esquematização tradicional da regra-matriz de incidência, a nosso ver, está exatamente no fato de que alguns de seus aspectos não foram *revelados* pela doutrina. Procuramos demonstrar essa circunstância a partir da testabilidade do esquema tradicional da regra-matriz de incidência, do que resultou uma relativa insuficiência ao aplicarmos-na na análise da fenomenologia de incidência

²⁷ Cf. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 1998, Vitória. *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 138-140.

²⁸ Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 59.

A novidade proposta reside no *conseqüente secundário* da norma jurídica tributária, ilustrado no esquema por Cs' . Da mesma forma que ocorre com o conseqüente primário (Cs_t), o Cs' é informado por um dever-ser interproposicional. Ou seja, dado o adimplemento da obrigação tributária (isto é, uma vez exaurido o objeto do Cs_t), a norma jurídica tributária irradia, infalivelmente, um novo efeito, qual seja, o Cs'_t , informado, também, por um dever-ser intraproposicional modalizado sob a forma de um modal deôntico, que cria para o sujeito ativo (S_a) o dever de entregar ao sujeito receptor (S_r) – ambos compõem o critério finalístico (C) –, total ou parcialmente, no tempo e do modo devidos,^f o produto da arrecadação tributária (C_{rt}). Importa frisar, desde logo, que o sujeito receptor pode ser uma entidade personalizada ou não e pode até mesmo se confundir com o próprio sujeito ativo da obrigação tributária.

Tudo isso se passa no que denominamos de conseqüente secundário (Cs'_t). A proposta tem um objetivo claro: abranger as contribuições no esquema da regra-matriz de incidência, inserindo-as por inteiro no regime jurídico-tributário. Vejamos se a proposta é útil para tanto.

Voltemos aos exemplos dados no tópico anterior, sobre a COFINS, a contribuição para o PIS/PASEP, a contribuição de seguridade social devida pelas empresas e a contribuição para o SAT. Se decompuermos as respectivas regras-matrizes de incidência dessas contribuições parafiscais, agora com os novos critérios propostos, poderemos visualizar, seguramente, as distinções existentes entre elas, retomando, assim, “a função operativa e prática do esquema da regra-matriz de incidência”³¹, ou seja, a sua única razão de ser.

³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 342.

Quanto à COFINS e à contribuição para o PIS/PASEP, já vimos que o *binômio base de cálculo/hipótese de incidência* é rigorosamente o mesmo, assim como a matriz constitucional de ambas as espécies tributárias. A distinção entre ambas repousa exatamente no critério finalístico: enquanto na COFINS o sujeito receptor é representado figurativamente pelo orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CR/88), na contribuição para o PIS/PASEP o sujeito receptor é designado pelo Programa de Integração Social e pelo Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (art. 239 da CR/88), que embora integrem o orçamento da seguridade social, recebem um tratamento especial, pois se destinam apenas a custear o programa do seguro-desemprego e o abono anual de um salário-mínimo devido aos empregados que satisfazem os requisitos do § 3º do art. 239 da CR/88. O critério receita tributária de ambas as exações corresponde à totalidade do produto da arrecadação tributária, devendo ser integralmente destinado a seus sujeitos receptores.

Quanto à contribuição de seguridade social devida pelas empresas e à contribuição para o SAT, o *binômio base de cálculo/hipótese de incidência* também é idêntico, assim como o fundamento constitucional de ambas, como visto antes. Se tomarmos o critério finalístico, porém, veremos que enquanto o sujeito receptor da contribuição de seguridade social devida pelas empresas, assim como na COFINS, é representado figurativamente pelo orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CR/88), na contribuição para o SAT o sujeito receptor é designado pelo Seguro Acidente do Trabalho, que também integra o orçamento da seguridade social, mas destina-se a financiar apenas o benefício previdenciário aposentadoria especial (arts. 57 e 58 da Lei n.º 8.213/91) e aqueles concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos

ambientais do trabalho. Do mesmo modo, o critério receita tributária de ambas as exações corresponde à totalidade do produto da arrecadação tributária, devendo ser integralmente destinado a seus sujeitos receptores.

Nos exemplos dados, os sujeitos receptores eram sempre entidades não-personalizadas (orçamento da seguridade social, PIS/PASEP e SAT) e o critério receita tributária de ambas as exações correspondia à totalidade do produto da arrecadação tributária. Mas nem sempre isso ocorre.

Como exemplo de contribuição cujo sujeito receptor é uma entidade personalizada e cujo critério receita tributária não engloba a totalidade do produto da arrecadação, temos a contribuição do salário-educação. Aliás, o *binômio base de cálculo/hipótese de incidência* da contribuição do salário-educação é o mesmo da contribuição de seguridade social devida pelas empresas, conforme se depreende do art. 15 da Lei n.º 9.424/96³². O que muda é a matriz constitucional, que da contribuição do salário-educação é o art. 212, § 5º. Mas o sujeito receptor da contribuição do salário-educação é o FNDE, sendo o sujeito ativo o INSS (art. 15, § 1º, da Lei n.º 9.424/96)³³. Quanto ao critério receita tributária, o sujeito ativo (INSS)³⁴ retém 1% a título de administração da cobrança e fiscalização inerentes à exigibilidade da exação (= exercício do direito subjetivo), repassando ao FNDE o restante, respeitando, porém, a distribuição da quota federal e da quota estadual

³² “Art. 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.”

³³ “Art. 15. (...)”

“§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, o montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, observada a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte forma:”

³⁴ O INSS é sujeito ativo da exação desde a sua instituição, nos termos do art. 1º, da Lei n.º 4.440/64 e dos arts. 1º, § 3º, e 2º, § 3º, do Decreto-lei n.º 1.422/75.

(art. 15, § 1º, I e II, da Lei n.º 9.424/96³⁵ c/c art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 9.766/98³⁶).

Essas considerações ganham especial relevo e têm profundas conseqüências no campo do direito processual tributário.

Sempre que o sujeito receptor for uma entidade não-pessoalizada, eventual ação de repetição do indébito tributário, que consubstancia uma pretensão condenatória, deverá ser dirigida em face apenas do sujeito ativo da obrigação tributária. Ao revés, se o sujeito receptor for uma entidade personalizada, a ação de repetição do indébito tributária deverá ser dirigida apenas contra ele. A exceção fica por conta da hipótese (como na contribuição do salário-educação) de o sujeito ativo vir a receber parte do produto da receita tributária, quando, então, deverá responder, na medida exclusiva de sua participação, por eventual repetição, assumindo, juntamente com o sujeito receptor, o pólo passivo da demanda. Em se tratando de ação anulatória de débito fiscal, que revela uma pretensão anulatória do ato de lançamento tributário, também o sujeito ativo é quem tem legitimidade passiva *ad causam*, tendo em vista que o lançamento é ato de expressão do exercício de sua capacidade ativa tributária. Por outro lado, se se tratar de hipótese de mandado de segurança, que exprime uma pretensão mandamental, o sujeito receptor, seja ele entidade personalizada ou não, jamais integrará a rela-

³⁵ “Art. 15. (...).

“§ 1º. (...)

“I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

“II - Quota Estadual, correspondente a dois terços do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal para financiamento de programas projetos e ações do ensino fundamental.”

³⁶ “Art 4º (...)

“Parágrafo único. O INSS reterá, do montante por ele arrecadado, a importância equivalente a um por cento, a título de taxa de administração, creditando o restante no Banco do Brasil S.A., em favor do FNDE, para os fins previstos no art. 15, § 1º, da Lei nº 9.424, de 1996.”

ção processual mediante a apresentação (= que o faz presente)³⁷ de alguma autoridade administrativa sua que se revista da qualidade de autoridade coatora. Apenas o sujeito ativo da obrigação tributária se reveste dessa qualidade, exatamente por ser a autoridade administrativa incumbida por lei de proceder à fiscalização e à cobrança dos créditos tributários postos à sua administração, competindo-lhe, para tanto, tomar as medidas necessárias para a sua satisfação, titulando os meios coercitivos de cobrança (autuação, inscrição em dívida ativa, propositura de ação fiscal). Daí porque, enfeixando os poderes administrativos suficientes para exigir, compulsoriamente, o recolhimento da exação, abre-se o ensejo para discussões sobre a legitimidade de sua conduta. Por fim, se houver simultaneidade de pretensões (condenatória, anulatória e mandamental), como nas hipóteses em que se ajuíza uma ação ordinária com vistas tanto à declaração de inexistência de relação jurídica tributária ou de anulação do lançamento tributário, quanto à repetição do que já houver sido pago a título do tributo questionado, a solução deverá ser combinada: havendo a emanção de um provimento mandamental (típico das decisões que antecipam os efeitos da tutela relacionadas a pretensões declaratórias e constitutivas), deverá o sujeito ativo ser oficiado na qualidade de responsável executivo secundário para dar cumprimento à decisão judicial, a fim de que observe a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto, ao fim da demanda, o provimento condenatório de repetição do indébito será dirigido apenas ao sujeito receptor. É óbvio que se o sujeito ativo desempenhar, também, o papel de sujeito receptor, será o destinatário de todas as pretensões que pude-

³⁷ Segundo o insuperável mestre Pontes de Miranda, a "apresentação" difere substancialmente da "representação". A "apresentação" provém da capacidade mesma da pessoa ou do conjunto de bens que tem, em um órgão ou mandatário, a expressão de sua própria capacidade jurídica. Já a "representação" é exercida por quem é responsável por gerir interesses de quem não possui capacidade jurídica, daí a necessidade de o representante agir em nome próprio, mas no interesse do incapaz juridicamente (Cf. *Tratado de direito privado*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. t. 1, p. 482-486).

rem ser deduzidas em juízo pelo sujeito passivo e, por conseguinte, dos provimentos jurisdicionais dantes aludidos.

7 As contribuições como tributos vinculados ou não-vinculados. Um novo princípio a orientar as contribuições que sejam tributos vinculados: a *referibilidade*

Retomando o fio de nossas considerações, a partir desses novos critérios propostos para o esquema da regramatrix de incidência, poderemos identificar sob um outro prisma a natureza jurídica das contribuições.

Em verdade, Sacha Calmon Navarro Coêlho nos dá conta da existência de duas correntes a respeito da natureza jurídica específica das contribuições: “A) uma que subsume tanto os *empréstimos compulsórios* (tributos causais e restituíveis) quanto as *contribuições parafiscais* ou *especiais* (impostos afetados a finalidades específicas ou finalísticos) nas figuras do imposto ou da taxa (Alfredo Augusto Becker, Aliomar Baleeiro, entre outros); e B) outra que vê as contribuições divididas em duas espécies: contribuições de melhoria e contribuições especiais (Geraldo Ataliba, parcialmente, e Carlos Mário da Silva Velloso, *v.g.*)”³⁸, com a qual ele concorda.

Ambas as correntes admitem a existência de contribuições que sejam tributos vinculados e têm um ponto de concórdia: as contribuições que espelham estrutura de tributo não-vinculado são impostos, ou melhor, na linguagem de Sacha Calmon Navarro Coêlho, são “impostos afetados a finalidades específicas”³⁹. Distanciam-se, porém, quanto à caracterização das contribuições que sejam tributos vinculados: enquanto a

³⁸ As contribuições especiais no direito tributário brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 1998, Vitória. *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 791.

³⁹ “A Constituição de 1988 introduziu no sistema tributário brasileiro a técnica dos *impostos afetados a finalidades específicas* dando-lhes o nome de contribuições. É ver os artigos 149 e 195, *caput* e incisos I, II e III, da CF” (Ibidem, p. 780).

primeira apregoa serem taxas, a segunda afirma que constituem uma espécie tributária autônoma, que são as *contribuições especiais*. Segundo esta última corrente, existem, assim, três espécies de tributos vinculados: as taxas, as contribuições de melhoria e as contribuições especiais.

Aderimos à segunda corrente, estritamente no que concerne à autonomização das contribuições como tributos vinculados que não podem ser simplesmente confundidas com as taxas. Isso porque ao se qualificar de taxa todo e qualquer tributo vinculado, como o faz a primeira corrente, incide-se no mesmo erro de suposição doutrinária de se visualizar todo tributo não-vinculado como imposto, desprezando-se elementos inerentes a qualquer processo classificatório, como já tivemos a oportunidade de esclarecer.

Contudo, vemos como tributos vinculados apenas a contribuição de melhoria (art. 145, III, da CR/88), a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (art. 149-A da CR/88) e a contribuição de seguridade social exigida do trabalhador e dos demais segurados da previdência social (art. 195, II, da CR/88). Essas são, a nosso ver, as únicas espécies de contribuições que possuem a natureza jurídica de tributo vinculado. Todas as demais são tributos não-vinculados. E essas três espécies de contribuições, efetivamente, decorrem de diferentes espécies de vinculações postas no aspecto material de suas hipóteses de incidência, quais sejam: (a) a construção de obra pública que valorize o patrimônio imobiliário do sujeito passivo da obrigação tributária (contribuições de melhoria: art. 145, III, da CR/88); (b) a prestação de serviço público *uti universi* de iluminação pública ao sujeito passivo da obrigação tributária (contribuição de iluminação pública: art. 149-A da CR/88); (c) a contingência de serem prestados benefícios previdenciários ao sujeito passivo da obrigação tributária (segurado da previdência social) em razão da ocorrência de determinados eventos, tais como morte, invalidez, aposentadoria etc. (contribuições sociais de

seguridade social devidas pelos segurados, obrigatórios ou não, da previdência social: art. 195, II, da CR/88).

Quanto à contribuição de melhoria, o que enseja a sua instituição não é simplesmente a valorização do patrimônio imobiliário do sujeito passivo da obrigação tributária, o que poderia caracterizá-la como tributo não-vinculado, porque o fundamento da exigência, assim considerado, seria um fato-signo presuntivo de riqueza (a valorização imobiliária). Pelo contrário. O que justifica a decretação desse tributo são os gastos públicos necessários para erigir a obra da qual decorre a valorização imobiliária experimentada pelos proprietários dos imóveis lindeiros, daí a razão de ter como limite do total a ser exigido o montante da despesa realizada⁴⁰. Aplicando-se-lhe a nova esquematização formal da regra-matriz de incidência, tem-se que o produto de sua arrecadação tem por sujeito receptor o próprio sujeito ativo da obrigação tributária, que despendeu gastos para erguer a obra pública que valoriza o imóvel do contribuinte.

Em relação à contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, trata-se de novidade inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional n.º 37/2002. Essa emenda tem por causa imediata o entendimento jurisprudencial que se consolidou no âmbito do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser inconstitucional a chamada *taxa de iluminação pública*, exigida por diversos Municípios⁴¹. De fato, o serviço de

⁴⁰ A Constituição de 1988 rompeu com a tradição constitucional brasileira que vinha desde a Constituição de 1946 (art. 30, parágrafo único), passou pela Constituição de 1967 (art. 18, II), resistiu à "Constituição" de 1969 (art. 18, II), sempre impondo expressamente que a contribuição de melhoria não pudesse ser exigida em limites superiores à despesa realizada. Nem por isso pode-se afirmar que no atual sistema constitucional tributário a regra seja outra, pois a essência da contribuição de melhoria, desde suas origens, é mesmo essa.

⁴¹ "EMENTA: TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL N.º 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município" (Recurso Extraordinário n.º 233.332/RJ, Tribunal Pleno, votação unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 10.03.1999, publicado no DJ de 14.05.1999, p. 24). Essa, infelizmente, tem sido uma experiência freqüente no Brasil: quando são contrariados alguns interesses fazendários, porque irreconciliáveis com os superiores designios constitucionais, simplesmente se muda a Constituição e se impõe esse *argumento de autoridade* goela abaixo...

iluminação pública, sem dúvidas, é de natureza *uti universi*, não se enquadrando, nem a fórceps, dentro dos parâmetros da especificidade e divisibilidade que ornamentam a moldura constitucional das taxas. De todo modo, exige-se uma atividade estatal (a prestação do serviço de iluminação pública) para que a exigência tributária seja validamente levada a efeito, daí a sua natureza de tributo vinculado. No novo esquema proposto para a regra-matriz de incidência, da mesma forma como ocorre com a contribuição de melhoria, o sujeito receptor se confunde com o sujeito ativo, porque dele partem os gastos necessários à prestação do serviço de iluminação pública. Como se trata de serviço público *uti universi*, a observância do princípio da retributividade, inerente aos tributos vinculados, fica bastante prejudicada, mas não deve ser esquecida. A autorização constitucional para que a cobrança da contribuição seja feita na fatura de consumo de energia elétrica (art. 149-A, parágrafo único) não pode empecer a sua natureza de tributo vinculado, ou seja, o critério quantitativo da regra-matriz de incidência não pode levar em consideração o valor da fatura de consumo de energia elétrica, mas, sim, o montante da despesa estatal com a prestação do serviço. Uma alternativa, para tanto, é a organização do Município (e do Distrito Federal) em *áreas de iluminação pública*, a fim de se identificar o custo do serviço em cada uma dessas áreas, com vistas a tornar mais efetivo o princípio da retributividade (indubitavelmente, há áreas que exigem mais iluminação pública do que outras, devendo, por isso mesmo, haver a exigência de *mais* contribuição nas primeiras do que nas segundas). A partir disso, a cobrança deve ser diluída equitativamente entre os proprietários dos imóveis localizados nessas áreas, porque são os beneficiados diretamente pelo serviço.

No que diz respeito à contribuição de seguridade social exigida dos segurados da previdência social, deve-se ter em consideração que o segurado contribui com base em um determinado *salário-de-contribuição* (arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.212/91) que guarda estreita vinculação com o denominado *salário-*

de-benefício (arts. 28 e 29 da Lei n.º 8.213/91). Ou seja, o que ele receberá sob o título de *benefício previdenciário* dependerá, em todos os seus termos, do que tenha sido recolhido a título de *contribuição previdenciária*. Por isso que somente os rendimentos do trabalho que efetivamente compõem o *salário-de-benefício* é que podem ser incluídos no *salário-de-contribuição*. Assim, a vinculação decorre exatamente do fato de que a contribuição cobrada vincula-se a uma prestação estatal (pagamento de benefício previdenciário) a ser oferecida ao sujeito passivo da obrigação tributária em determinadas situações (morte, aposentadoria, invalidez etc.). A única peculiaridade é que a atuação estatal é postergada, dá-se num momento posterior ao da exigência tributária, mas isso pela própria idéia essencial que informa o sistema de previdência social, ligada à noção de equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201 da CR/88). No novo esquema da regra-matriz de incidência, o sujeito receptor, evidentemente, deverá ser o orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CR/88), não se exigindo a individualização de receitas e despesas previdenciárias porque não se adotou no Brasil o sistema de capitalização. É interessante observar o *binômio base de cálculo/hipótese de incidência* dessas exações, em que a base de cálculo se configura pelo conjunto denominado *salário-de-contribuição*, ao passo que a hipótese de incidência diz respeito exatamente ao fato de ser o sujeito passivo da obrigação tributária segurado da previdência social. Vê-se, assim, que a base de cálculo está intimamente ligada à hipótese de incidência, não havendo qualquer desvirtuação do princípio da retributividade⁴².

⁴² Como já deixamos anotado, nos tributos vinculados a base de cálculo deve ser sempre uma expressão do *custo* da prestação levada a efeito pelo Estado em relação ao sujeito passivo da obrigação tributária. Um exemplo de Sacha Calmon Navarro Coelho sobre as taxas é digno de nota: "se uma taxa de licenciamento de veículos automotores, após vistoria que os dá como aptos a trafegar (para não porem em risco, por si sós, a segurança das pessoas), tiver como base de cálculo o valor do veículo, não se trata de taxa, mas de imposto, pois leva em consideração a capacidade contributiva do dono (a propriedade de um Mercedes-Benz indica alguém de posses). Se taxa fosse, a base de cálculo teria que *medir a atuação do Estado* (número de funcionários envolvidos, tempo gasto na vistoria etc.)" (As contribuições especiais no direito tributário brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 1998, Vitória. *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 775).

Portanto, as contribuições fiscais (contribuição de melhoria e contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública) e uma das contribuições parafiscais (a contribuição de seguridade social devida pelos segurados da previdência social) são tributos vinculados e devem obediência ao princípio da retributividade.

Voltando nossas atenções para as demais contribuições – as contribuições parafiscais (sociais e corporativas) e as contribuições extrafiscais (de intervenção no domínio econômico) –, não nos parece acertada a conclusão abonada pela quase unanimidade da doutrina no sentido de que elas, por serem tributos não-vinculados, têm natureza jurídica de imposto. Nos dizeres de Sacha Calmon Navarro Coelho, são “impostos afetados a finalidades específicas”⁴³. Ora, é a própria Constituição Federal que não admite a existência de impostos cuja receita seja previamente afetada a órgão fundo ou despesa (vale dizer, “afetados a finalidades específicas”), ressalvada a destinação de recursos expressamente determinada no texto constitucional (art. 167, IV). Por isso não nos parece plausível se enxergar as contribuições que sejam tributos não-vinculados como “impostos afetados a finalidades específicas”: pela simples razão de que essa figura contraria textualmente as disposições constitucionais.

Cabe aqui uma breve menção à doutrina de Geraldo Ataliba a respeito das contribuições. Em primeiro lugar, o mestre diferenciou as contribuições das taxas a partir da *referibilidade* de sua hipótese de incidência a uma correspondente atuação estatal: sendo direta, trata-se de taxa;

⁴³ “A Constituição de 1988 introduziu no sistema tributário brasileiro a técnica dos *impostos afetados a finalidades específicas* dando-lhes o nome de contribuições. É ver os artigos 149 e 195, *caput* e incisos I, II e III, da CF” (Ibidem, p. 780).

indireta, de contribuição⁴⁴. Se, por outro lado, não houver essa referibilidade indireta, trata-se de verdadeiro imposto e não de contribuição⁴⁵. Isso decorre do círculo de giz desenhado pela própria doutrina, e dentro do qual ainda teima em permanecer, que toma como dogma a noção de que somente pode existir uma espécie de tributo não-vinculado: os impostos. A erronia dessa concepção é patente, conforme demonstramos linhas acima. De fato, o sistema constitucional tributário permite a criação de contribuições para-fiscais e extrafiscais que são verdadeiros tributos não-vinculados⁴⁶. O critério material da hipótese de incidência dessas exações não descreve uma atuação, mediata ou imediata, do Estado em relação ao sujeito passivo da obrigação tributária. Pelo contrário, assim como ocorre com os impostos, o pressuposto material de incidência dessas exações é um fato que exprime uma grandeza econômica relativa ao sujeito passivo da obrigação tributária. Esta observação,

⁴⁴ Eis o texto: “para que se configure a taxa, basta a lei prever a atuação estatal que tenha referibilidade a alguém (que poderá ser posto como sujeito passivo do tributo). Este tributo irá nascer com a referibilidade (no momento em que a atuação estatal se referir concretamente a alguém).

“Nas contribuições, pelo contrário, não basta a atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado. (...)”

“Na contribuição, ou se tem uma atuação estatal que produz um efeito, o qual (efeito) se conecta com alguém (que é, pela lei, posto na posição de sujeito passivo), ou, pelo contrário, se tem uma pessoa (que afinal será sujeito passivo) que desenvolve uma atividade, ou causa uma situação que requer, exige, provoca ou desencadeia um atuação estatal” (*Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 130).

⁴⁵ *Ibidem*, especialmente p. 174 e 182.

⁴⁶ Geraldo Ataliba, não obstante, entende que essas espécies tributárias são tributos vinculados, por existir uma *referibilidade indireta* que as orienta. Segundo afirma: “Quando, porém, a lei quer socorrer os destituídos, os desamparados, os miseráveis, sem correlação lógica com nenhuma atividade, categoria ou setor social, cria-se uma dificuldade especial para o legislador. Por impossível, não pode exigir o tributo dos beneficiários da atuação estatal. Daí a circunstância de se reconhecer ter cabimento – na teoria das contribuições, elaborada no plano financeiro – estender o círculo dos sujeitos passivos às pessoas indiretamente relacionadas com a atuação estatal pela contribuição suportada. (...)”

“Impõe-se destarte, reconhecer a necessidade – constitucionalmente postulada – de que haja, ainda que indiretamente (embora clara e objetiva), correlação entre os beneficiários da ação do estado e as pessoas chamadas a contribuir; ou seja: correlação entre os efeitos ou causa da ação estatal custeada pela ‘contribuição’ e seus contribuintes (sujeitos passivos)” (*Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 179-180). Ocorre que o critério material da regra-matriz de incidência dessas espécies tributárias não guarda relação, sequer indireta, com nenhuma atividade estatal. Tanto que o próprio Geraldo Ataliba reconheceu que o princípio que deve orientar essas espécies tributárias é o da capacidade contributiva. Eis a flagrante incoerência, que procuramos deixar clara no texto.

todavia, não nos autoriza a dizer que tais espécies de contribuições sejam impostos. Elas são tributos não-vinculados, mas não são impostos.

A bem da verdade, a diferença entre ambas as espécies tributárias (impostos e contribuições) reside exatamente no que poderíamos chamar de *referibilidade*, mas num sentido diverso do empregado por Geraldo Ataliba. Nas contribuições, além da não-vinculação, existe uma *correlação lógica entre o sujeito receptor e o sujeito passivo* da obrigação tributária. Sejam um pouco mais claros: a finalidade em vista da qual é instituída a contribuição deve se referir, mediata ou imediatamente, a uma *especial característica* do sujeito passivo. Vamos à aplicação prática do princípio da referibilidade.

Nas contribuições de seguridade social do art. 195, I, da CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98, revestem-se da qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária o empregador, a empresa e as demais entidades a ela equiparadas na forma da lei. O sujeito receptor, como é óbvio, é o orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III). Qual a correlação lógica entre o sujeito passivo e o sujeito receptor a fundamentar essa exigência tributária? É o princípio plasmado no *caput* do art. 195, o *princípio da solidariedade social*, que exige a participação de toda a sociedade no financiamento da seguridade social. Assim, o fato de se exercer uma atividade econômica, seja contratando trabalhadores ou prestadores de serviços (195, I, “a”), seja auferindo receita ou faturamento (195, I, “b”), seja, ainda, experimentando lucro (195, I, “c”), revela exteriorização de riqueza tomada pelo dispositivo constitucional como fato-signo presuntivo a autorizar a tributação. Se a seguridade social deve ser custeada por toda a sociedade, que tal ônus recaia, então, sobre aqueles que, em tese, exteriorizam riqueza pelo exercício de atividades econômicas e que empregam aquelas pessoas (= segurados)

que, potencialmente, poderão se servir de benefícios previdenciários.

Se tomarmos a contribuição para o SAT, salienta-se com mais clareza ainda a correlação lógica entre o sujeito passivo e o sujeito receptor. O sujeito passivo dessa exação é a empresa, tal como considerada pelo art. 15 da Lei n.º 8.212/91⁴⁷. O sujeito receptor, como já visto, é o Seguro Acidente do Trabalho, que financia o benefício previdenciário aposentadoria especial (arts. 57 e 58 da Lei n.º 8.213/91) e aqueles concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho. Ora, considerando-se que o risco de acidente do trabalho existe no âmbito de qualquer empresa, sendo, evidentemente, mais acentuado no exercício de determinadas atividades, há de existir uma graduação concreta e racional na sua exigência, de acordo com a probabilidade de ocorrerem os ditos acidentes dos quais decorram incapacidade laborativa, sob pena de se malferir o princípio da referibilidade⁴⁸.

Na análise das contribuições sociais gerais, também se evidencia a utilidade do novo esquema traçado, em que o sujeito receptor é a entidade incumbida de oferecer uma determinada prestação social – que não se englobe no sistema da seguridade social⁴⁹ –, ao passo que o sujeito passivo, as empresas que empregam os trabalhadores que se servirão dessas prestações sociais. Assim como ocorre com as prestações sociais que integram a seguridade social, as prestações sociais gerais foram criadas para atender, primordialmente, as necessidades dos trabalhadores, sendo orientadas pelo *princípio da solidariedade*. Daí a noção de

⁴⁷ “Art. 15. Considera-se:

“I – empresa – a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidade da administração pública direta, indireta e fundacional;”

⁴⁸ Foi o que fez o art. 22, II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei n.º 8.212/91.

⁴⁹ A seguridade social abrange os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CR/88).

que as receitas financeiras necessárias à sua manutenção devem advir das empresas que, para exercerem suas atividades econômicas com o objetivo de lucro, utilizam-se da mão-de-obra dos trabalhadores. Aí temos a contribuição do salário-educação (art. 212, § 5º, da CR/88), do FGTS (art. 7º, III, da CR/88) e, também, as contribuições que custeiam os serviços sociais autônomos (art. 240 da CR/88). Quanto a estas, há uma especial divisão de encargos, conforme a natureza da atividade desenvolvida pelo sujeito passivo: a contribuição para o SESC/SENAC deve ser cobrada apenas das empresas que exercem atividades comerciais⁵⁰; a contribuição para o SESI/SENAI deve ser exigida somente das empresas industriais⁵¹; a contribuição para o SEST/SENAT deve ser cobrada apenas das empresas que se dedicam à exploração de serviços de transporte⁵². É assim que se manifesta o princípio da referibilidade nessas espécies tributárias.

Dessas contribuições sociais gerais, a contribuição do salário-educação e as contribuições do SESC/SENAC, SESI/SENAI, SEST/SENAT, embora não integrem o sistema da seguridade social, têm o INSS como sujeito ativo (art. 3º do Decreto-lei n.º 9.403/46⁵³; art. 3º do Decreto-lei

⁵⁰ São, em verdade, os estabelecimentos comerciais vinculados à Confederação Nacional do Comércio, nos termos do art. 577 da CLT.

⁵¹ Do mesmo modo que ocorre com a contribuição para o SESC/SENAC, são os estabelecimentos industriais vinculados à Confederação Nacional da Indústria, nos termos do art. 577 da CLT.

⁵² É o que dispõe o art. 7º, I, da Lei n.º 8.706/93, instituidor da exação, que aproveitou os critérios existentes da regra-matriz de incidência da contribuição para o SESI/SENAI, modificando-lhe apenas o sujeito passivo e, obviamente, o sujeito receptor.

⁵³ "Art. 3º Os estabelecimentos industriais enquadrados na Confederação Nacional da Indústria (artigo 577 do Decreto-lei n.º 5. 452, de 1 de Maio de 1943), bem como aqueles referentes aos transportes, às comunicações e à pesca, serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social da Indústria para a realização de seus fins.

"§ 1º. A contribuição referida neste artigo será de dois por cento (2%) sobre o montante da remuneração paga pelos estabelecimentos contribuintes a todos os seus empregados. O montante da remuneração que servirá de base ao pagamento da contribuição será aquele sobre o qual deva ser estabelecida a contribuição de previdência devida ao instituto de previdência ou caixa de aposentadoria e pensões, a que o contribuinte esteja filiado.

"§ 2º. A arrecadação da contribuição prevista no parágrafo anterior será feita pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários e também pelas instituições de previdência social a que estiverem vinculados os empregados das atividades econômicas não sujeitas ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários. Essa arrecadação será realizada pelas instituições de previdência social conjuntamente com as contribuições que lhes forem devidas."

n.º 9.853/65⁵⁴; art. 7º da Lei n.º 8.706/93⁵⁵; art. 15, § 1º, da Lei n.º 9.424/96) e, como sujeito receptor, respectivamente, o FNDE, aqueles serviços sociais autônomos, além do INSS (em relação à contribuição do SESC/SENAC e a da contribuição do salário-educação), que auferem um percentual da arrecadação como forma de remuneração pelo exercício da competência tributária ativa (art. 3º do Decreto-lei n.º 9.853/65; art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 9.766/98). Já a contribuição do FGTS tem como sujeito ativo a União Federal (Lei n.º 8.844/94) e como sujeito receptor, evidentemente, o próprio fundo⁵⁶.

⁵⁴ “Art. 3º. Os estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio (art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943), e os demais empregadores que possuam empregados segurados no Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, serão obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal ao Serviço Social do Comércio, para custeio dos seus encargos.

“§ 1º. A contribuição referida neste artigo será de 2% (dois por cento) sobre o montante da remuneração paga aos empregados. Servirá de base ao pagamento da contribuição a importância sobre a qual deva ser calculada a quota de previdência pertinente à instituição de aposentadoria e pensões à qual o contribuinte esteja filiado.

“§ 2º. A arrecadação da contribuição prevista no parágrafo anterior será feita pelas instituições de previdência social a que estiverem vinculados os empregados, juntamente com as contribuições que lhes forem devidas. Caberá às mesmas instituições, a título de indenização por despesas ocorrentes, 1% (um por cento) das importâncias arrecadadas para o Serviço Social do Comércio.”

⁵⁵ “Art. 7º. As rendas para manutenção do Sest e do Senat, a partir de 1º de janeiro de 1994, serão compostas:

“I - pelas atuais contribuições compulsórias das empresas de transporte rodoviário, calculadas sobre o montante da remuneração paga pelos estabelecimentos contribuintes a todos os seus empregados e recolhidas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, em favor do Serviço Social da Indústria (Sesi) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), que passarão a ser recolhidas em favor do Serviço Social do Transporte (Sest) e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat), respectivamente;

“II - pela contribuição mensal compulsória dos transportadores autônomos equivalente a 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), e 1,0% (um inteiro por cento), respectivamente, do salário de contribuição previdenciária;

“III - pelas receitas operacionais;

“IV - pelas multas arrecadadas por infração de dispositivos, regulamentos e regimentos oriundos desta lei;

“V - por outras contribuições, doações e legados, verbas ou subvenções decorrentes de convênios celebrados com entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais.

“1º. A arrecadação e fiscalização das contribuições previstas nos incisos I e II deste artigo serão feitas pela Previdência Social, podendo, ainda, ser recolhidas diretamente ao Sest e ao Senat, através de convênios.

“2º. As contribuições a que se referem os incisos I e II deste artigo ficam sujeitas às mesmas condições, prazos, sanções e privilégios, inclusive no que se refere à cobrança judicial, aplicáveis às contribuições para a Seguridade Social arrecadadas pelo INSS.”

⁵⁶ “Art. 1º. Compete ao Ministério do Trabalho a fiscalização e a apuração das contribuições ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem assim a aplicação das multas e demais encargos devidos.

“Parágrafo único. A Caixa Econômica Federal (CEF) e a rede arrecadadora prestarão ao Ministério do Trabalho as informações necessárias ao desempenho dessas atribuições.

“Art. 2º. Compete à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva.

“1º. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço fica isento de custas nos processos judiciais de cobrança de seus créditos.

“2º. As despesas, inclusive as de sucumbência, que vierem a ser incorridas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e pela Caixa Econômica Federal, para a realização da inscrição em Dívida Ativa, do ajuizamento e do controle e acompanhamento dos processos judiciais, serão efetuadas a débito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

“3º. Os créditos relativos ao FGTS gozam dos mesmos privilégios atribuídos aos créditos trabalhistas.

“4º. Na cobrança judicial dos créditos do FGTS, incidirá um encargo de vinte por cento, que reverterá para o Fundo, para ressarcimento dos custos por ele incorridos, o qual será reduzido para dez por cento, se o pagamento se der antes do ajuizamento da cobrança.”

Também no campo das contribuições parafiscais corporativas (no interesse de categorias profissionais ou econômicas), o princípio da referibilidade comparece de maneira marcante.

De um lado, quanto às contribuições no interesse de categorias profissionais, o sujeito passivo deve sempre estar inserido na categoria profissional representada pelo sujeito receptor. Tais espécies tributárias existem com bastante frequência no campo das profissões cujo exercício exige habilitação legal, tais como advocacia, medicina, odontologia, farmácia, arquitetura, engenharia etc. Assim, o sujeito passivo da contribuição corporativa da OAB deve ser somente o advogado e as sociedades que prestam serviços de advocacia; da contribuição corporativa do CRM, o médico e as sociedades que prestam serviços médicos e assim por diante⁵⁷.

De outro lado, quanto às contribuições no interesse de categorias econômicas, o sujeito passivo da exação deve estar sempre inserido no campo de atuação do sujeito receptor, que é representado por uma entidade que atua em benefício da classe econômica em que se enquadra o sujeito passivo. É o que se passa com a contribuição para o SEBRAE, que deve ser exigida só das micro e das pequenas empresas⁵⁸. Obser-

⁵⁷ É bem verdade que, atualmente, de um modo geral, existe um grave equívoco no que diz respeito à fixação do critério quantitativo dessas exações, pois se cobra um *quantum* fixo a título de *anualidade* dos profissionais regularmente inscritos nos quadros dessas entidades fiscalizadoras do exercício de profissão. Isso vulnera o princípio da capacidade contributiva em sua essência, o qual exige a graduação da intensidade da carga tributária a partir da exteriorização de riqueza revelada pelo sujeito passivo da obrigação tributária, devendo ser tanto mais intensa quanto maior for a revelação de capacidade contributiva. Ao contrário, a adoção das chamadas "taxas de anualidade", tomadas em valores fixos, incidem de maneira uniforme sobre todos os profissionais que integram a entidade incumbida de fiscalizar o exercício da profissão (o sujeito receptor da regra-matriz). Aliás, os valores cobrados jamais poderiam ser concebidos como taxas, em sentido jurídico-tributário, porque embora pudessem, a princípio, ser vislumbrados como *retribuição* ao exercício do poder de polícia por parte da entidade, não atendem aos standards da *especificidade* e *divisibilidade* cristalizados no texto constitucional (art. 145, II, da CR/88), extensíveis às taxas de polícia, sem embargo de não possuírem por base de cálculo o *custo* relacionado à prestação estatal relacionada ao sujeito passivo da obrigação, pressuposto indeclinável na caracterização dos tributos vinculados. Guardam, sem dúvidas, a natureza de tributos não-vinculados, que deveriam, por isso mesmo, respeitar integralmente o princípio da capacidade contributiva e, especificamente, o princípio da referibilidade, tal como afirmado no texto.

⁵⁸ Aliás, a contribuição para o SEBRAE foi criada, nos termos do art. 8º, § 3º, da Lei n.º 8.029/90, com a redação dada pela Lei n.º 8.154/90, sob a forma de *adicional* às contribuições para o SESC/SENAC e para o SESI/SENAL, conforme desenvolva a micro ou pequena empresa, respectivamente, atividade comercial ou industrial. Ou seja, as empresas de médio e de grande porte somente se sujeitam às contribuições para o SESC/SENAC ou para o SESI/SENAL, conforme sejam comerciais ou industriais. Já as micro e pequenas empresas, além estarem sujeitas ao recolhimento das contribuições para o SESC/SENAC ou para o SESI/SENAL, conforme o caso, estão obrigadas ao recolhimento da contribuição para o SEBRAE. No entanto, as micro e pequenas empresas que integram a sujeição passiva da contribuição para o SESC/SENAC não devem recolher a contribuição para o SEBRAE, dada a natureza desta exação de adicional às contribuições para o SESC/SENAC e para o SESI/SENAL, nos termos da lei que a instituiu. Vale ressaltar, por fim, que o critério levado em consideração para o enquadramento de uma empresa como microempresa ou empresa de pequeno porte é a *receita bruta anual*, nos termos dos incisos I e II do art. 2º da Lei n.º 9.841/99.

ve-se que a contribuição para o SEBRAE em nada se assemelha às contribuições sociais gerais para o SESI/SENAI, SESC/SENAC e SEST/SENAT. É que o produto de arrecadação destas últimas não se reverte para aqueles que se portam como sujeito passivo da exação, como ocorre com a contribuição para o SEBRAE⁵⁹. Pelo contrário, as empresas industriais, comerciais e de transportes contribuem para a manutenção de entidades que prestam serviços sociais a seus empregados, daí a razão de serem chamadas a financiá-las. Embora não seja espécie de contribuição de seguridade social, é o INSS quem exerce a sujeição ativa da contribuição do SEBRAE (art. 8º da Lei n.º 8.029/90, com a redação dada pela Lei n.º 8.154/90)⁶⁰, mas o sujeito receptor é tão-somente o SEBRAE, porque não é contemplado com nenhum percentual do montante arrecadado.

O mesmo ocorre com as contribuições extrafiscais de intervenção no domínio econômico. Somente quem atua no setor do mercado que necessita de intervenção estatal é que deverá suportar a tributação. Ou seja, o sujeito passivo é a pessoa que exerce uma atividade econômica que se

⁵⁹ Isso se dá pelo financiamento de políticas de estímulo ao desenvolvimento das micro e das pequenas empresas, pela organização de cursos de gerenciamento/capacitação para os micro e pequenos empresários etc., em cumprimento às finalidades essenciais do SEBRAE, nos termos do art. 9º da Lei n.º 8.029/90, com a redação dada pela Lei n.º 8.154/90, do seguinte teor: "Compete ao serviço social autônomo a que se refere o artigo anterior planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica."

⁶⁰ "Art. 8º. É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (Cebrae), mediante sua transformação em serviço social autônomo.

"§ 1º. Os Programas de Apoio às Empresas de Pequeno Porte que forem custeados com recursos da União passam a ser coordenados e supervisionados pela Secretaria Nacional de Economia, Fazenda e Planejamento.

"§ 2º. Os Programas a que se refere o parágrafo anterior serão executados, nos termos da legislação em vigor, pelo Sistema Cebrae/Ceags, através da celebração de convênios e contratos, até que se conclua o processo de autonomização do Cebrae.

"3º. Para atender à execução da política de Apoio às Micro e às Pequenas Empresas, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n.º 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:

"a) um décimo por cento no exercício de 1991;

"b) dois décimos por cento em 1992; e

"c) três décimos por cento a partir de 1993.

"§ 4º. O adicional da contribuição a que se refere o parágrafo anterior será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão competente da Previdência e Assistência Social ao Cebrae."

refere diretamente ao sujeito receptor da exação, o qual empregará o produto da arrecadação justamente para fazer frente à intervenção no segmento econômico do qual faz parte o sujeito passivo. Aliás, a cuidadosa regulamentação das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico levada a efeito pelo acréscimo dos §§ 2º a 4º ao art. 149 (empreendido pela Emenda Constitucional n.º 33/2001) veio em boa hora, porque no *caput* do art. 149 havia apenas menção à intervenção do Estado no domínio econômico como instrumento de atuação na respectiva área, sem, no entanto, haver a delimitação precisa dos pressupostos para o exercício da competência tributária a esse título. Os §§ 2º a 4º do art. 149 agora disciplinam os pontos essenciais que devem ser levados em consideração para a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico e denunciam a sua estrutura de tributos não vinculados, ao fixarem fatos-signos presuntivos de riqueza (auferimento de faturamento ou de receita bruta, operações de comercialização ou de importação) como pressupostos materiais da incidência tributária. Quanto à possibilidade expressa de haver a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico no mercado de importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (também explícita no novo inciso II do § 4º do art. 177 da CR/88), parece-nos que o acréscimo foi desnecessário, por cuidar de matéria que deveria ser disciplinada por lei ordinária. Ora, o legislador constituinte não tem condições de prever qual setor do mercado necessitará de sofrer intervenção do Estado, a ser financiada por intermédio da cobrança da respectiva contribuição. Ademais, poderá levar a um equívoco de interpretação, ao se supor que somente se houver previsão expressa no texto constitucional é que será possível a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico. A rigor, uma vez atendidos os pressupostos e princípios que orientam o exercí-

cio de competência tributária a esse título⁶¹, poderá ser instituída a referida exação, independentemente de haver expressa previsão no texto constitucional⁶².

Enfim, ao lado do princípio da capacidade contributiva, que caminha *pari passu* com os tributos não-vinculados⁶³, o princípio da referibilidade preside e dá sentido de existência às contribuições que espelham uma estrutura tributária desse jaez, quais sejam, as contribuições parafiscais (sociais e corporativas) e as contribuições extrafiscais (de intervenção no domínio econômico).

8 À guisa de conclusão

Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho representam dois grandes marcos para o Direito Tributário, com projeção científica que não precisa ser aqui detalhada. A simples referência de que o primeiro sistematizou a teoria dos *tributos vinculados e não-vinculados*, a partir da correta distinção entre o mundo dos fatos (fato imponível) e o mundo das normas (hipótese de incidência), ao passo que o se-

⁶¹ Em relação aos limites a serem observados para a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, entendemos que deverá ser respeitado o *princípio da mínima intervenção estatal na vida privada*, o qual exige o atendimento dos seguintes pressupostos: (a) deve haver uma ligação íntima entre a intervenção e uma finalidade pública; (b) tal finalidade deve ser real, concreta e poderosa; (c) a intervenção deve guardar um equilíbrio com a inalienabilidade dos direitos individuais; e (d) não deve atingir o conteúdo essencial de algum direito fundamental. Os princípios que ordenam a necessidade de intervenção, a partir desses pressupostos, são a *racionalidade* e a *razoabilidade*. Essa sistematização em torno do *princípio da mínima intervenção estatal na vida privada*, em verdade, foi estabelecida por Carlos Ari Sundfeld para caracterizar os limites na imposição de *condicionamentos de direitos* aos particulares (Cf. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 67-73). Entendemos, porém, que tal sistematização se encaixa perfeitamente na orientação da intervenção do Estado no domínio econômico mediante a instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico.

⁶² É por isso que se nos apresenta ter havido equívoco na EC n.º 33/2001 ao se disciplinar minuciosamente, mediante o acréscimo do § 2º, II, ao art. 149 e do § 4º ao art. 177, os pressupostos a serem observados na instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico do mercado de importação e comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool combustível, materializada pela Lei n.º 10.336/2001. Essa disciplina, em verdade, deveria vir exposta na lei que instituiu a respectiva exação, justificando a sua existência.

⁶³ Importa ressaltar que em todos os exemplos mencionados o critério material da hipótese tributária deve consistir – como de fato consistem, à exceção das contribuições corporativas, como vimos – num fato-sígnio presuntivo de riqueza, do que resulta a natureza de tributos não-vinculados das contribuições parafiscais, à exceção da contribuição de seguridade social exigida do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, com esteio no art. 195, II, da CR/88, instituída pelos arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.212/91, conforme já asseverado no texto.

gundo organizou abstratamente a *regra-matriz de incidência tributária*, já é suficiente para demonstrar a envergadura científica de ambos, que se preocuparam em oferecer uma análise teórica orientada a servir, principalmente, as necessidades práticas que acompanham as questões mais sensíveis do Direito Tributário.

No entanto, a forma maior de se ultrajar uma teoria é mantê-la imune às necessidades de readaptação exigidas com o desenvolvimento e a mutação da realidade que ela se destina a descrever sistematicamente. No caso das teorias jurídicas, apenas quando as mesmas forem úteis à interpretação e à aplicação do Direito é que servirão a seu fim. E é a adoção do *sistema de testabilidade das proposições jurídicas* – num modelo teórico sugerido por outro jurista do mais alto gabarito, José Souto Maior Borges – que fornecerá o certificado de utilidade de qualquer teoria jurídica.

Essa foi, em última análise, a *ratio essendi* de nosso estudo: demonstrar a insuficiência da interpretação tradicional da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados no que toca às contribuições, propondo um realinhamento teórico, bem como revelar uma nova esquematização formal para a regra-matriz de incidência tributária, com vistas a resolver questões ínsitas a essas espécies tributárias, não alcançadas pela visão tradicional. Esse foi o único objetivo de nossas reflexões. Talvez não tenhamos conseguido cumpri-lo a contento, mas a atração foi muito grande para não o tentarmos.

9 Conclusões específicas

- As contribuições se colocam no sistema constitucional tributário como: (a) contribuições fiscais, que são: (a.1) a contribuição de melhoria; e (a.2) a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública; (b) contribuições parafiscais, que são: (b.1) as contribuições sociais, subdividindo-se em: (b.1.1) contri-

buições de seguridade social; e (b.1.2) contribuições sociais gerais; e (b.2) as contribuições corporativas, subdividindo-se em: (b.2.1) contribuições no interesse de categorias profissionais e (b.2.2) contribuições no interesse de categorias econômicas; e, finalmente, (c) contribuições extrafiscais, que são as contribuições de intervenção no domínio econômico.

- Tal classificação parte da premissa de que existem três normas constitucionais que servem, em primeiro lugar, de fundamento para a instituição de contribuições, quais sejam, os arts. 145, III; 149 e 149-A. Além disso, considera os tradicionais fenômenos da fiscalidade, parafiscalidade e extrafiscalidade como critério classificatório.
- A teoria dos tributos vinculados e não-vinculados permite que seja identificado qual o princípio aplicável a cada uma das espécies tributárias: o princípio da contributividade (ou capacidade contributiva) vigora para os tributos não-vinculados, ao passo que o princípio da retributividade, para os vinculados.
- Porém, não se pode dizer que todo tributo não-vinculado tem natureza jurídica de imposto, sob pena de se contrariar noções elementares a qualquer processo de classificação que leve em conta uma bi-classificação, porque quando se separa determinado conjunto de coisas em x e não-x, a relação será sempre de exclusão, não havendo a possibilidade lógica de se criar uma terceira categoria, sem que, contudo, se possa dizer que todas as coisas colocadas debaixo de uma mesma classe terão a mesma natureza. Tudo dependerá da amplitude de abrangência da classificação.
- A razão do equívoco se justifica na esquematização tradicional da regra-matriz de incidência, que não con-

templa nenhum dado relativo ao destino do produto da arrecadação tributária, de maneira que, quando se decompõe a regra-matriz de incidência das contribuições, não se consegue visualizá-las como espécies tributárias autônomas e, em algumas situações (p. ex.: na comparação entre a COFINS e a contribuição para o PIS/PASEP) sequer apresentam diferenças entre si.

- Para eliminar essa falha da teoria, é imprescindível que se vislumbre na esquematização formal da regra-matriz de incidência dois novos critérios: (a) um critério que oriente a distribuição do produto da arrecadação tributária, justificando a sua existência, que denominamos de critério finalístico (no qual comparecem o sujeito ativo e o sujeito receptor); e (b) um critério que se refira à destinação dessa receita, que denominamos de critério receita tributária.
- As contribuições fiscais (contribuição de melhoria e contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública) e uma das contribuições parafiscais (a contribuição de seguridade social devida pelos segurados da previdência social) são tributos vinculados e devem obediência ao princípio da retributividade.
- As contribuições parafiscais (sociais e corporativas) e as contribuições extrafiscais (de intervenção no domínio econômico) são tributos não-vinculados que, além de observarem o princípio da capacidade contributiva, são orientadas pelo princípio da referibilidade, no sentido de que deve existir uma correlação lógica entre o sujeito receptor e o sujeito passivo da obrigação tributária, porque a finalidade em vista da qual é instituída a contribuição deve se referir, mediata ou imediatamente, a uma especial característica do sujeito passivo.

10 Referências

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias: uma introdução metodológica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Proposta para uma nova classificação dos tributos a partir de um estudo sobre a instituição de contribuição previdenciária pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 1. p. 294-340.

_____. As contribuições especiais no direito tributário brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 1998, Vitória. *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 773-792.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (Coord.). *Execução fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000. t. 1.

PAULA, Rodrigo Francisco de. Repensando a teoria dos tributos vinculados e não-vinculados e a esquematização formal da regra-matriz de incidência. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 46, p. 195-220, set./out. 2002.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 1998, Vitória. *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 123-147.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

1.7

O “DIREITO PENAL DO INIMIGO” E O “DIREITO PENAL DO *HOMO SACER* DA BAIXADA”: EXCLUSÃO E VITIMAÇÃO NO CAMPO PENAL BRASILEIRO

THIAGO FABRES DE CARVALHO*

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 “Direito penal do inimigo” x “direito penal do cidadão”: contrato social, segurança cognitiva e o tratamento do indivíduo perigoso (inimigo). 3 “*Tanato* política” e a cultura do extermínio: o *homo sacer* e a violência soberana na contemporaneidade. 4 O direito penal do *homo sacer* da baixada: exclusão, vitimação e (ainda) o terrorismo de estado no Brasil. 5 Considerações finais.

1 Considerações iniciais

As teses formuladas por Günther Jakobs agrupadas em torno do que denomina de “Direito Penal do Inimigo”, vislumbrado como novo paradigma capaz de responder às manifestações de um tipo inédito de criminalidade, especialmente àquela que permite albergar-se sob o signo “terrorismo”, têm suscitado inúmeros debates e controvérsias jusfilosóficas. A preocupação central do jurista alemão consiste em atacar com veemência o espectro das práticas terroristas que rondam a Europa e os EUA, mormente a partir dos marcantes e decisivos atentados em Nova Iorque de 11 de setembro de 2001, erigindo um conjunto de formulações teóricas que pretendem justificar a perseguição e a punição implacáveis de seus protagonistas.

Como adverte Raúl Zaffaroni, no percurso histórico do controle penal, a identificação de determinados sujeitos ou grupos sociais como merecedores de uma punição diferen-

* Mestre (Unisinos) e doutorando (Unisinos/Coimbra) em Direito. Pesquisador bolsista da CAPES. Advogado.

ciada, nomeadamente mais rigorosa, não constitui relevante novidade. As idéias que legitimam uma “repressão penal plural”, dedicadas a traçarem as linhas divisórias da punição segundo o estatuto dos seus destinatários, fossem eles iguais ou estranhos (inimigos), sempre acompanharam, desde a antiguidade clássica, os universos das representações simbólicas punitivas. Suas sementes podem ser encontradas em Platão e Protágoras, quando o primeiro, por exemplo, identifica o infrator como pessoa inferior e, portanto, incapaz de ascender ao mundo das idéias puras, postulando a sua eliminação caso a incapacidade se apresentasse irreversível. Posteriormente, tanto a Idade Média quanto a modernidade foram pródigas na afirmação de estratégias de controle social destinadas a perseguição e punição implacáveis de indivíduos ou grupos considerados perigosos para a definição hegemônica da realidade social¹.

Na Idade Média, por exemplo, Nilo Batista demonstra, com seu peculiar rigor histórico, que “a promiscuidade conceitual entre *delito* e *pecado*, da qual resulta a sacralização do primeiro e a politização do segundo, abrigará ao direito penal canônico uma perspectiva de *intervenção moral* comparável a poucas experiências judiciais da antiguidade, e cabalmente inédita quanto ao totalitarismo do discurso e à expressão quantitativa de suas vítimas. Essa *intervenção moral* do sistema penal estará doravante legitimada para ocupar-se do pensamento, porque o pecado (e logo, o delito) pode perfeitamente

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legitimación del control penal de los “extraños”*. Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, mimeo, p. 1-3. A história do medievo demonstra, exemplarmente, que hereges, bruxas, judeus, prostitutas, leprosos e homossexuais foram perseguidos, confinados e executados por não assimilarem passivamente os valores da tradição cristã ou manterem com eles uma relação ambígua. A partir do denominador comum do controle rigoroso da sexualidade dos fiéis, lastreado pela relação heresia-lepra-sexo, a Instituição Eclesiástica fomenta a intolerância persecutória com base na construção de estereótipos que personalizam os temores à ordem autoritária clerical. A partir de um denominador comum entre os grupos perseguidos – as práticas sexuais realizadas fora do matrimônio religioso – a Igreja engendra estereótipos que pretendiam corporificar a ameaça à ordem dominante. Assim, tanto a dissensão religiosa quanto a atividade sexual seriam influências malignas que deveriam ser varridas ao custo da perseguição implacável, da segregação sufocante, da tortura e da eliminação física. RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 24-32.

residir no pensamento, seja ele uma inquietação herética ou um desejo sexual nefando”².

Assim, longe de representar um ideal noviço, os pressupostos do “Direito Penal do Inimigo”, tal qual formulado pelo professor de Bonn, representam algo já historicamente bastante conhecido e suscitam inquietações menos pelo teor científico das proposições que pelo alcance político de legitimação de uma ditadura global, possibilitada pelo exercício planetário do poder, pelo potencial tecnológico de controle informativo capaz de acabar com a intimidade e o uso desse potencial de forma indiscriminada, tal como sugere a experiência histórica, e pela indisfarçável fabricação de inimigos em série. No entanto, Raúl Zaffaroni deixa claro que “la propuesta de Jakobs es de la más absoluta buena fe, pues cuando propone distinguir un derecho penal del *ciudadano* y otro para el *enemigo*, lo hace imaginando que ambos funcionen en un estado de derecho”, ainda que não perceba a contradição inarredável que tal distinção implica para a sobrevivência deste modelo de Estado³.

Teoricamente sofisticado, Jakobs parte de pressupostos sociológicos sistêmicos para identificar que um esquema normativo que não mais logre dirigir a conduta das pessoas “carece de realidade social” e que idêntica situação ocorre com as próprias instituições criadas pelo Direito e, especialmente, com o próprio conceito de pessoa. Com efeito, “si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal – determinado por derechos e deberes –, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo”⁴.

² BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 163-164. (*Grifos do autor*).

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit., p. 2.

⁴ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 16.

A conseqüência desta constatação é a tentativa de engendrar um “modelo ideal” de exceção que, contrastando com o tipo ideal de garantias, o que denomina de “Direito Penal do Cidadão”, estabeleça um nova pauta normativa para o tratamento punitivo do “indivíduo perigoso”, do “inimigo”. Assim, busca estabelecer um divisor de águas entre o paradigma regular e inflexível (de garantias) e o paradigma da exceção, reconhecendo, corretamente, que enquanto “tipos ideais” não são nem puros, pois algumas características de um muitas vezes invadem a do outro, nem realizáveis na sua plenitude.

A despeito do conservadorismo da proposta de Jakobs, nitidamente apartada do horizonte emancipatório dos direitos humanos, da crença na democracia como valor absoluto e alheia aos processos de exclusão e vitimação que culminam com reações violentas difusas ou coordenadas de indivíduos ou grupos sociais⁵, pretende-se neste ensaio avaliar em que medida a proposta do “Direito Penal do Inimigo” encontra ressonância nas instituições e práticas jurídico-penais brasileiras e no discurso de justificação do poder oficial do campo penal (dogmática jurídica). Parece evidente que no contexto dos “relatos de uma guerra particular” vivido no Brasil contemporâneo, em que a eclosão de um ciclo de violência interminável dilacera perversamente os horizontes simbólicos da sociedade democrática (François Ost), o “Direito Penal do Inimigo” tenha um solo fértil e inesgotável de cultivo e florescimento.

Embora amplamente plausível e compreensível o esforço de interpretar-se o campo penal brasileiro a partir da noção de “inimigo” pintada por Jakobs, ante a visível emer-

⁵ Sobre as raízes das sociedades contemporâneas como “fábricas da violência”, percebe Octávio Ianni que “a distribuição desigual da riqueza social, desde a mais estritamente econômica à cultural, constitui uma das bases das inquietações e reivindicações, dos movimentos sociais e protestos, do desespero e da violência”. E, assim, de repente, alguns membros das elites governantes e classes dominantes começam e reconhecer, com muita dificuldade, alguma relação entre violência e carência, riqueza e pobreza, prosperidade e terrorismo. Efetivamente, Jakobs é um dos portadores desta imensa dificuldade. Cf. IANNI, Octávio. *Capitalismo, violência e terrorismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 201-204.

gência de um direito penal de exceção abertamente violador dos direitos e garantias fundamentais, pretende-se aqui propor uma interpretação distinta, uma vez que a dicotomia (ideal-típica) construída pelo autor alemão não se aproxima da realidade brasileira, posto que sequer logramos obter um paradigma liberal (de garantias), ou nas palavras de Jakobs, um "Direito Penal do Cidadão", efetivamente consolidado. Ao contrário, no Brasil, o campo penal atravessou diversas etapas sempre marcado pelo signo da desigualdade aberta, da seletividade arbitrária, da exceção permanente, do genocídio compulsivo do terror de Estado, configurando-se em torno de um paradigma, se é que de paradigma pode-se chamar, que pretende-se aqui sugerir, apropriando-se da expressão de Guilherme Preger⁶, de "Direito Penal do *Homo Sacer* da Baixada".

As características desse modelo, na sua indiscreta originalidade de tratamento (penal) dos conflitos sociais, que em nada se confunde com a proposta do "Direito Penal do Inimigo" ofertada por Jakobs, é o que se quer trazer à luz. Os circuitos da violência e do campo penal no Brasil reproduzem sistematicamente os fenômenos políticos da exclusão (invisibilidade) e da vitimação (humilhação social) de amplos segmentos populacionais, na medida em que o sistema penal expõe diversos grupos sociais à desonra e ao desrespeito cultural, todos eles ligados pela experiência invencível da exposição ao sofrimento da dominação. Nesse sentido, trata-se de perceber que algo bastante distinto se passa no campo penal brasileiro, em que o fantasma do "Direito Penal do Inimigo", não obstante o interesse acadêmico que suscita, está bem longe de representar o "genocídio em ato" (Zaffaroni) que constitui a operacionalidade do sistema punitivo vigente no Brasil.

⁶ PREGER, Guilherme. *Homo Sacer da Baixada*. Disponível em: http://www.novae.inf.br/pensadores/homo_sacer_baixada.htm. Acesso em: 08 mar. 2006. Este magnífico texto será amplamente abordado nas páginas posteriores.

2 “Direito penal do inimigo” x “Direito penal do cidadão”: contrato social, segurança cognitiva e o tratamento do indivíduo perigoso (inimigo)

A distinção operada por Jakobs entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo” quer significar, conforme ressaltado, a configuração de dois tipos ideais que no plano da realidade nunca se manifestam de modo puro. Tratam-se, em realidade, de dois pólos de um só mundo ou de duas tendências opostas presentes no mesmo contexto jurídico-penal. O ponto comum a ambos os modelos consiste na visualização da pena como “contradicción o como aseguroamiento”. A pena, diz Jakobs, é coação de diversas classes mescladas em íntima combinação. Inicialmente, coação portadora de um significado, da resposta à desautorização imposta pela norma, ao ataque à sua vigência, visando manter a configuração da sociedade. No dizer do autor, “en esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica, y el autor es tomado en serio en cuanto persona”⁷.

Esta primeira formulação não representa nenhuma grande novidade no âmbito da teoria penal, nem muito menos o ponto mais obscuro de sua proposta teórica. Sintetiza apenas uma noção também largamente aceita por perspectivas mais progressistas, mais liberais e até mesmo inspiradoras de posturas críticas, de que a pena cumpre na sociedade a importante missão de reforçar a confiança nas instituições, na rede simbólica instituída, fazer “recordar a lei”⁸.

⁷ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 25.

⁸ Para Frédéric Gros, por exemplo, um dos mais destacados discípulos de Michel Foucault, “uma pena monstruosa é uma pena unívoca, limitada a um único horizonte de sentido. Não há um sentido verdadeiro da pena”. Por isso mesmo, a pena que pretende resguardar a confiança em instituições democráticas e igualitárias, impedir a ruptura genealógica da sociedade, pode assumir um sentido também democrático. Cf. GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia – e a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 13. No Brasil, o antropólogo Luiz Eduardo Soares, que, no plano teórico, vem dando inúmeras contribuições para o diagnóstico da violência e da crise do sistema de justiça penal brasileiro, afirma que “a pena visa punir uma transgressão legal, isto é, a perpetração de um crime. Seu sentido não é a vingança, não é o castigo pedagógico, nem uma injeção de superego num sujeito sem limites. (...) A pena responde à necessidade que a sociedade tem de inibir comportamentos refratários ao pacto de convivência, cristalizado nas leis (segundo o modelo ideal). Ou seja, ele não tem nenhum valor para o sujeito sobre o qual se aplica, mas para os demais, comunicando o seguinte: às possíveis vítimas, que não temam, pois a violência será freada pelo Estado (pela própria existência da punição);” – reforçando-se, pois, a confiança na interação social – e “aos possíveis agressores, que não ousem violar as leis, porque pagarão caro por isso”. SOARES, Luiz Eduardo; BILL, Mv; ATHAYDE, Celso. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 220.

De fato, esta visão pode assumir um acento negativo, autoritário, mas pode, todavia, atuar na direção exatamente oposta, no sentido de fortalecer a crença nos horizontes simbólicos democráticos, reparar a violação genealógica da sociedade, aquela que a afeta na sua gênese instituinte.

No entanto, Jakobs tem em mente outros horizontes simbólicos, muito menos nobres, consistentes nos efeitos físicos da pena, o que denomina de “efecto de aseguramiento”. Ressalta o autor que “cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino pretende ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”⁹. Neste aspecto, o penalista alemão parece olvidar completamente a repisada constatação de que a pena privativa de liberdade cumpriu historicamente (e ainda cumpre) fundamentais missões de normalização, de disciplinamento da mão-de-obra e de gestão das disfunções do mercado de trabalho, e não simplesmente de devotar-se a barrar do convívio social os indivíduos perigosos¹⁰.

Em rigor, a faceta mais sombria desta edificação teórica reside, precisamente, na ambigüidade e no viés autoritário dos critérios da definição hegemônica daquilo que seria o verdadeiro “inimigo”, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político. Portanto, a noção de inimigo tende a identificar-se simplesmente com os elementos indesejados e nocivos para uma certa visão dominante da realidade social.

⁹ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 25.

¹⁰ Recorde-se, neste sentido, as irrefutáveis análises de FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1997. PAVARINI, Massimo; MELOSI, Dario. *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. México: Siglo Veintiuno, 1980. PAVARINI, Massimo. *Los confines de la cárcel*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1995. p. 11 e ss.

Na perquirição das raízes filosóficas legitimadoras da noção de inimigo, Jakobs visualiza que de modo algum é inédita a idéia de que sendo o Direito um vínculo entre pessoas que são, por sua vez, titulares de direitos e deveres, a relação com pessoas que se destituíram por si mesmas dos elos jurídicos, isto é, os inimigos, só pode dar-se pela coação pura e simples. Tal proposição se encontra presente, de forma inusitada, em Rousseau, um dos filósofos políticos mais apreciados pelo pensamento de esquerda. Jakobs recorda que Rousseau, ao perceber o ato criminoso como uma violação do contrato social, vislumbra o seu protagonista como alguém que já não participa dos seus benefícios, posto que a partir deste momento já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica, assegurada pela vontade geral. Nesse sentido, todo malfeitor que ataca o 'direito social' deixa de ser 'membro' do Estado, vez que lança-se em guerra com este. Lembra ainda Jakobs a dura consequência preconizada por Rousseau, demonstrada na pena pronunciada ao violador: 'al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano'. Essa agonizante decretação de guerra celebrada por Rousseau em desfavor do violador do contrato social, presente também em Fichte, demonstra que o *status* de cidadão não é necessariamente algo intangível, que não se possa perder¹¹.

O golpe de misericórdia de Jakobs no pensamento de esquerda consiste em creditar a Rousseau esta radical separação entre o cidadão e seu direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro. Contrariamente, afirma ele que, em princípio, um ordenamento jurídico também deve manter em seu interior o criminoso, por duas razões elementares: em primeiro lugar, o delinqüente tem direito a reconciliar-se com a sociedade e, para tanto, necessita manter incólume o seu *status* como pessoa, como cidadão, enfim, sua situação dentro do direito. A segunda razão, pelo fato de que o delinqüente tem o

¹¹ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 28.

dever de proceder à reparação, e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade; em outras palavras, o criminoso não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato¹².

Enquanto para Rousseau e Fichte todo delinqüente é um inimigo em si mesmo, para Hobbes e Kant, adverte Jakobs, apenas os protagonistas de alta traição ou aqueles que renunciam por princípio ao regime de direitos. Nas precisas palavras do autor,

en la posición de Kant no se trata como persona quien ‘me amenaza... constantemente’, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, Hobbes despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, Hobbes e Kant conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio – y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona¹³.

O *leitmotiv* da distinção consiste na necessidade de afirmação da segurança, percebida sobretudo como finalidade do Estado, sua própria *ratio* legitimadora. Se o contrato social representa o abandono de um estado de caos ou incerteza e o ingresso num estado de segurança cognitiva das expectativas de comportamento, a manutenção da segurança, a interrupção da morte violenta, a interdição dos impulsos sexuais e agressivos, representam o ponto de apoio da coação contra os indivíduos agressores e, mais efusivamente contra aqueles que, por princípio, renunciam a ele. De modo que “*el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (...) combate peligros*”¹⁴.

¹² Idem, p. 31.

¹³ Idem, p. 33.

¹⁴ Idem, p. 34 (*italico do autor*)

O tratamento mais severo do indivíduo perigoso legitima-se pelo fato de que ao renunciar ao ingresso no contrato social, ao não admitir-se obrigado a entrar no estado de cidadania, o sujeito não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Se o estado de natureza representa um estado de absoluta ausência de normas, de liberdade excessiva tanto quanto de luta excessiva, ao ganhador desta guerra incumbe determinar o que é a norma, e ao perdedor resta submeter-se a essa determinação. A opção pelo contrato social quer significar o estabelecimento de uma rede de segurança cognitiva para o comportamento alheio, onde a renúncia à violência recíproca apresenta como contrapartida o gozo dos benefícios do conceito de pessoa.

De modo que aquele que renuncia, por princípio, à participação no pacto associativo, não pode de modo algum beneficiar-se do regime de direitos, uma vez que não oferece qualquer garantia de sua conduta. No dizer de Jakobs, “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”¹⁵.

Em linhas gerais, a despeito do seu conservadorismo, a argumentação do autor não apresenta nenhuma grande complicação teórica, com antecedentes bastantes notáveis na filosofia política do Ocidente. Ademais, Zaffaroni adverte que a proposta do autor alemão apresenta “la más absoluta buena fe”, pois pretende que sua distinção entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo” prevalece no interior do Estado de Direito. Ambos os modelos devem funcionar a partir do regime de direitos. O que se pretende é justamente impedir que o direito penal absorva constan-

¹⁵ Idem, p. 43 (*destaque do autor*).

temente medidas excepcionais que desvirtuem a proteção das garantias para os cidadãos. No entanto, Zaffaroni também discute com profundidade a impossibilidade de tal distinção não diluir definitivamente as fronteiras entre ambos. Para o autor argentino, “la admisión de la categoría jurídica del *enemigo* en el derecho ordinario (penal y/o administrativo) introduce el germe de la destrucción del estado de derecho, porque sus instituciones limitantes y controladoras pasan a ser un obstáculo para la eficacia eliminatória: *quien estorba en la guerra es un traidor*”¹⁶.

Não obstante postular a preservação do Estado de Direito mediante a rígida distinção entre cidadãos, que merecem ser tratados enquanto tais, e inimigos, que suscitam toda a reação enérgica de seu atos, Jakobs acaba por abrir espaço para a supressão das fronteiras que separam o regime das garantias do modelo da exceção permanente. Sob o pretexto de garantir os direitos fundamentais aos cidadãos e criar uma pauta persecutória distinta àqueles que, por princípio, renunciam ao pacto, Jakobs liberta das amarras as energias punitivas do Estado de polícia atadas ao Estado de Direito, posto que, se existem inimigos e guerra permanente, o único modelo de Estado possível é o Estado absoluto¹⁷.

No cenário brasileiro, embora facilmente visível a disseminação deste paradigma, ante a criação de inimigos internos, nomeadamente na figura do traficante e na categoria bem mais porosa do crime organizado, sugere-se aqui a hipótese de o paradigma brasileiro não caminhar no sentido de gradativamente afirmar um modelo de exceção no interior do Estado de Direito, operando-se a distinção, ainda que falaciosa, fornecida por Jakobs entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo”, mas de apenas e

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legitimación del control penal de los "extraños"*. p. 18 (grifo do autor)

¹⁷ Idem, p. 18.

tão-somente aprofundar um modelo caótico e autoritário de exceção permanente sem nem mesmo ter percorrido a etapa de construção de um modelo de garantias.

Trata-se, na verdade, do abandono definitivo da busca pelo respeito e pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e sobretudo da tentativa de eliminação ou minimização do “terrorismo de Estado” que sempre pautou a atuação das agências de controle penal no Brasil, especialmente sobre os segmentos marginalizados e, afinal, da eleição da “tanato política” e da cultura do extermínio como estratégia de manutenção da ordem social e de brutalização dos excluídos. Em realidade, vislumbra-se a degradação permanente dos direitos fundamentais e a emergência do espectro do *homo sacer*, no qual a vida humana aparece nua, submetida aos desígnios do poder soberano, com seu proeminente poder de decidir em que momento a vida deixa de ser politicamente relevante. Esse é o pano de fundo do paradigma do “Direito Penal do *Homo Sacer* da Baixada” que se quer desnudar.

3 “Tanato política” e a cultura do extermínio: o homo sacer e a violência soberana na contemporaneidade

No mundo contemporâneo, a cultura do extermínio vem se afirmando como o contraponto dos valores fundamentais dos direitos humanos construídos ao longo da história moderna e cristalizados como limites simbólicos aos horrores da Segunda Guerra Mundial. Como demonstra Herrera Flores, os direitos humanos surgiram, a partir de um determinado contexto histórico específico, como resultado de resistências, lutas, agonias e traumas sociais que impossibilitavam a realização de uma vida digna. Portanto, eles expressam um produto cultural que o Ocidente propõe para encaminhar as ações necessárias, a fim de alcançar-se uma vida com dignidade, no palco de formações sociais que encenam relações baseadas

na expansão do modelo econômico capitalista¹⁸. Os processos de luta pela dignidade, sintetizados pela construção gradual dos direitos humanos, exprimem os nexos íntimos de convivência entre direito e violência ante a afirmação dos poderes violadores dessa mesma dignidade (poder soberano). Se a vida humana sempre consistiu no objeto primordial do poder, cabe refletir em que medida o poder soberano é ilimitado no que tange à administração da vida corporal dos homens.

Nessa linha, o filósofo italiano Giorgio Agamben propõe que “a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano”, de modo que é possível perceber que “colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua (...)”¹⁹.

O autor assevera que a fórmula singular de Aristóteles, ‘gerada em vista do viver, existente em vista do viver bem’, sobre o *telos* da comunidade política,

pode ser lida não somente como uma implicação da geração (*ginoméne*) no ser (*oúsa*), mas também como uma exclusão inclusiva (uma *exceptio*) da *zoé* na *polis*, quase como se a política fosse o lugar em que o viver deve se transformar em viver bem, e aquilo que deve ser politizado fosse desde sempre a vida nua. A vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens²⁰.

Agamben formula a impactante tese de que a dupla categoria fundamental da política ocidental não consiste na fórmula “amigo-inimigo”, mas sim “vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão”. Desse modo, a vida polí-

¹⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*. Madrid: Catarata, 2005.

¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 14.

²⁰ Idem, p. 15.

tica, a arena pública, a palavra e a ação, enquanto espaços da aparência, existem “porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva”. A vida humana é, assim, para o autor italiano, “a vida matável e insacrificável do *homo sacer*”, figura do direito romano arcaico na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta matabilidade)²¹.

O *homo sacer* (homem sacro), no direito romano arcaico, representava o indivíduo que se situa no limiar entre a sacralidade e a bestialidade, entre o sagrado e o profano, entre a pureza e a impureza. Tratava-se, em realidade, de um homem que o povo julgou por um delito e todavia, embora não sendo lícito sacrificá-lo, quem o mata não será jamais condenado por homicídio. Assim, o *homo sacer* vive continuamente sob o signo da ambivalência: a impunidade de sua morte e o veto do sacrifício²².

A vida do *homo sacer*, “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra”. Ao lado da ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, o traço distintivo da sua condição é, sobretudo, “o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto”²³. Ele está fora da jurisdição humana (direito penal), mas nem por isso, todavia, encontra amparo na lei divina. A inclusão da vida nua na ordem jurídica se dá apenas e tão-somente por meio de sua exclusão, pela possibilidade absoluta de que qualquer um, especialmente o soberano, possa impunemente eliminá-la²⁴.

²¹ Idem, p. 16. Ver, também, GALINDO HERVÁS, Alfonso. *Política y mesianismo*: Giorgio Agamben. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005. p. 40-55. Para Agamben, explica Galindo Hervás, “tanto la posibilidad de la aplicación de las normas (a los casos normales) como la de su suspensión (que, sin embargo, no anula el orden jurídico) es posible porque toda norma se refiere en última instancia a la vida, surge de ella”. Idem, p. 44.

²² AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 80 ss.

²³ Idem, p. 90.

²⁴ GALINDO HERVÁS, Alfonso. *Política y mesianismo*: Giorgio Agamben, p. 51.

A dimensão política do *homo sacer*, o vínculo (oculto) que o liga ao poder soberano, consiste justamente no fato de que, ao ingressar na vida politicamente qualificada, o indivíduo o faz concedendo ao soberano um direito de vida e morte sobre ele. Se o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, conforme proposição de Carl Schmitt, pode ele a qualquer momento, suspendendo a lei, inserir a vida nua como o referente da decisão soberana. Com efeito, “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera”. Nesse contexto, “a sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono”²⁵. O poder soberano possui a decisão tanto sobre a inclusão quanto a sobre exclusão de um indivíduo da comunidade.

Como ressalta Bauman, privada da significação humana e divina que só a lei pode conferir, a vida do *homo sacer* é inútil. Matá-lo não é crime nem sacrilégio, mas, pela mesma razão, não pode ser uma oferenda. Em termos contemporâneos, o *homo sacer* é o indivíduo que não é nem definido por um conjunto de leis positivas nem portador dos direitos humanos que precedem as normas jurídicas²⁶.

O *homo sacer*, portanto, não encontra amparo nem no direito posto nem tampouco no direito pressuposto, na exata proporção de seu abandono. Pela mais ampla capacida-

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Belo Horizonte: UFMG, 2001; Idem, *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, p. 91. No Estado de Exceção não há uma distinção entre violência e direito. Na sua obra *Estado de exceção*, o autor demonstra que a exceção, no paradigma jurídico-político da modernidade, é índice e fator da soberania, num duplo sentido: 1) Porquanto na exceção se estabelece uma decisão que prescinde da norma, isto é, que não se necessita ter direito para criar direito; e 2) Porque a própria regra vive da exceção, já que esta questiona a possibilidade da validade da norma e assim cria a situação que o direito necessita para sua vigência, definindo o próprio conceito-limite de ordenamento jurídico.

²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 44.

de que o soberano tem de denegar as suas próprias prescrições, ele mantém um dramático poder de violação sistemática da vida (nua) dos indivíduos. Podendo a qualquer instante suspender a lei e instalar a exceção, o soberano goza da desmesurada possibilidade de matar sem cometer homicídio, embora formalmente proíba o sacrifício.

No dizer de Bauman,

pela capacidade que o soberano tem de se recusar a outorga de leis positivas e de negar a posse de quaisquer direitos de origem alternativa (incluindo 'direitos humanos') – e, portanto, por sua capacidade de colocar de lado os *homini sacri* definidos pela retirada das definições legais –, a 'esfera soberana' é proclamada, conquistada, circunscrita e protegida²⁷.

De fato, consoante sugere a tese de Agamben, o *homo sacer* é sem dúvida o arquétipo (ideal-típico) do homem contemporâneo. Cada vez mais privado da referência da autoridade, privado tanto da lei positiva quanto da eficácia dos direitos humanos, o homem vê-se diante da terrível diáspora de sua vida “matável e insacrificável”. Embora proclamada por extensos catálogos de direitos fundamentais dos Estados Constitucionais contemporâneos, a vida digna (*sacra*) esbarra na dinâmica da exceção e da urgência, tornando-se facilmente descartável, e necessariamente desperdiçada.

No entanto, os valores da igualdade e da dignidade humana são a única fonte simbólica capaz de afiançar a dimensão insacrificável do *homo sacer*, que, todavia, encontra-se à mercê da possibilidade de que o soberano ou os demais indivíduos, ao suspender a lei, afrontem-na radicalmente. De modo que assiste razão ao filósofo italiano quando assinala que “por trás do longo processo antagônico que leva ao reconhecimento dos direitos e das li-

²⁷ Idem, p. 44

berdades formais está, ainda uma vez, o corpo do homem sacro com o seu duplo soberano, sua vida insacrificável e, porém, matável"²⁸.

Por isso mesmo, igualdade e dignidade humana asseguram um limite aos desígnios do poder soberano, um ponto de referência que denota claramente o momento da suspensão da lei, vale dizer, da radicalização do estado de exceção e, portanto, permitem que o espaço da aparência possa resguardar a sacralidade da vida nua, o simples fato de viver. São, portanto, as significações imaginárias que permitem a denúncia cabal da violação protagonizada pelo soberano, na sua ânsia insaciável de agir pela exceção.

No mundo contemporâneo, porém, a biopolítica se caracteriza essencialmente como cultura do genocídio e do extermínio. Enquanto objeto do poder soberano, os valores da igualdade e da dignidade humana parecem refugar diante do altar da cultura do individualismo possessivo, em virtude do acionamento global de estratégias perversas de poder, impulsionadas pela lógica da expansão dos mercados e por padrões de superioridade racistas, étnicos, culturais e ideológicos. Para os ditames do capitalismo globalizado, é como se a reprodução de um modo de vida, tal qual imposto pela cultura hegemônica do individualismo, da competição e da guerra, exigisse, como contrapartida necessária, o extermínio daquelas outras vidas que pervertem, sincretizam e hibridizam esse modelo puro e axiologicamente incólume de existência²⁹.

Tal biopolítica é projetada e desenvolvida no interior de uma nova ordem jurídica planetária. O modelo global de *Império* representa, nos dias de hoje, a substância política que, de fato, regula as permutas econômicas, políticas, ju-

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17.

²⁹ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. *Exclusión y victimación: el grito de los derechos humanos en la globalización*. Bilbao: Alberdina, 2004. p. 116.

rídicas e geo-estratégicas globais, o poder supremo que governa o mundo. Nas palavras de Negri e Hardt,

o conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império não tem limites. Antes e acima de tudo, portanto, o conceito de Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo ‘civilizado’. Nenhuma fronteira territorial confina o seu reinado. Em segundo lugar, o conceito de Império apresenta-se não como um regime histórico nascido da conquista, e sim como uma ordem que na realidade suspende a História e dessa forma determina, pela eternidade, o estado de coisas existente. Do ponto de vista do Império, é assim que as coisas serão hoje e sempre – e assim sempre deveriam ter sido. Dito de outra forma, o Império se apresenta, em seu modo de governo, não como um momento transitório do desenrolar da História, mas como um regime sem fronteiras temporais, e, nesse sentido, fora da História ou no fim da História. Em terceiro lugar, o poder de mando do Império funciona em todos os registros da ordem social, descendo às profundezas do mundo social. O Império não só administra um território com sua população mas também cria o próprio mundo que ele habita. Não apenas regula as interações humanas como procura reger diretamente a natureza humana. O objeto do seu governo é a vida social como um todo, e assim o Império se apresenta como forma paradigmática de biopoder. Finalmente, apesar de a prática do Império banhar-se continuamente em sangue, o conceito de Império é sempre dedicado à paz – uma paz perpétua e universal fora da História³⁰.

A manifestação atual do biopoder global pretende não só mostrar-se como o resultado frenético e inelutável do “Fim da

³⁰ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 14-15.

História”, mas acima de tudo reger a “natureza humana” de acordo com suas prescrições e sua definição hegemônica da realidade social e da própria vida digna, determinando um fluxo alucinado de expansão de seus mecanismos e de suas estratégias de legitimação que desembocam num amplo e assombroso processo de vitimação de abundantes contingentes populacionais e de degradação da dignidade humana.

Na contemporaneidade,

la vida en las actuales ciudades de los Estados nacionales y constitucionales occidentales es esencialmente idéntica a la vida en un campo de concentración nazi. Las decisiones del Estado, de sus funcionarios, sobre el estatuto jurídico de, por ejemplo, un embrión humano, o de un colectivo de inmigrantes sin papeles, o de un grupo de presos preventivos o, incluso, sobre cualquier ciudadano, son esencialmente idénticas a las decisiones del Estado nazi sobre el estatuto (jurídico, político, antropológico) de un judío. Los sistemas jurídicos occidentales descansan en una ficción que permite la mayor exclusión conocida de la vida. Todos los ciudadanos somos, pues, habitantes de un gigantesco campo de concentración, cuya terrorífica actualidad se oculta tras la máscara de la democracia³¹.

As imagens do Império ou do campo de concentração, ou talvez o que é pior, a convergência dessas duas atmosferas expressadas pelas faces embrutecidas do Império do terror globalitário, sob a forma do extermínio em massa, parece nos remeter a um mundo caótico, fechado num ciclo de violência interminável, refletido no espelho de uma sociedade paralisada em si mesma, eclipsada pela castração do tempo, pela interrupção da mudança, pela interdição das alternativas democraticamente negociadas.

³¹ GALINGO HERVÁS, Alfonso. *Política y mesianismo*: Giorgio Agamben. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005. p. 51.

O semblante dessa nova ordem tende a expressar a compleição excludente e desumana de sua biopolítica. Sobretudo em face da prevalência do mercado nas relações sociais, os indivíduos encontram-se radicalmente expostos às suas forças descontroladas, como se a decomposição das proteções institucionais traduzisse a regressão ao estado de natureza econômico e social. Com isso, a repressão tende a erigir-se como única alternativa plausível à recomposição de um tecido social cada vez mais estilhaçado. E, como se sabe, são os fracassos da política e da democracia como alternativa à violência que determinam o uso da força e da repressão como mecanismo de gestão dos conflitos.

As exigências de regulação e segurança, de controle e domesticação, especialmente dos segmentos alijados do acesso aos bens e ao consumo, conduzem à afirmação do Estado de Exceção como paradigma político por excelência dos Estados Constitucionais contemporâneos. A teia jurídica imperial, objetivando a criação e a manutenção da ordem, e buscando apresentá-la como permanente, eterna e necessária³², funda-se na lógica da excepcionalidade, da urgência e do vigor da ação policial enquanto mecanismos básicos de atuação. Com efeito,

a formação de um novo direito está inscrita no emprego da prevenção, da repressão e da força retórica destinadas à reconstrução do equilíbrio social: tudo isso é próprio da atividade de polícia. Podemos portanto reconhecer a fonte inicial e implícita do direito imperial em termos de ação policial e da capacidade da polícia de criar e manter a ordem. A legitimidade do arranjo imperial sus-

³² Como ressaltam Negri e Hardt, “o Império põe em movimento uma dinâmica ético-política, que jaz no coração do seu conceito jurídico. Esse conceito jurídico envolve duas tendências fundamentais: a primeira delas é a noção de um direito afirmado na construção de uma nova ordem que envolve o espaço daquilo que ela considera civilização, um espaço ilimitado e universal; a segunda é a noção de direito que abrange todo o tempo dentro do seu fundamento moral. O Império exaure o tempo histórico, suspende a História, e convoca o passado e o futuro para dentro de sua própria ordem ética. Em outras palavras, o Império apresenta sua ordem como algo permanente, eterno e necessário”. NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Império*, p. 24-25.

tenta o exercício do poder de polícia, ao mesmo tempo que a atividade de uma força global de polícia demonstra a verdadeira eficácia do arranjo imperial. O poder jurídico de reinar sobre a exceção e a capacidade de usar a força policial são, portanto, duas coordenadas iniciais que definem o modelo imperial de autoridade³³.

Se, como notou precisamente Octávio Ianni, "todas as principais formas de poder global prevaletentes no mundo contemporâneo estão articuladas segundo os princípios da economia de mercado, da apropriação privada, da reprodução ampliada do capital, da acumulação capitalista em escala global"³⁴, a rede jurídica imperial forjada sob a égide desses princípios tende a dilacerar a regulação jurídica protagonizada pelo Estado-nação, na medida em que a política e o mercado terminam por substituir a política e o Estado enquanto instâncias privilegiadas da regulação social³⁵.

Esse novo processo promove movimentos de *desinstituição* (François Ost), geradores do rompimento dos elos sociais duráveis, que desembocam na anomia, na perda das referências valorativas, no caos, na violência. Por um lado, em virtude da ampliação da marginalização econômica e social de amplos segmentos da sociedade, resultante da obsolescência das políticas assistenciais do *Welfare State* e da eliminação gradativa de incontáveis postos de trabalho pelas incessantes revoluções tecnológicas. De outro, pela dilaceração das próprias instituições e práticas tecidas pelo paradigma jurídico-político da modernidade, ante o assombroso movimento de superação das fronteiras nacionais pelo capital e pelas redes de comunicação articuladas em níveis mundiais.

³³ Idem, p. 34-35.

³⁴ IANNI, Octávio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p. 138.

³⁵ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 15 ss. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 100 ss. ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Quanto ao primeiro fenômeno, temos a crise das relações humanas de produção e sociabilidade impingida pelas novas tecnologias e pelo ingresso do capitalismo numa fase de desenvolvimento em que a reprodução do capital prescinde das mediações com o trabalho e as mercadorias³⁶. Conseqüentemente, imensas parcelas da população são empurradas cotidianamente para o sub-emprego ou para a exclusão, diante de uma sociedade que já os considera supérfluos. Assinala Forrester que

uma quantidade importante de seres humanos já não é mais necessária ao pequeno número que molda a economia e detém o poder. Segundo a lógica reinante, uma multidão de seres humanos encontra-se assim sem razão razoável para viver neste mundo, onde, entretanto, encontraram a vida³⁷.

No que tange ao segundo aspecto, presenciamos a radicalização das trocas econômicas e informacionais em redes globais que desconsideram as estruturas jurídicas internas, num movimento de crescente desregulação, desconstitucionalização, deslegalização e dispersão das fontes de produção do direito e de solução dos conflitos, o que permite um giro no sentido da regressão dos direitos humanos e da perda da efetividade democrática. Mais do que isso, tal fenômeno implica na ampliação de novos modelos de delinqüência que criam uma forte sensação de insegurança não apenas para os indivíduos, mas também ao que resta dos Estados nacionais³⁸.

O mal-estar pós-moderno reside justamente na ausência completa das referências certas e precisas da moderni-

³⁶ GUERRIERI, Maurício Abdalla. *O princípio da cooperação: em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: Paulinas, 2000.

³⁷ FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp/Boitempo, 1997. p. 27.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 24, p. 65 ss. 1998.

dade. Trata-se de uma nova (des)ordem imperial, calcada numa remessa contínua às tentações do caos original. No entanto, a necessidade de estabelecer as *tipificações* da realidade cotidiana exige que em contraposição a essa ausência de pontos de referência precisos solidifique-se uma nova ordem, que sempre carrega consigo um certo ideal de pureza, ou seja, uma certa imagem da 'ordem' onde cada coisa possui o seu lugar justo e conveniente³⁹.

Zigmunt Bauman assinala que "'ordem' significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis". A era moderna representou justamente o desmantelamento da velha ordem tradicional e a emergência e consolidação de uma nova ordem, com o seu intrínseco modelo de pureza. A tradição (metafísica) clássica não mais justificava as coisas irremediavelmente fora do lugar. Se é verdade que "cada ordem tem suas próprias desordens" e que "cada modelo de pureza tem sua própria sujeira que precisa ser varrida", a sociedade contemporânea também possui a sua "imagem da ordem", ou seja, a sua sujeira que necessita ríspidamente ser varrida. O sonho da modernidade de forjar um mundo perfeito, sem estranhos, sem 'sujeira', onde nada estivesse fora do lugar, parece estar sendo levado às últimas conseqüências⁴⁰.

Na ordem da sociedade moderna, entretanto, o ideal de pureza estava justamente associado à consolidação de um projeto de Estado-nação, destinado a escorar e reforçar a uniformidade da cidadania liberal com a universalidade e

³⁹ BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 14.

⁴⁰ Idem, p. 15-20.

abrangência da filiação nacional. No seu extremo mais radical, o nazismo e o comunismo caricaturaram esse ideal primando o primeiro pela pureza de raça e o segundo pela pureza de classe. A sociedade contemporânea, por seu turno, apesar de formalmente ancorada na recusa a toda articulação totalitária e embora pressagie um mundo marcado pelo amor à diferença, produz igualmente os seus elementos indesejados.

Conforme acentua Bauman,

no mundo pós-moderno de estilos e padrões de vida livremente concorrentes, há ainda um severo teste de pureza que se requer seja transposto por todo aquele que solicite ser ali admitido: tem de mostrar-se capaz de ser seduzido pela infinita possibilidade e constante renovação promovida pelo mercado consumidor, de se regozijar com a sorte de vestir e despir identidades, de passar a vida na caça interminável de cada vez mais intensas sensações e cada vez mais inebriante experiência. Nem todos podem passar nessa prova. Aqueles que não podem são a 'sujeira' da pureza pós-moderna⁴¹.

Como visto, numa sociedade regida pelo princípio do mercado, o critério da pureza só poderia ser a aptidão para participar do seu jogo fratricida, sendo os remanescentes, os deixados do lado de fora, a 'sujeira' como prefere Bauman, justamente os consumidores inaptos, incapazes que estão de jogar o jogo com base nas regras postas. "Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes, verdadeiramente 'objetos fora do lugar'⁴².

Diante da decomposição do espaço público e das amplas estratégias de desregulamentação, deslegalização, des-

⁴¹ Idem, p. 23.

⁴² Idem, p. 24.

constitucionalização e de afirmação de um direito marcado pela exceção, as respostas tendem a ser privatizadas e aleatórias. Além disso, elas parecem concentrar-se e resumir-se em duas exigências políticas. De um lado, a exigência de flexibilização e o aumento de liberdade para o exercício da competição no mercado, impondo-se a redução da intervenção coletiva nos negócios privados e na promoção do bem-estar da população. De outro, a fatalidade de gerir mais energeticamente as conseqüências da primeira exigência. Trata-se da imposição do discurso da “lei e ordem”, destinado a manter sob controle os supérfluos. Tais atores despojados da capacidade de participar do jogo competitivo precisam ser detidos e mantidos em xeque. Na descrição de Bauman, “a preocupação dos nossos dias com a pureza do deleite pós-moderno expressa-se na tendência cada vez mais acentuada a incriminar seus problemas socialmente produzidos”⁴³. Assim, passam a ser tratados como problemas penais todas as disfunções geradas pelos próprios princípios constitutivos da nova (des)ordem global pós-moderna.

Nesse contexto, a biopolítica se inverte e transmuda em “tanato política”, posto que a relação originária da lei com a vida deixa de ser a regulação e o cuidado, convertendo-se no desejo do absoluto, na ânsia insaciável do controle e da domesticação, articulados sob a forma de um Estado de Exceção dotado do poder de decidir sobre o instante em que a vida deixa de ser politicamente relevante. O passo seguinte consiste na produção sistemática e insidiosa de processos de vitimação, em que a suspensão de direitos obedece a uma classificação biopolítica degradante e discriminatória. De um lado, aqueles sujeitos plenamente morais de dignidade incorruptível – nós –; de outro, os suspensos e degradados em sua qualidade moral por seu caráter

⁴³ Idem, p. 25.

perigoso para a visão hegemônica da ordem social. Estes últimos terminam por converterem-se em monstros. Com isso, abre-se a possibilidade do extermínio total, justificado ética, política e juridicamente⁴⁴.

Escancaram-se as portas para a confecção da “barbárie civilizada”, pois a indigência improdutiva conduz à indiferença moral e à invisibilidade corporal. No horizonte de um mundo sem contornos éticos precisos, o sujeito se dilui e se coisifica e a dignidade humana reduz-se a um ideal metafísico distante e órfão de sentido e conteúdo. No momento em que se afirma e se justifica o caráter residual de amplos segmentos da população, ou mesmo de geografias humanas inteiras, torna-se possível proceder-se a seu sacrifício indiscriminado em face da perda de seu valor de uso (bom para o mercado, bom para o senso comum, bom para a ordem política hegemônica e quem a comanda). Precisamente, “cuando se ha fundamentado la falta de valor real de ciertas vidas humanas, su eliminación no levanta el escándalo que realmente supone y se impone un silencio autorizante que narcotiza también la memoria histórica y la responsabilidad de pueblos enteros”⁴⁵.

⁴⁴ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. *Exclusión y victimación: el grito de los derechos humanos en la globalización*, p. 117. Segundo o autor, tais processos de vitimação, ou em outros termos, de degradação da igualdade e da dignidade, de invisibilidade e de rebaixamento político, ou seja, de uma nova forma de barbárie, a “barbárie civilizada”, estariam associados ao caráter formal e abstrato da racionalidade jurídica moderna, na medida em que vislumbram a vida humana apenas como mais uma variável política, e abstraída do seu contexto de relações, forjando um campo aberto e fértil de produção da “barbárie civilizada”, ou seja, da produção sistemática de dor, sofrimento e morte por meio de decisões racionalmente concebidas e justificadas. Além disso, a vitimação perpetrada sob a lógica de diversos procedimentos, entre os quais destacam-se: 1) a ruptura do nexo existente entre a ação violenta e os seus efeitos, com a quebra da distância física entre perpetradores e receptores da ação violenta; 2) as exigências de higienização social; 3) o desaparecimento da responsabilidade moral; 4) a invisibilidade das vítimas. O termo *barbárie civilizada* quer expressar uma nova manifestação da barbárie, tipicamente moderna, articulada sob a égide da dominação legal-racional weberiana. Segundo a brilhante análise de Michel Löwy, “pode-se definir como propriamente moderna a barbárie que apresenta as seguintes características: A) Utilização de meios técnicos modernos. Industrialização do homicídio. Exterminação em massa graças às tecnologias científicas de ponta. B) Impessoalidade do massacre. Populações inteiras – homens e mulheres, crianças e idosos – são “eliminados”, com o menor contato pessoal possível entre quem toma a decisão e as vítimas. C) Gestão burocrática, administrativa, eficaz, planificada, “racional” (em termos instrumentais) dos atos bárbaros. D) Ideologia legitimadora do tipo moderno: “biológica”, “higiênica”, “científica” (e não religiosa ou tradicionalista)”. LÖWY, Michel. *Modernidade e barbárie no século XX*. Porto Alegre: FSM, 2000. p. 3 ss. E, para nós, a atuação do sistema de justiça penal brasileiro insere-se perfeitamente nesta categorização.

⁴⁵ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. *Exclusión y victimación: el grito de los derechos humanos en la globalización*. Bilbao: Albertina, 2004. p. 132.

A justificação moral da “barbárie civilizada” torna-se a pedra de toque para a pacificação das consciências. O argumento é tanto simples quanto perverso: quem não é sujeito moral não é humano; quem não é humano carece de direitos; suprimir a quem não é humano e carece de direitos está moralmente justificado e se faz necessário se com isso se restitui a ordem social e o próprio regime de direitos⁴⁶.

Paga-se com o sacrifício de inúmeras vidas humanas a tão decantada restituição da ordem social, o tão louvável quanto ilusório “regime de direitos”. Nas cidades dos Estados constitucionais contemporâneos, as vidas desperdiçadas alimentam o simulacro da comunidade democrática, pela qual o *homo sacer* padece sob o pálio da violência institucionalizada. Pela dinâmica da exceção e pelo vigor compulsivo da ação policial, o poder soberano não encontra qualquer limite plausível quando seu objetivo consiste na eliminação dos supérfluos, da sujeira da nova ordem que já não mais cabe debaixo do tapete do sistema carcerário. Aqui, portanto, residem mais precisamente as justificações filosóficas e sociológicas do paradigma do “direito penal do inimigo”. Trata-se, em realidade, de uma nova maquinaria punitiva estratégica com o intuito bastante preciso de legitimar a segregação e a eliminação dos dejetos da nova ordem global, da sujeira que narcotiza a “pureza” da definição hegemônica da realidade social forjada sob os valores do individualismo possessivo, do racismo, da intolerância religiosa, do totalitarismo político.

4 O direito penal do *homo sacer* da baixada: exclusão, vitimação e (ainda) o terrorismo de estado no Brasil

A trajetória das ideologias e das estratégias de controle penal no Brasil reflete, nitidamente, os processos de dominação impostos pelas classes hegemônicas e sua defini-

⁴⁶ Idem, p. 117.

ção da realidade social, em que o direito penal é historicamente utilizado como instrumento de gestão da miséria e da exclusão social e de reprodução das relações de poder dominantes forjadas a partir da “naturalização da desigualdade”. Os processos de exclusão e vitimação dos segmentos sociais subalternos representam a missão não declarada do sistema penal brasileiro, mediante a punição implacável ou a escancarada e desinibida eliminação da população negra e/ou pobre dos grandes centros urbanos, escandalosamente assumidas como forma e estratégia de manutenção da “ordem social”.

Em rigor, bem delimitado por suas matrizes ibéricas constitutivas, o sistema penal brasileiro seria já desde o início marcado pela produção dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, refletida pela construção sistemática de inimigos públicos e medos coletivos. Desde a figura jurídica do *estranho*, herdada das práticas penais germânicas antigas, assim como do tratamento punitivo do *servo* e do *judeu* no reino visigótico, e também da perseguição e eliminação de *hereges*, *judeus*, *bruxas*, *prostitutas*, *leprosos* e *homossexuais* presentes no direito penal e penitenciar canônico medieval, o sistema penal brasileiro trabalharia afinal prodigiosamente a partir do legado dos emblemas do rebaixamento político e da desqualificação jurídica de indivíduos, grupos, classes e segmentos sociais⁴⁷.

Basicamente, no decorrer do processo de colonização, o controle penal se resumia ao exercício da violência física do donatário sobre os nativos e as populações escravizadas. A existência de um contexto social marcado por relações perso-

⁴⁷ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000. p. 22 ss. Sobre as minorias perseguidas na Idade Média, conferir a já citada obra de RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 33 ss. Richards ressalta que “a Igreja Católica na Idade Média era uma organização totalitária. Tinha um corpo doutrinário definido e abrangente, uma hierarquia organizada, rituais estabelecidos e uma visão clara de sua autoridade e responsabilidade. Qualquer divergência em relação a estes fundamentos constituía um desafio à ordem temporal divinamente ordenada e não podia, portanto, ser tolerada” (p. 53).

nalistas fomentou a consolidação de um direito penal privado-doméstico, que refletia o poder dos donatários, associado a um direito penal público extremamente violento e cruel, erguido a partir do *eurocentrismo* e, por essa razão, dissimulador do racismo e da exclusão sintetizadores do sincretismo assombroso e da brutalidade explicitados num discurso de “ocultamento do outro”. Assim, a subjetividade coletiva de nossas elites seria desde o início talhada por esses padrões de dominação e de violência historicamente naturalizados. A violência endêmica presente no processo colonizador estabeleceu-se como moldura do imaginário de nossas classes dominantes na afirmação de um modelo de sociedade onde a segregação social seria o seu grande cimento ideológico⁴⁸.

Os mecanismos de submissão forçada, utilizados para o domínio dos povos nativos e, mais tarde, das populações negras submetidas à escravidão, incorporaram-se aos métodos de controle social formal, impregnando as legislações criminais com a violência arraigada ao nervo do projeto colonizador. Seja pelo assassinio direto, em guerras ou não, seja pela imposição de privações e maus tratos, ou ainda pela transmissão de doenças contagiosas, nota-se, claramente, nos termos de Nilo Batista, que o extermínio é o grande signo de abertura desse processo histórico⁴⁹.

A chave que permitiu a abertura para a entrada do sistema penal moderno na América Latina, em particular no Brasil, escancarou as portas ao ingresso de um aparato jurídico e repressivo reprodutor da violência estrutural endêmica e do racismo presentes desde o desembarque do co-

⁴⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade latino-americana. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 279-327; BOFF, Leonardo. A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise. In: BATISTA, Nilo (Coord.). *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 95; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *A filosofia jurídica da Alteridade*. Curitiba: Juruá, 1999.; WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Juris, 1982.

⁴⁹ BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In: BATISTA, Nilo (Coord.). *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 1, n. 1, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1996. p. 70.

lonizador lusitano. O choque étnico se transformaria, no prosseguimento da empreitada colonialista, numa constante e irremediável luta de classes que acompanharia as nossas sociedades até os dias atuais, onde o entrechoque de índios, negros e brancos assumiria constantemente, na precisa descrição de Darcy Ribeiro, “um estado de guerra latente, que, por vezes, e com freqüência, se torna cruento, sangrento”, marcando gravemente os padrões de imposição de uma dada definição da realidade social e das formas de legitimação e punição destinadas a assegurá-la⁵⁰.

De modo geral, Raúl Zaffaroni destaca que as formações sociais latino-americanas, em sua gênese, foram constituídas sob o modelo prisional, na medida em que todo o continente recebia do Velho Mundo os excedentes populacionais miseráveis que, sobreviventes da decomposição da ordem medieval, lotavam as casas correccionais e os nascentes estabelecimentos prisionais europeus. Eram lançados às novas terras descobertas, por meio do banimento formal como penalidade, com a tarefa de povoar as novas colônias e de estimular a produção exigida pelo desenvolvimento do capitalismo mercantil. Portanto, as colônias latino-americanas se estabeleceram como gigantescas “instituições de seqüestro”, expressão com a qual Foucault denomina as igualmente chamadas “instituições totais”. Afirma o autor que

não é possível considerar alheio a esta categoria foucaultiana, apesar de sua imensa dimensão geográfica e humana, um exercício de poder que priva da autodeterminação, que assume o governo político, que submete os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador, que lhe impõe seu idioma, sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que con-

⁵⁰ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 168.

sidera seus habitantes como sub-humanos necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas, conduzidas à 'verdade' (teocrática ou científica)⁵¹.

Assim sendo, o colonialismo impôs às sociedades incorporadas este modelo social comparável a uma instituição total, que se destinava ao confinamento dos corpos humanos, visando, além da submissão implacável da população, a sua transformação na força produtiva indispensável aos anseios do capitalismo em marcha. A atuação desse poder, focada nos usos punitivos do mercantilismo, caracterizados pela concentração no corpo do condenado – na reinvenção mercantil do degredo, nas galés, nos açoites e nos suplícios – era desempenhada essencialmente no âmbito privado. Como ressalta Nilo Batista, além de expressar uma tradição ibérica, a *continuidade público-privado* era beneficiada, em primeiro lugar, pela incipiente e lerda implantação das burocracias estatais no Brasil colonial; em segundo lugar, pelo escravismo, acompanhado inexoravelmente de um direito penal doméstico; e, em terceiro lugar, pelo emprego de resquícios organizativos feudais no início do esforço de ocupação (capitanias hereditárias): na reminiscência feudal sobrevive a superposição entre o eixo jurídico privado (*dominium*) e o público (*imperium*). Efetivamente, “a predominância de um poder punitivo doméstico, exercido desregulamentadamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável, e constituirá remarcável vinheta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura”⁵².

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. p. 74-75. Sobre a tese foucaultiana, seu desenvolvimento mais elaborado se encontra em: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1999. Especialmente às pp. 103-126.

⁵² BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. p. 411-14.

O contorno formal do poder punitivo era traçado, entretanto, pelas Ordenações Filipinas (1603), estatuto fortemente impregnado por um espírito medieval, repudiando os princípios humanistas da Renascença. Este ordenamento jurídico, alicerçado no paradigma jusnaturalista teológico, consolidava a rejeição de Portugal à assimilação das rupturas empreendidas pela modernidade (burguesa) nascente. Consoante assinala Gizlene Neder, o inquisitorialismo e o irracionalismo presentes no paradigma jurídico-penal das Ordenações Filipinas, marcado por posturas cruéis e desumanas, apenas refletiam a limitação do desenvolvimento do humanismo renascentista em Portugal. O conservadorismo religioso, o isolamento cultural e a aproximação e imbricação entre Estado e Igreja, retardando o processo de secularização, impediam a recepção dos postulados humanistas no pensamento jurídico da metrópole⁵³.

Nesse sentido, o notável caráter isolacionista das elites portuguesas, tornando sua cultura rigidamente ensimesmada, contribuiu para o adiamento do processo de secularização e a recepção do racionalismo moderno. Na ilação de Neder,

a cultura portuguesa, a partir da segunda metade do século XVI, embrenhou-se cada vez mais na direção de uma mentalidade eclesiástica, de pretensão universalista. Pela aproximação do Estado com a Igreja, a vida cultural portuguesa viu-se confinada aos limites de uma segunda escolástica influenciada por São Tomás de Aquino e pela forma religiosa católica, a Contra-Reforma⁵⁴.

Assim sendo, o sistema penal que se erigiu na Colônia, sob os auspícios de um pensamento jurídico arraigado ao

⁵³ NEDER, Gizlene, *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000. Especialmente o cap. III. A autora afirma que a atualização histórica compreendida por Portugal (e pelo Brasil), no sentido da adoção de aspectos modernizadores (novas tecnologias, mudanças comportamentais, moda etc.) ocorreu na medida exata da garantia de outras tantas permanências, e visava apenas a manutenção de uma mínima articulação da formação social nos quadros do mercado mundial. Idem, p. 37.

⁵⁴ Idem, p. 59.

escolasticismo medieval, não verberou a crueldade de seus métodos de controle social punitivo, basicamente estruturado na aplicação de castigos corporais. A manipulação das penas obedecia à tecnologia punitiva dos suplícios, na medida em que a punição representava a extensão do braço da Coroa, cujo poder era legitimado por Deus.

Mais tarde, a transplantação das instituições e práticas modernas 'de fora para dentro' resultou na recepção incipiente do liberalismo apenas como 'graxa simbólica', incapaz de generalizar-se posto que vinculado a necessidades estritamente pragmáticas de confinamento da participação política ao seletivo e restrito nível dos grupos sociais proprietários e dominantes, assegurando, com isso, a institucionalização da desigualdade na esfera pública⁵⁵. Daí porque o liberalismo pôde conviver pacificamente com a escravidão e com uma forte repressão dos segmentos sociais subalternos, consolidando um sistema de Justiça penal que reproduzia abertamente a desigualdade de tratamento.

Emergiu, portanto, no cenário político nacional, uma espécie híbrida de liberalismo, que sempre tenderia à exclusão de amplos segmentos da sociedade do exercício dos direitos e liberdades civis. A dificuldade de sua recepção completa se manifestava pela manutenção da escravidão como elemento primordial da estrutura econômica, o que, obviamente, contrariava a liberdade contratual – princípio estabelecido como fundamento da nova ideologia política. Nesta conjuntura, a distorção dos ideais liberais promovia, de um lado, a afirmação dos direitos de liberdade para os setores dominantes e, de outro, contraditoriamente, a conservação estrutural das formas escravistas de submissão da mão-de-obra.

No seio do quadro político contraditório e autoritário do período imperial, que impulsionava o aprofundamento das

⁵⁵ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 63

discordâncias e a radicalização das diferenças políticas, econômicas e sociais, emergem tanto a Constituição de 1824 quanto o festejado Código Criminal do Império, de 1830, exaltado e notabilizado como verdadeira ode ao liberalismo clássico. No entanto, tal estatuto estabeleceu, no âmbito formal, um rígido controle social, punindo de forma ampla e severa os segmentos escravizados e despojados do acesso ao poder político e ao regime constitucional dos direitos e liberdade civis. Nem mesmo a sua recatada adequação aos princípios da Escola Clássica, tão decantada pelos seus artífices e comentadores, de inegável matiz liberal (presenças das idéias de Kant, Bentham, Beccaria etc.), impediria o barbarismo da imposição da pena capital para uma ampla gama de condutas. A crueldade das sanções e a desigualdade na sua aplicação demonstram cabalmente o direcionamento do seu rigor, sobretudo aos escravos⁵⁶.

Muito embora avanço inegável em relação às Ordenações, o diploma imperial conservou a pena de açoites para os escravizados e afirmou insofismavelmente a desigualdade jurídica de sua incidência. Refletia, portanto, claramente, um período em que a intensificação dos conflitos, especialmente das revoltas dos negros mantidos no cativo da terra, exigia um rígido controle social, destinado a obstruir as possíveis fissuras da ordem social conservadora e das relações de poder instituídas, afinal a luta por reconhecimento de amplas parcelas da população mantidas na condição de objetos de seus senhores.

⁵⁶ A desigualdade entre homens livres e escravos, fartamente retratada no Código Criminal de 1830, e a brutalidade dos apenamentos podem ser percebidas pela leitura do art. 60 deste diploma, que determinava ao magistrado a aplicação da pena de açoites ao escravo não condenado a pena de morte ou galés. Estabelecia, ainda, a curiosa advertência "humanista", que o número de açoites fixado na sentença não poderia ultrapassar o número de cinquenta por dia. Para uma análise destas especificidades do estatuto imperial, consultar: WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871). In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 388-392. Conferir, ainda, neste sentido: NEDER, Gizlene. op. cit., p. 184-200. Da mesma autora ver, também, Absolutismo e punição. In: BATISTA, Nilo (Coord.). *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, v. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 193. Conferir, também, LUISI, Luiz. O Iluminismo e o direito brasileiro e Iluminismo e positivismo na legislação penal brasileira. In: _____. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 97-102 e 135-142.

Posteriormente, em face dos desdobramentos da intensificação do processo de Revolução Industrial na Europa, o sistema penal passa a assumir, como afirma Nilo Batista, a função de garantir a mão-de-obra e impedir a cessação do trabalho, estimulado pelo modelo de sociedade disciplinar. As casas correcionais, nos séculos XVII e XVIII, visavam essencialmente garantir a mão-de-obra e adequá-la às necessidades do capitalismo mercantil. Com a Revolução Industrial, a missão de adestramento da força de trabalho é atribuída ao sistema prisional (disciplinar-panóptico), e as incriminações da mendicância, da vadiagem e da greve tornavam impossíveis a cessação do trabalho. No Brasil, abolida a escravidão (1888) e proclamada a República (1889), o Código Penal de 1890 instrumentaliza formalmente o poder de controle social punitivo e de seu discurso (competente) legitimador sobre os mesmos fundamentos. O art. 399 deste diploma consagrava o delito de vadiagem e o art. 206 criminalizava a greve. Com efeito, a substituição da mão-de-obra escrava pelo trabalho juridicamente livre, correspondendo ao estabelecimento da economia de mercado, impunha um novo modelo de punição que, abandonando a infligência de castigos corporais, disciplinasse os corpos ao trabalho fabril⁵⁷.

Para Gizlene Neder, a normatização da repressão e do controle social era endereçada primordialmente à regulamentação do incipiente mercado de trabalho capitalista. Esta nova estrutura de poder, que instilava a gradativa construção de uma ordem burguesa no Brasil, forjou a criação de novos mecanismos punitivos destinados a controlar, conservar e reproduzir as emergentes formas de organização da produção e da sociedade⁵⁸.

No plano político, a moldura da “democracia jurídicista”, presente de maneira exemplar no projeto de Rui Barbosa,

⁵⁷ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 35.

⁵⁸ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 15.

estampava a fotografia jurídica e ideológica conservadora do período republicano, refletidas na Constituição de 1891 e no estatuto repressivo de 1890. A importância da visualização desta postura política reside no fato de que ela sustentava a racionalização do exercício do poder pelo Direito. Ou seja, apenas o Direito poderia garantir a racionalidade do Estado⁵⁹. Isto possibilitou a tentativa de se inscrever, no âmbito repressivo, o monopólio do uso da violência física legítima nos aparelhos estatais. Era necessário, portanto, deslocar completamente a ação repressiva, ainda dispersa nas mãos do domínio privado do senhor de engenho, para as mãos de um ente abstrato, neutro, que a partir de então estaria encarregado de subjugar a massa de escravos liberta.

É precisamente a substituição do trabalho escravo pelo trabalho juridicamente livre, com reflexos no processo de constituição de um mercado de trabalho, que determinam a formação de uma nova ideologia e de novas estratégias de controle penal. No dizer de Neder e Cerqueira Filho, foi precisamente neste contexto que se organizou uma dada estrutura de classes, onde uma fração da classe dominante, mais especificamente a burguesia cafeeira, procurou deter o monopólio da repressão através do controle do Estado. A transição gradativa ao capitalismo implicou na forte presença de aspectos de uma modernização conservadora, que envolveu a construção de uma nova idéia de indivíduo, de disciplina e de mercado, fomentando, no campo penal, um amplo processo de criminalização dos setores subalternos. Para os autores, “estes aspectos conviveram (convivem ainda) com a permanência de uma cultura jurídico-política baseada na obediência hierárquica e na fantasia absolutista de um controle absoluto sobre os corpos dos trabalhadores (ex-escravos)”⁶⁰.

⁵⁹ Sobre este aspecto particular consultar: ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 137.

⁶⁰ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23.

Novamente inserido de forma tímida nos marcos teóricos da Escola Clássica, o diploma penal republicano não alterou em muito o viés racista e a consagração da desigualdade jurídica. Evidencia-se, pois, que “desde a Abolição da Escravidão (1888), a questão do controle e disciplinamento da massa de ex-escravos delimitou a extensão e a forma da reforma republicana no Brasil”⁶¹. Como no Código do Império, as formulações teóricas dos clássicos sofreram uma mitigação em virtude da própria defasagem da recepção do liberalismo no país. Assim, a igualdade perante a lei do paradigma liberal e do humanismo abstrato não teve no Brasil sequer o seu reconhecimento e afirmação universais, sendo aberta e sistematicamente negada pela legislação.

Contrapondo-se ao movimento reformador clássico liberal-iluminista, que assumia como premissa ideológica a universalização da punição e a igualdade de tratamento perante a lei, a recepção do moderno sistema de Justiça penal no Brasil se deu a partir dos limites impostos pela ausência completa de um consenso valorativo que acompanha o mesmo processo na Europa e nos EUA. Não há, de modo algum, o consenso acerca da necessidade de homogeneização social e generalização do tipo de personalidade e de economia emocional burguesa a todos os estratos sociais. Ou seja, no âmbito da modernidade central, a burguesia logrou estabelecer a homogeneização de um tipo humano, a partir da generalização de sua própria economia emocional – domínio da razão sobre as emoções, cálculo prospectivo, auto-responsabilidade etc. – às classes dominadas. No Brasil, ao contrário, prevalece como idéia básica a não-humanidade do escravo, que impede, definiti-

⁶¹ NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição, op. cit., p. 200. A criminalização da capoeiragem exemplifica esta atitude de consagração sistemática da desigualdade jurídica presente no estatuto e o seu direcionamento ao controle da massa de ex-escravos. O art. 402 do Código de 1890 estabelecia: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...): pena – de prisão celular por 2 a 6 meses”.

vamente, os efeitos sociais da hierarquia valorativa baseada na noção de dignidade intersubjetivamente partilhada. De modo que a “não-humanidade básica do escravo impossibilita qualquer forma compartilhada e institucionalizada tanto de formação de personalidade autônoma como de instituições que a protejam”⁶².

Na modernidade periférica, o consenso em torno do valor da igualdade, fonte da dignidade e do reconhecimento, nunca existiu. Desse modo, o liberalismo aqui adotado a partir do Império nunca refletiu uma ideologia revolucionária de ruptura com a estrutura feudal hierárquica e estamental, mas apenas serviu, pragmaticamente, para estabelecer uma distinção precária entre o público e o privado, e garantir, com isso, as instituições básicas necessárias ao desenvolvimento do capitalismo incipiente. Assim sendo, o campo jurídico-penal jamais seria pulverizado completamente pelos ideais humanistas e racionalistas do movimento reformador clássico, mantendo-se extremamente brutal para os segmentos sociais subalternos. A igualdade formal perante a lei seria, de fato, nitidamente velada pela aceitação da desigualdade como algo legítimo, natural e justo. Já na era republicana, por sua vez, a extensão das reformas na ideologia e nas estratégias de controle penal seria afetada por uma ambivalência fundamental entre liberalismo e autoritarismo, resultante da forma como se organizava a dominação destinada à regulamentação e ao disciplinamento do mercado de trabalho, vez que o controle sobre o trabalhador não mais deveria ser exercido de forma direta e imediata, no próprio espaço da produção (nos engenhos de açúcar e nas fazendas de café), como acontecia sob a escravidão, mas sim ser deslocado para o espaço ‘neutro’ dos aparelhos do Estado⁶³.

⁶² SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: UnB, 2000. p. 257.

⁶³ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 25.

Tecidas a partir desse complexo novelo, a ideologia e as estratégias de controle penal na realidade brasileira contemporânea assumem características excessivamente drásticas, reproduzindo inúmeros circuitos e dispositivos de seu passado racista, excludente e dizimador. De fato, o quadro social deficitário de sua vivência democrática recente e as respostas aos impasses do enxugamento do Estado Social e da perda de efetividade do direito estatal frente à complexidade das relações sociais, cada vez mais articuladas em nível transnacional, tendem a agravar a explosão de conflitos que caracterizam a situação precária de indivíduos e grupos submetidos às experiências invencíveis da invisibilidade pública e da humilhação social, decorrentes de séculos de desigualdade naturalizada.

Com efeito, as amplas demandas de justiça material, historicamente reprimidas e escamoteadas pelos sucessivos regimes ditatoriais, exacerbaram os conflitos e choques em virtude do aumento da complexidade da luta de classes na sociedade brasileira atual. Inegavelmente, o processo de reabertura política conduziu a uma explosão de litigiosidade decorrente do fenômeno da radicalização ideológica, que, permitindo os espaços para a (re)legitimação da ordem política, acabou por desaguar no déficit de legitimidade das instituições, em face da incapacidade de os governos gerirem democraticamente a estabilização econômica e a necessária e sempre adiada reforma social. Em decorrência, vislumbra-se a ineficácia dos direitos fundamentais restaurados pela abertura política, “uma vez que a miséria, as decepções e a falta de perspectivas minam a estabilidade institucional, esgarçam os laços de solidariedade e abrem caminho para o ‘hobbesianismo social’”⁶⁴.

⁶⁴ FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 129-130.

Neste quadro, a hostilização das conquistas democráticas, especialmente a possibilidade de materialização da (re)distribuição dos direitos sociais, no sentido de incluir amplos segmentos marginalizados da população, ganha ampla aderência no contexto da globalização neoliberal na realidade periférica. Assim, a degradação social, a precarização das condições laborais e a crescente miserabilidade de amplos setores da sociedade fulminam as bases do Estado Democrático. A possibilidade de afirmação das três dimensões de direitos humanos reconhecidos pelo texto constitucional se paralisa radicalmente diante dos imperativos categóricos da economia globalizada, forjados sobre os critérios da eficiência, da otimização da racionalidade da troca competitiva e da mercantilização da vida e da existência humanas. Atuando, portanto, livre dos controles políticos e por meio de mecanismos auto-regulatórios, as práticas econômicas minguem a capacidade (re)distributiva do Estado, perpetuando e agravando as desigualdades sociais.

Assim, o aprofundamento da desigualdade e da exclusão, na medida em que a absolutização do mercado é obtida ao custo da degradação salarial, da informatização da produção e do aniquilamento de inúmeros postos de trabalho, consolida a produção crescente da marginalidade econômica e da inevitável subsequente marginalidade social, obrigando os aparelhos estatais a concentrar a sua atuação na preservação da ordem, da segurança e da disciplina. Nesta perspectiva, os excluídos do mercado de trabalho ficam completamente alijados da possibilidade de exercício de quaisquer das dimensões de direitos fundamentais formalmente reconhecidas pela Constituição. A condenação à marginalidade sócio-econômica e a “condições hobbesianas de vida” não permite que estes segmentos excluídos apareçam como portadores de direitos públicos subjetivos. Nesse contexto, os setores sociais subalternos, vivendo numa espécie de estado de guerra perpétua, ficam à

mercê de inúmeras formas de violência física, simbólica ou moral, que os sistemas de controle social geralmente exercem sobre eles, mantendo-os vinculados ao sistema jurídico nacional apenas através das sanções normalizadoras e afastando-os das garantias estabelecidas pela ordem constitucional⁶⁵.

Como assinala Faria, “diante da ampliação das desigualdades sociais, setoriais e regionais dos bolsões de miséria e guetos ‘quarto-mundializados’ nos centros urbanos, da criminalidade e da propensão à desobediência civil coletiva, as instituições judiciais do Estado, antes voltadas ao desafio de proteger os direitos civis e políticos e de conferir eficácia aos direitos sociais e econômicos, acabam agora tendo que assumir funções eminentemente punitivo-repressivas. Para tanto, a concepção de intervenção mínima e última do direito penal é alterada radicalmente (Adorno, 1996). Essa mudança tem por objetivo torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo, para disseminar o medo e o conformismo em seu público-alvo – os excluídos”⁶⁶.

Esta incisiva abrangência e severidade das normas penais, em face deste movimento de criminalização de várias atividades em inúmeros setores da vida social, objetivam claramente, sob o pretexto de ampliar a eficiência no combate ao crime organizado, ao narcotráfico, às fraudes financeiras, ao terrorismo e às operações de lavagem de dinheiro obtido de forma ilícita, acentuar a violência do controle social sobre os segmentos marginalizados da população. Assim, as conquistas do direito penal liberal são gradativamente suprimidas em nome da necessidade de respostas ao estabelecimento de um verdadeiro estado de natureza hobbesiano. Vislumbra-se, portanto, um crescimento desordenado de

⁶⁵ FARIA, José Eduardo, Direitos humanos e globalização: notas para uma discussão. *O Mundo da Saúde*. São Paulo, n. 22, mar./abr., p. 78, 1998.

⁶⁶ *Idem*, p. 79.

normas penais que impõe ao arrepio das pautas deontológicas firmadas em níveis constitucionais a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, em face da utilização de regras com conceitos indeterminados, porosos e ambíguos. Tal hipertrofia legislativa promove, ainda, a ampliação da discricionariedade das atividades policiais e judiciais, implicando na redução de garantias processuais, mediante, por exemplo, a inversão do ônus da prova, passando a considerar culpado quem não provar a sua inocência⁶⁷.

Vê-se, pois, que a erosão das garantias básicas se faz presente numa avalanche legislativa penal brasileira que, obedecendo a lógica da hipertrofia punitiva do Estado neoliberal, substitui a omissão no implemento de políticas sociais. De modo que um excessivo número de leis, dentre elas, a dos Crimes Hediondos (lei 9.072/90), a do Crime Organizado (lei 9.034/95), a das Interceptações Telefônicas (lei 9.296/96), a que estabelece o malfadado Regime Disciplinar Diferenciado (lei 10.792/03), dentre outras, todas capitaneadas pela política criminal de (guerra às) drogas, são diplomas normativos paradigmáticos da configuração de uma “criminologia de guerra” no campo penal brasileiro, com supressão de garantias e agigantamento e endurecimento do tratamento penal dos conflitos sociais.

Esse crescimento vertiginoso de leis penais promove, no delineamento dos sistemas penais latino-americanos, e no brasileiro em particular, conforme ressalta Zaffaroni, o desenvolvimento de algumas características peculiares,

⁶⁷ FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 22, p. 239, 1998. Esta tendência afeta inclusive importantes setores da esquerda que, fundamentando o maior repressivismo estatal contra “os crimes do poder”, não percebem que, historicamente, o sistema penal sempre esteve voltado para a gestão desigual das próprias ilegalidades. Assim, desconsiderando a simples manifestação de poder que a pena representa – e no Estado capitalista, o poder das classes dominantes –, desconsideram o direcionamento privilegiado do controle social punitivo aos excluídos ou destituídos do exercício deste poder. Neste sentido, a fúria punitiva inevitavelmente se volta contra os setores oprimidos que, no âmbito da justiça criminal, constituem os atores que cotidianamente encenam o teatro do controle social formal de nossa sociedade. Cf. KARAN, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: BATISTA, Nilo (Coord.). *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, v. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 79-92.

entre as quais destaca-se: a) a espetacularização da atuação das agências políticas e judiciais no que tange ao exercício de poder dos sistemas penais; b) a incapacidade de controlar, mesmo com a exacerbação punitiva, o assombroso crescimento da delinquência de colarinho branco, na medida em que os níveis tecnológicos e os graus de imunidade de seus agentes estancam a criminalização e, acrescentamos, estes delitos geralmente obedecem ou mesmo alimentam a dinâmica do desenvolvimento do mercado globalizado, com seu arsenal de transações financeiras visando a competitividade e o lucro; c) a hipertrofia legislativa como única via de resposta aos conflitos sociais, sendo o meio preferido pelo "Estado espetáculo" e por seus operadores "*showman*", pois leis penais são baratas, de propaganda fácil e a opinião pública se engana com suficiente frequência sobre sua eficácia; d) e, enfim, a exploração midiática da justiça penal e da violência como instrumento de (re)legitimação de sua perversa atuação⁶⁸.

Assim, as teses sugeridas pelo paradigma do "Direito Penal do Inimigo" parecem possuir alguma aderência em setores da magistratura e do Ministério Público, que postulam com ênfase o incremento da "guerra ao crime". No entanto, parece um contra-senso requisitar um regime de exceção ao lado de um regime de garantias num cenário historicamente marcado pela exceção permanente. É possível introduzir-se um direito penal do inimigo no interior de um direito penal do inimigo, ou melhor, do paradigma, por nós denominado, de direito penal do *homo sacer* da baixada?

Isto porque a exceção permanente experimentada no Brasil parece não inquietar as instituições que deveriam, ao contrário, zelar pela defesa das instituições democráticas e do regime de direitos fundamentais duramente con-

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana*. op. cit., p. 19-20.

quistados. Como demonstra com rara felicidade o filme “Quase Dois Irmãos”, a preocupação com a violência institucional das agências punitivas estatais, com as condições desumanas do sistema prisional, com a tortura e os maus-tratos, apenas afetou a classe média quando esta integrava a fileira dos presos políticos. Com a abertura política, o tema transformou-se em tabu e muitos dos presos viraram algozes e reprodutores dos discursos de lei e ordem. Já que agora o sistema prisional direciona-se aos mesmos segmentos marginalizados de outrora, antes escravos e ex-escravos, hoje a juventude negra e/ou pobre dos grandes centros urbanos, o endurecimento da repressão, a supressão de garantias e a eliminação brutal de amplas parcelas da população parecem não incomodar a consciência moral dos setores à direita e à esquerda do espectro político.

Nesse sentido, o perfil da população carcerária termina de corroborar os altos graus de seletividade e as características precisas dos segmentos vulneráveis. Segundo autorizado e detalhado relatório, as prisões brasileiras estão compostas essencialmente por jovens, negros, pobres, do sexo masculino, de baixa escolaridade. A esmagadora maioria (95,5%) são homens pobres do sexo masculino, 65% são negros ou mulatos, 54% têm menos de 30 anos, e 30% possuem entre 18 e 24 anos, todos de pouca escolaridade, sendo 10,4% analfabetos, e 69,5% possuem apenas o 1º grau completo⁶⁹.

Ademais, o Brasil ainda continua pródigo em exemplos de violação sistemática de direitos fundamentais de grande magnitude, representados pela insidiosa, escancarada e desinibida eliminação dos setores sociais subalternos como estratégia de manutenção da ordem social, nos quais a vida

⁶⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. *O Brasil atrás das grades*. Relatório da Anistia Internacional, São Paulo, 1998; NASSIF, Nycia Nadine Negrão. *A sociedade de consumo, exclusão social e aprisionamento*. Disponível em: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/artigos2005/CAUVD1IU.doc>. Acesso em: 04 abr. 2006.

do *homo sacer* aparece como o objeto primordial da violência soberana. Os episódios emblemáticos e assombrosos da Candelária, Vigário Geral, Carandiru, Eldorado dos Carajás, e mais recentemente, Queimados e Nova Iguaçu denunciam a vitimação sistemática e impune dos excluídos. Historicamente, como percebe Guilherme Preger,

em todos esses casos ecoa a tragédia fundadora de Canudos. Em todos os casos a *vida nua* da população pobre brasileira é exposta com crueza pornográfica. O que mais nos estarrece é o eterno retorno da barbárie. O trauma provocado pelo genocídio não gera os anticorpos, não permite ao corpo social criar as defesas que impediriam uma nova tragédia. Vigário Geral ocorreu apenas meses após a Candelária. Nenhuma transformação na ação da polícia, nenhuma reforma judiciária, nenhuma consciência social organizada. Nenhuma cidadania parece interromper o ciclo louco do terrorismo de Estado. Terrorismo de Estado. É exatamente isto de que se trata mais uma vez. E segue uma lógica implacável⁷⁰.

Todos esses massacres associados ao terrível cotidiano da violência policial nas favelas e nas periferias das gran-

⁷⁰ PREGER, Guilherme. *Homo Sacer da Baixada*. Disponível em: http://www.novae.inf.br/pensadores/homo_sacer_baixada.htm. Acesso em: 08 mar. 2006. Lembra o autor, com acuidade histórica, que "Canudos foi o evento emblemático. No início do novo regime a campanha exterminadora do exército brasileiro contra a miserável e utópica vila do sertão baiano definiria os rumos da nascente República. Euclides da Cunha, em seu gênio visionário, percebeu que ali se gerava, pelo negativo, a idéia de Estado da nova Nação Brasileira. O massacre tinha que ser total porque deveria ser exemplar. O terror de Estado tornava-se ali a política oficial no trato com a população miserável. A República é o Estado contra o Povo, ou melhor, o "povinho", contra todas as formas de organização popular que possam representar uma ameaça de verdadeira democracia social. Antes de Canudos, no entanto, havia ocorrido de forma mais silenciosa, o processo de "varredura" das maltas de capoeira do solo urbano da Capital Federal pela milícia urbana do jacobino chefe de polícia Sampaio Ferraz. Centenas de "capoeiras", ou qualquer transeunte desempregado (pela lógica republicana, desempregado=vagabundo=capoeira), foram embarcados para a colônia penal em Fernando de Noronha. A limpeza dos capoeiras e o extermínio de Canudos foram estratégias políticas de higiene social. Mas a questão não era apenas varrer a miséria e a pobreza das ruas, o que de fato nunca foi alcançado. O importante era esmagar toda capacidade da miséria e da pobreza se organizarem coletivamente. Assim, o Estado brasileiro nascente exigia para si a missão de ser a única organização verdadeiramente política da Nação. Outras organizações precisam estar controladas sobre o braço patrimonial do Estado ou então serem anuladas. Como mostram vários historiadores da formação da segurança urbana, nossa polícia nasceu com o foco em combater e desfazer, quando não eliminar, os embriões de coletividades ameaçadoras para a "ordem pública". No início do século XX, foram os revoltosos contra a campanha da vacina. Logo depois, os trabalhadores anarquistas também foram reprimidos. Atualmente, todo o mal-estar com relação ao MST se deve ao movimento ser quase a única verdadeira organização não governamental capaz de fazer política, de protestar e invadir terras, ou seja, de pressionar com mais veemência o governo, empurrando-o para fora de sua letargia e de suas relações orgânicas com as elites reacionárias do país".

des cidades brasileiras, bem como à deterioração escandalosa do sistema carcerário e ao genocídio aberto promovido sob os auspícios da racionalidade normativa do sistema de justiça penal, denotam a degradação da igualdade e da dignidade humana por meio de estratégias de exclusão e de vitimação dos amplos segmentos marginalizados. O relatório da Anistia Internacional com o sugestivo título de “entram atirando”, dá mostras da brutalização dos excluídos pelas estratégias de segurança pública e controle penal no Brasil, caracterizadas pelo genocídio, pelo racismo, pela estigmatização, pelo preconceito, pelo desrespeito e pela corrupção generalizada dos aparelhos policiais⁷¹.

No momento em que o terrorismo de Estado torna-se “a política oficial no trato com a população miserável”, o espectro do *homo sacer* parece mais evidente do que nunca, e tão visível quanto assustador. A vida nua aparece com a sua face mais desatinada, posto que destituída de qualquer semblante intrépido, de qualquer referência estável, uma vida simplesmente abandonada à própria sorte, na sua cambiante e permanente condição de insacrificável e desembaraçadamente matável.

Os discursos de legitimação desse poder soberano vitiador e excludente têm sido, no âmbito político-criminal, sobretudo o do “combate ao crime organizado” e o da “guerra às drogas”. Nesse sentido, assinala com perspicácia Preger que “quando se fala no fetiche espectral e sem sentido do ‘crime organizado’ parece que se teme mais o fato dele ser ‘organizado’ do que de ser crime. O combate ao crime organizado foi sempre uma senha para dar garantia ao desrespeito dos direitos humanos. ‘Combate ao crime organizado’ é o nosso ‘Guerra contra o terror’ que sempre justificou a violação dos direitos humanos básicos da camada pobre da

⁷¹ ANISTIA INTERNACIONAL. *They come in shooting: policing socially excluded communities*. Relatório publicado em 02 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://web.amnesty.org/library>.

população. Em nome do 'Combate ao crime organizado' diariamente favelas e subúrbios das grandes cidades brasileiras são invadidos por forças policiais para intimidação da população trabalhadora dessas localidades. Para que elas jamais ousem se organizar para defender seus direitos. Neste aspecto, o 'Estado de direito' das forças da lei e o 'Estado paralelo' das quadrilhas de traficantes convergem na estratégia de aterrorizar as populações periféricas de trabalhadores e de suas frágeis organizações espontâneas"⁷².

Por essa razão, conclui Preger, esse terrorismo de Estado de modo algum se apresenta como algo casual, e sim apenas "demonstra o nível de desprezo das forças da ordem pela população desorganizada e pobre". Em todas essas façanhas do terror é possível facilmente perceber que seus artífices jamais atiraram ao acaso. Pelo contrário, "eles escolheram a dedo suas vítimas. Não mataram inocentes. Nas periferias brasileiras não há inocentes. Todos já são culpados pelo simples fato de nascer e sobreviver"⁷³.

Por essa razão, aparece como destituído de sentido querer projetar-se sobre o direito penal brasileiro o paradigma do "direito penal do inimigo", vez que este pressupõe a existência paralela de um "direito penal de garantias" amplamente consolidado, e em alguma medida universalizado. No Brasil, o "direito penal de garantias", se realmente existente, alcança apenas uma parcela ínfima da população, a da grande criminalidade econômico-financeira e das fraudes políticas. O que prevalece, como regra, é o direito penal do *homo sacer* da baixada, que não convive com nenhum tipo de garantias fundamentais, mas apenas com o fantasma sempre presente do terrorismo de Estado.

⁷² Idem, p. 2.

⁷³ Ibidem.

5 Considerações finais

O espectro do “Direito Penal do Inimigo”, que ronda o campo penal brasileiro contemporâneo, de modo algum representa uma ameaça significativa à indiscreta originalidade das formas brutais de intervenção penal dos conflitos sociais em nossa sociedade. Um razoável esforço interpretativo, com as lentes voltadas à genealogia do controle penal no capitalismo periférico, permite perceber a prevalência da exceção permanente como estratégia de atuação do sistema repressivo. Aqui, em realidade, a exceção sempre foi o “Direito Penal do Cidadão”.

Numa sociedade marcada por Constituições outorgadas, por regimes ditatoriais, por sucessivos golpes de Estado, a consolidação de um regime de direitos fundamentais, amplamente universalizados e respeitados, jamais logrou pulverizar as ideologias, instituições e práticas de controle penal. De modo que as marcas da naturalização da desigualdade, da recepção inarticulada do liberalismo e do iluminismo jurídico-penais estão radicalmente espelhadas na brutalização e na eliminação dos sujeitos e grupos sociais estigmatizados e humilhados, protagonizadas pelos aparelhos penais do Estado.

Ao contrário do modelo de Jakobs, que postula a criação de uma pauta normativa excepcional, convivendo, segundo ele, conjuntamente com o modelo de garantias, ambos no interior do Estado de Direito, o paradigma do “Direito Penal do *Homo Sacer* da Baixada” presente no Brasil vislumbra, na verdade, o Estado de Direito como um entrave inoportuno – traduzido no jargão “o pessoal dos direitos humanos” – ao eterno retorno da barbárie, ao ciclo louco do terrorismo de Estado, ao compulsivo e assombroso genocídio das populações marginalizadas.

Trata-se de perceber, portanto, que o direito penal do inimigo busca, ainda que de forma contraditória e conservadora, mas com a absoluta boa-fé de seu principal expo-

ente, definir um “modelo ideal de exceção”, como se a exceção admitisse alguma regra, permitisse alguma forma de contorno seguro. No Brasil, ao revés, mesmo as leis penais mais excepcionais, produzidas no afã de combater a violência urbana que assola as grandes cidades, parecem não conter a eliminação permanente dos sujeitos e grupos vulneráveis. Afinal, para quê lei dos crimes hediondos ou regime disciplinar diferenciado se, aqui, “eles entram atirando”?

1.8

A APLICAÇÃO DO ART. 285-A AO JULGAMENTO DOS MANDADOS DE SEGURANÇA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

RODRIGO KLIPPEL*

ÉLVIO FERREIRA SARTÓRIO**

Sumário: 1 Introdução. 2 O art. 285-A do CPC. 3 Hipótese de cabimento da norma contida no art. 285-A do CPC. 4 A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência dos tribunais. 5 Referências.

1 Introdução

A finalidade do presente ensaio é especular sobre a aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil, recentemente acrescido por meio da Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, publicada no Diário Oficial da União em 08/02/2006, ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos tribunais superiores (TSE, STJ, STF).

É importante que se procure, desde logo, discutir e desvendar todas as possibilidades hermenêuticas do citado art. 285-A, o que é imperativo para que possa ser melhor manejado quando de sua vigência.

Dentre essas possibilidades, está a indicada logo no título deste ensaio, que é a sua aplicação no julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais. O que se exporá, logo em seguida, são argumen-

* Mestre em Garantias Constitucionais – FDV. Professor de Direito Processual Civil da FDV e da Escola de Magistratura do ES.

** Mestre em Garantias Constitucionais – FDV. Professor de Direito Processual Civil da FDV. Assessor Jurídico do TJ-ES.

tos que adequam o conteúdo prescritivo do art. 285-A, mostrando poder-se dele extrair norma jurídica apta a prover essa facilidade aos tribunais.

2 O art. 285-A do CPC

Para iniciarmos, necessário transcrever o conteúdo do art. 285-A do CPC, *in verbis*:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

O art. 285-A insere-se no Código de Processo Civil como mais uma técnica de julgamento voltada, precipuamente, à agilidade do trâmite processual, que tem sido a maior preocupação dos operadores do direito, em relação ao processo civil, nas últimas décadas.

Embora, em um primeiro momento, possa-se identificar esse movimento pela aceleração do procedimento judicial como o motor da reforma que se comenta, é óbvio que o art. 285-A parece ter outra motivação especial: será de grande valia para o Poder Público. Explica-se:

Na *práxis forense* é bastante comum que os particulares busquem a tutela de alegados direitos materiais, surgidos em situações semelhantes, em face do Poder Público. São comuns demandas previdenciárias, relativas ao forne-

cimento de remédios, à concessão de Certidão Negativa de Débito, dentre outras.

A partir da vigência do novel dispositivo, uma vez fixado, em tais demandas, um entendimento favorável ao Poder Público, acerca dessas questões comumente levantadas, tornar-se-á mais simples e bem menos dispendioso para o Estado a sua defesa.

Essa realidade tornar-se-á ainda mais nítida naquelas estruturas jurisdicionais mais enxutas, em que haja poucos órgãos jurisdicionais com competência específica para tratar dos feitos da fazenda pública.

Não se pode, no entanto, à primeira vista, desqualificar a presente norma tão somente pelo fato de que um de seus maiores beneficiados será o Poder Público. Diferentemente de outras normas que criam facilidades especialmente dirigidas a ele (Poder Público) e que efetivamente retardam a prestação da tutela jurisdicional, a previsão do art. 285-A poderá ser empregada também contra o Estado, bem como contra qualquer pessoa que se sujeite à atuação da função jurisdicional, desde que sua demanda se enquadre nos limites previstos na norma.

Um problema que pode se revelar sério relaciona-se ao emprego concomitante da norma em baila e daquela contida no art. 518, § 1º do CPC, que prevê a súmula impeditiva de recurso. Caso o precedente do juízo tenha se baseado em súmula do STJ e/ou do STF, e se ajuíze nova demanda que discuta o mesmo conflito jurídico, poderá o julgador aplicar o art. 285-A, proferindo sentença extintiva do processo, com julgamento de mérito, sem a citação do réu, da qual não caberá recurso de apelação¹.

Ao cabo dessas observações preliminares, observa-se que, embora já se comente que a norma em estudo

¹ A menos que se entenda que, pela especificidade da hipótese contida no art. 285-A, que prevê em seu § 1º o recurso de apelação, não se poderia aplicar a essa situação o art. 518, § 1º do CPC, que é norma genérica impeditiva da apelação, ao passo que o art. 285-A, § 1º é norma específica permissiva.

seja iníqua, pois teria sido criada com nítido propósito de favorecimento do Poder Público², é bem verdade que sua destinação é muito mais ampla, podendo ser empregada nas diversas demandas provenientes dos fenômenos de massa, tutelados, em sua maioria, por meio do Código de Defesa do Consumidor. Bancos, operadoras de cartões de crédito, concessionárias de telefonia fixa e móvel, grandes lojas de departamento também poderão ser prejudicadas ou beneficiadas com a inovação, o que lhe confere amplitude maior e a faz merecer uma recepção mais calorosa por parte dos operadores do direito e da doutrina.

Feitas essas prévias considerações, passamos à análise dos principais elementos relacionados ao cabimento dessa nova técnica, para que, posteriormente, possamos versar sobre sua incidência nos mandados de segurança de competência originária dos tribunais.

3 Hipótese de cabimento da norma contida no art. 285-A do CPC

A primeira pergunta que se deve fazer, para os fins do presente texto, é a seguinte: em que casos será cabível a nova regra de julgamento? Ao ler-se a letra da lei, verifica-se que são requisitos para sua utilização:

- a) que a matéria objeto de discussão seja unicamente de direito;
- b) que sobre ela o juízo já tenha se pronunciado, por meio de sentença, em casos idênticos, decretando total improcedência dos pleitos.

² Em excelente evento realizado nos dias 13, 14 e 15 de março, na Faculdades de Direito de Vitória (FDV), sob a coordenação do Professor Flávio Cheim Jorge e com a participação dos Professores Marcelo Abelha Rodrigues, Cleanto Guimarães Siqueira e Rodrigo Klippel, houve diversos pronunciamentos, nesse sentido, sobre o assunto.

Embora, à primeira vista, pareça límpida e cristalina a redação da norma, a mesma levanta muitas questões que são essenciais para que possamos melhor compreender seu alcance e possibilidades. Tratemos, de forma individualizada, dos requisitos *supra* mencionados.

O primeiro pressuposto para o cabimento dessa técnica de extinção liminar do processo, com julgamento de mérito, está expresso na lei pela seguinte locução: “*quando a matéria controvertida for unicamente de direito*”.

A primeira crítica que pode ser feita, e fê-la o Professor Cleanto Guimarães Siqueira³, é terminológica. O art. 285-A fala em matéria controvertida unicamente de direito, quando se sabe que a *controvérsia* é estabelecida por meio da contestação ou de outra forma de resposta do réu. Como falar-se em controvérsia se a finalidade da norma é extinguir o processo sem que haja citação?

Por isso preferimos expor, *supra*, que o primeiro requisito para a aplicação do dispositivo relaciona-se à matéria *objeto de discussão* ser unicamente de direito. Ao referir-nos desse modo, deixamos claro que objeto de valoração judicial deve ser a matéria de direito, sem cairmos no erro de já anteciparmos controvérsia, que somente se instaura de acordo com o conteúdo da defesa, caso seja apresentada.

Ainda há um segundo ponto, mais sensível, relacionado à locução “*quando a matéria controvertida for unicamente de direito*”: o que significa asseverar que a matéria em discussão (ou controvertida, nos termos da lei) é somente jurídica? Quer-se dizer que não pode haver matéria fática que deva ser objeto de cognição judicial? Salvo melhor juízo, não é esse o entendimento que se deve dar ao texto legal.

Ressalvada a hipótese das demandas que visam ao controle concentrado de Constitucionalidade (ex.: ADIN e

³ No já mencionado evento “As Recentes Reformas no Código de Processo Civil”, realizado na cidade de Vitória, pela FDV.

ADC), toda demanda judicial visa à resolução de um conflito concreto, que, para ser julgado, requer do magistrado que realize um silogismo, subsumindo situações de fato à norma abstrata.

Com isso queremos dizer que é impossível pensar em demanda judicial em que não haja material cognitivo fático e jurídico, salvo as exceções referidas. O que a norma do art. 285-A afirma é que, para a sua aplicação, a matéria fática não deve necessitar de dilação probatória, visto já estar dirimida no processo.

Exemplos perfeitos de situações como a descrita podem ser obtidos em mandados de segurança. Para que o impetrante possa obter julgamento de mérito, em sede do *mandamus*, o direito material que alega ter em face do Poder Público ou de quem exerça funções públicas delegadas precisa poder ser comprovado – em seu aspecto fático – por meio de prova documental. É só imaginar demandas em que o contribuinte requeira a repetição de indébito devido à inconstitucionalidade de um tributo. O aspecto fático reside na comprovação do pagamento e este é feito mediante documento dotado de fé pública, juntado com a inicial. Ou em mandado de segurança em que o aposentado requer a reincorporação de adicional que percebia na ativa e lhe foi suprimido (a comprovação da supressão se dá por meio de contra-cheque emitido pelo ente público, também dotado da presunção de validade).

Em muitas situações concretas, a prova do elemento fático do direito material é tranqüila, resumindo-se a dificuldade da demanda às questões jurídicas, quais sejam, aquelas relacionadas à incidência normativa, à validade e à aplicabilidade da norma ao caso concreto, à qualificação jurídica dos fatos.

Por conta do que se afirmou, deve-se fixar como premissa, pelo menos nesse momento de primeiras considerações

sobre o instituto em tela⁴, que, para a aplicação da norma contida no art. 285-A, há necessidade de que o debate a ser conduzido no julgamento cinja-se à questão de direito, visto que a matéria fática encontra-se devidamente comprovada.

Feitas as considerações sobre o primeiro dos requisitos de cabimento da técnica de julgamento contida no art. 285-A, deve-se passar ao cotejo do segundo dos requisitos, que diz respeito ao *juízo que pretende aplicar a novel regra já ter se pronunciado, em outros casos idênticos, por meio de sentença, sobre a questão jurídica* agora levantada em demanda diversa.

O texto da lei, ao referir-se a esse requisito, assim prescreve: “*no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos*”.

Várias dúvidas também são despertadas quando se lê o trecho destacado. A primeira delas diz respeito ao termo *juízo*. Ao referir-se a *juízo*, o que a norma pretende destacar é que a decisão deve se ater ao âmbito de cada órgão jurisdicional.

Desse modo, é o órgão jurisdicional (1ª Vara Cível de Vitória, 10ª Vara Cível de São Paulo etc.) que deve conter em seu acervo de julgados, devidamente registrados, não interessa quem tenha sido o prolator da decisão, os precedentes que serão tomados por base para a aplicação da técnica do art. 285-A.

⁴ Embora o presente estudo não seja a sede apropriada para maiores divagações, em um momento posterior poderá se discutir acerca da aplicação do art. 285-A mesmo em situações em que o elemento fático não esteja cabalmente demonstrado, por meio de provas, na petição inicial. Dissemos isso pelo seguinte: como o motivo da derrota do autor será a tomada de posição do juiz acerca da questão jurídica que envolve a disputa, o elemento fático poderá ser tomado de forma hipotética, tal como alegado, visto que a real causa da sucumbência não será ausência de comprovação da situação factual, mas sim a ausência de proteção normativa à situação. Algo semelhante se dá em sentença que declara a impossibilidade jurídica do pedido. Como já defende Bedaque, tal sentença decide o mérito, com aptidão de gerar coisa julgada material, pelo fato de considerar que a pretensão do autor, *tal como exposta*, é vedada pelo ordenamento jurídico. Situação bem semelhante se dará com o emprego da regra do art. 285-A, com a única diferença de que o juízo de improcedência não se dará pela circunstância de o magistrado reconhecer que a pretensão já não encontra guarida no sistema em abstrato (como no caso da impossibilidade jurídica); mas por verificar que não encontra guarida por meio da interpretação do ordenamento. Sobre a identidade entre a impossibilidade jurídica e o mérito vide BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*: tentativa de compatibilização. Tese apresentada ao Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. p. 265-269.

Outra consideração a ser feita diz respeito ao fato de que o precedente deve se constituir sob a forma de sentença. Deve-se estender o alcance da norma às interlocutórias, visto que é possível que elas, pelo menos no regime atual do código, julguem o mérito, mesmo que parcialmente (ex.: indeferimento de inicial de reconvenção por decadência; por prescrição, quando favoreça a menor⁵; decisão calcada no art. 273, § 3º, que para alguns é verdadeira decisão de mérito⁶). Essa ressalva importa pois não há qualquer restrição temporal ao precedente do juízo, que poderá ser anterior à vigência do art. 285-A do CPC.

Uma última dúvida, certamente mais severa do que as anteriores, diz respeito à interpretação da locução “*casos idênticos*”. Afirmar a norma em discussão que o juiz pode julgar diretamente a demanda, com base exclusivamente no conteúdo da inicial, e sem a instauração do contraditório, desde que a improcedência possa se lastrear na análise da questão de direito e o juízo já houver proferido sentença de total improcedência em casos idênticos.

Aqui se encontra o cerne do problema. O termo *casos idênticos* não é técnico, podendo-se agregar vários sentidos a ele. Por exemplo, pode-se entender que *casos idênticos* represente demandas litispendentes, ou seja, idênticas quanto aos seus três elementos (partes, causa de pedir e pedido). Será que é esse o sentido? É óbvio que não, pois se assim fosse a norma seria totalmente desnecessária, pois já se prevê a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por litispendência (CPC 267, V).

De outro giro, pode-se pensar que a locução *sub examine* signifique que o julgado precedente deve ter refutado demanda que apresente pretensão e fundamentação jurídica semelhante àquela contida na demanda que será jul-

⁵ Com o advento da Lei 11.280/06, a prescrição acompanhará a decadência, no que tange à possibilidade de cognição de ofício (art. 219, § 5º).

⁶ Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie et al. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

gada com base na técnica do art. 285-A. Um exemplo tornará mais clara essa definição de *casos idênticos*.

Um consumidor, que contratou a compra e venda de um eletrodoméstico com uma grande loja de departamentos, ajuíza uma demanda visando a declarar nula cláusula compromissória inserida nesse contrato, alegando a sua abusividade, pois considera que a inserção da mesma representa um desrespeito a sua condição vulnerável de consumidor. O magistrado, após analisar a demanda, entende que essa cláusula é válida, visto que atende a todos os seus requisitos, em especial aqueles previstos no art. 4º, § 2º da Lei 9.307/96, julgando o pedido improcedente.

Se por ventura entender-se que *casos idênticos* significa demandas que apresentam pretensão e fundamento jurídico semelhante, somente poderá aplicar-se a regra do art. 285-A se, em casos futuros, outros consumidores visarem à declaração de nulidade de cláusula compromissória, sob o mesmo fundamento jurídico (abusividade, nos termos acima descritos). Se a pretensão futura for diversa, embora lastreada no mesmo fundamento (nulidade da cláusula arbitral por abusividade), não se autoriza o emprego da técnica em discussão.

Essa interpretação mais restrita do termo *casos idênticos*, embora sustentável, devido à excepcionalidade da regra, veda o seu emprego em situações em que poderia, de forma segura e tranqüila, ser aplicada. Por isso, entendemos que a questão jurídica, independentemente da pretensão (pedido imediato) da qual decorra, é que necessita ser idêntica, o que autorizaria a utilização da técnica preconizada no art. 285-A, desde que a sua resolução fosse *fundamento suficiente* para a decretação do juízo de improcedência. Alguns exemplos podem ajudar a demonstrar a afirmação.

Em um concurso público para o preenchimento de vagas no judiciário, houve um aditamento do edital, implementado antes da realização da primeira fase, que mudou a nota de corte dos candidatos, tornando mais difícil passar para a se-

gunda fase. Por conta disso, o Ministério Público ajuizou demanda coletiva (para a proteção de direitos individuais homogêneos), cujo pedido era a anulação desse aditamento, devido à sua invalidade, já que tal alteração não poderia se realizar. Por outro turno, diversos candidatos impetraram mandados de segurança em que requeriam que, devido à alegada nulidade da alteração, que se deu após o início do certame, fossem habilitados a participar da segunda fase. Perceba-se que, nas duas situações, embora as pretensões dos demandantes sejam diversas, o seu motivo é a alegada nulidade do aditamento do edital. Em ambas, caso se considere válida a modificação, improcedentes serão os pedidos.

Será que em um caso como esse, embora sejam diversas as pretensões autorais, não se deve aplicar a norma do art. 285-A, uma vez firmado o precedente sob a *questio iuris* da validade do aditamento, que, se positiva, acarretará a improcedência de todos os diversos pleitos que tenham por fundamento tal vício do edital? Entendemos que sim, até mesmo para que se garanta um tratamento isonômico aos jurisdicionados que postulam coisas diversas com base no mesmo motivo jurídico.

Necessário também é tratar de uma possível inconstitucionalidade da norma, devido ao fato de autorizar julgamento de mérito sem o exercício, pelo réu, do contraditório. Não há que se falar nessa pecha, devendo-se interpretar a regra do contraditório de acordo com a sua inserção e finalidade no sistema processual.

Conforme ensina Bedaque, em lição referente aos pressupostos processuais⁷, mas que pode ser estendida às demais garantias processuais, diversas delas são voltadas, precipuamente, à proteção do interesse das partes. Mesmo sendo proteções processuais, criadas por meio de normas

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. 2005. p. 189-190.

de natureza pública, há, quanto a elas, certa dose de disponibilidade, já que seu intuito primeiro é a proteção do interesse dos litigantes. Quando tais proteções assim se definam, somente deve-se decretar a nulidade, em situações em que não foram empregadas, se a sua ausência causar prejuízo à parte que dela se beneficiaria.

Aplicando-se ao caso em tela a norma do art. 249, § 2º, é de se dizer que o magistrado somente deve decretar a nulidade caso não possa decidir a favor daquela parte a quem a regra protetiva visava a proteger. Esse raciocínio se enquadra perfeitamente no que diz respeito ao emprego da técnica do art. 285-A, visto que o réu, que não participou do contraditório, não sendo sequer citado, será beneficiado com o juízo de improcedência da pretensão autoral, em hipótese semelhante à do indeferimento liminar da petição inicial por prescrição ou decadência⁸.

Enfrentadas todas essas situações, resta discutir uma última, que corresponde justamente ao objetivo principal deste ensaio: a técnica de extinção liminar do processo, com julgamento de mérito, prevista no novel art. 285-A do CPC, somente pode ser aplicada nas demandas de competência originária do juízo singular ou pode ser utilizada para o julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais?

4 A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência dos tribunais

A aplicação da técnica de julgamento de extinção liminar do processo, com apreciação do mérito, prevista no art. 285-A do CPC, direciona-se, primordialmente, a

⁸ A instituição do art. 285-A, além dos efeitos práticos que dele se espera, pode contribuir para sepultar o entendimento de que o indeferimento da petição inicial, por prescrição ou decadência, é, na verdade, um juízo de carência de ação (falta de interesse processual), sem aptidão de gerar coisa julgada material.

finalizar demandas cuja competência originária seja do juiz singular.

Grande parte das técnicas de julgamento prescritas no Código de Processo Civil empregam linguagem que as remetem diretamente à utilização por parte do juiz singular devido ao fato de que os Tribunais julgam, com preponderância, recursos. Ou seja, o julgamento em primeiro grau é quantitativamente maior e mais visível nos juízos singulares, e o julgamento de recursos, nos tribunais.

Mas essa fisionomia genérica da partição de competências não empalidece a realidade de que os tribunais, por meio de regras previstas nas Constituições Estaduais e na Constituição Federal, possuem diversas competências originárias. Há diversas situações em que atuam, portanto, julgando como órgãos de 1º grau de jurisdição.

Quando ocorre tal situação, sempre surge a dúvida acerca do emprego, pelos órgãos colegiados, de regras que se destinam precipuamente ao juiz singular – que é quem exerce, com mais regularidade, o encargo de conhecer em primeiro lugar os conflitos de direito material.

Antes de ser inconciliável aplicar, às demandas de competência originária dos tribunais, regras procedimentais criadas, em especial, para regular a atuação do juiz singular, nas causas de sua competência originária, essa é uma possibilidade bem tranqüila.

Vários exemplos bem demonstram a aplicação de normas voltadas, a princípio, a regular situações processuais ante o juízo monocrático, mas que se aplicam aos tribunais: o emprego do termo *juiz*, que se dá em grande parte das normas jurídicas processuais que versam sobre poderes do julgador, possui interpretação extensiva, para que tais normas sejam aplicadas também em demandas de competência originária dos tribunais (ex.: art. 125; 126; 128; 130; 134; 135; 285 etc.). A seção III, do Capítulo I, do Título V do Livro I do CPC, que fala sobre

os *atos do juiz*, define que o acórdão é a decisão tomada pelos tribunais.

Theotônio Negrão afirma, em seus comentários ao CPC, que “Todavia, o CPC usa freqüentemente a expressão ‘sentença’ em sentido lato, significando decisão definitiva proferida em qualquer grau de jurisdição (isto é, ‘sentença’ ou acórdão), segundo a terminologia que perfilhou”⁹.

Dessa forma, a terminologia adotada pelo legislador, ao redigir o art. 285-A do CPC, de que nos ocupamos, não pode ser um empecilho ao seu emprego no julgamento de mandados de segurança de competência originária dos tribunais.

Nesse sentido, as expressões *juízo* e *sentença* não podem ser vistas como se fossem referências peremptórias ao emprego da técnica em estudo somente aos órgãos jurisdicionais monocráticos.

Juízo é signo que indica órgão jurisdicional, qualquer que seja ele. Em sede de tribunal, há vários órgãos jurisdicionais, como as câmaras cíveis e criminais isoladas; as câmaras cíveis e criminais reunidas; o tribunal pleno ou o órgão especial, dentre outros. Quando uma norma refere-se a *juízo*, não está a considerar, unicamente, aqueles singulares.

Quanto à *sentença*, as palavras de Theotônio Negrão já são suficientemente claras, não havendo mais necessidade de se comentar o tema.

Defender que *juízo* e *sentença* são palavras que inibiriam, por seu emprego, a extensão da aplicação do art. 285-A em sede de tribunal seria até mesmo um contra-senso em face da comum assertiva contrária. Assim sendo, afasta-se qualquer impedimento terminológico ou topológico que a norma possa ter, para fins de sua aplicação ao julgamento dos mandados de segurança de competência dos tribunais.

⁹ NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 265. Na nota 162: 3, podem ser vistos vários exemplos que ilustram a afirmativa feita pelo saudoso Theotônio Negrão.

Vencido esse tema, é importante asseverar que há vários pontos positivos que nos levam a considerar possível e útil o emprego dessa técnica aos mandados de segurança acima referidos.

Em primeiro lugar, é óbvio que a finalidade da técnica de julgamento em comento é abreviar o trâmite de demandas que discutam uma mesma tese jurídica já rechaçada pelo órgão julgador. O mandado de segurança é um dos mais profícuos campos para que ocorra a situação que o art. 285-A visa a resolver, já que costumam se repetir as espécies de conflito tuteladas por meio do *mandamus*, sejam relativas a lides entre particulares e Estado, sejam entre Estado e Estado, sejam entre particulares e particulares, esses últimos no exercício de função pública.

Tomando-se por verdade a assertiva acima, é justo que nos indaguemos sobre o seguinte problema: se a técnica do art. 285-A do CPC poderá ser aplicada ao julgamento dos mandados de segurança de competência do juiz singular, já que o CPC aplica-se subsidiariamente à Lei 1.533/51, por que a simples mutação da competência para seu processamento e julgamento (levando-a ao conhecimento do tribunal), impediria seu emprego? Por que magistrados mais experimentados e logisticamente melhor aparelhados, como o são os desembargadores, ministros dos tribunais superiores etc., não poderão se utilizar de uma regra, em julgamento colegiado, apta a ser empregada pelo juízo monocrático?

Não temos dúvidas em dizer que a técnica de extinção liminar do processo, com apreciação do mérito, preconizada no art. 285-A, por meio da qual se proferirá juízo de improcedência, sem a necessidade de instauração do contraditório, será muito mais segura se aplicada em sede de mandado de segurança de competência dos tribunais.

Diferentemente do que se dará nos juízos singulares, tal julgamento será efetivado por, no mínimo, 3 magistra-

dos (câmaras ou turmas isoladas), podendo-se pensar em seu emprego em julgamento de que participam, por exemplo, 21 magistrados (um mandado de segurança de competência do Tribunal Pleno do TJES terá esse *quorum* de julgamento) ou 25 julgadores (mandado de segurança de competência do Órgão Especial do TJSP). A segurança no uso da técnica será muito maior¹⁰. A discussão prévia ao estabelecimento do precedente será muito mais ampla do que a que se terá em juízo monocrático, pois, como o próprio nome já salienta, lá uma só cabeça decidirá.

Além do mais, o julgamento do mandado de segurança, nos termos do art. 285-A do CPC, pode se tornar técnica que cumprirá a função que o art. 557 do CPC desempenha em relação aos recursos, sem suas vicissitudes. Explica-se:

A finalidade da técnica impressa no art. 557, *caput* do CPC é agilizar o julgamento de recursos que enfeixem tese jurídica já decidida anteriormente, nos seguintes termos:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A. *omissis*

§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

¹⁰ Por meio do emprego da técnica do art. 285-A do CPC, aos mandados de segurança de competência dos tribunais, facilitar-se-á o uso de uma técnica administrativa de julgamento conhecida como "pauta temática". No TJES esse método foi introduzido por sugestão do Desembargador Jorge Góes Coutinho, hoje Presidente do sodalício, na época em que respondia pela Vice-Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça. Verificada a existência de múltiplos mandados de segurança cuja motivação jurídica seja a mesma, poder-se-á, sem demora, julgar o primeiro deles pelo modo convencional, agrupando-se todos os demais, caso o precedente seja de denegação da segurança, o que ajudará no esvaziamento das pautas e agilidade processual.

O problema é que tal julgamento se dá monocraticamente, o que excepciona a regra ou princípio do julgamento colegiado, fazendo nascer, para o sucumbente, o direito ao recurso de agravo interno, duplicando o trâmite decisório¹¹.

Esse é um problema que não afetará o julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos tribunais, caso se aplique a regra do art. 285-A, visto que será *colegiada* a decisão que refutar, de plano, a pretensão. Por isso dissemos que é uma técnica de funções assemelhadas àquela prevista no art. 557, sem seus desvios e desca-minhos.

Por último, caso o impetrante saia derrotado, será cabível o recurso ordinário constitucional, salvo na hipótese de mandados de segurança de competência do Supremo Tribunal Federal¹², aplicando-se à espécie a regra contida nos §§ 1º e 2º do art. 285-A, mudando o que for necessário (no § 1º, onde se lê apelação, leia-se recurso ordinário; nos §§ 1º e 2º, onde se lê sentença, leia-se acórdão).

Tais adaptações, já se mostrou acima, são inerentes à hermenêutica das normas processuais, não se constituindo em impedimentos à proposta apresentada, que tem o condão de conferir efetividade ao processo, sem prejuízo à tutela do direito material, o que é o desejo da moderna doutrina processual.

¹¹ Mais do que isso. Infelizmente é comum que, da decisão monocrática, oponham-se embargos de declaração, aos quais seguirá o recurso de agravo interno. Posteriormente, novos embargos de declaração, até que, finalmente, interponham-se os recursos especial e extraordinário. O que era para ser um meio de agilização do trâmite recursal torna-se mais um modo de procrastinação.

¹² Não faz sentido falar-se em recurso de decisões do plenário da mais alta corte do país, seja em que situação for.

5 Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. 2005. Tese. (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



2

PARECERES

2.1

CONVÊNIO PARA FINANCIAMENTO DE TELEFONIA FIXA COM RECURSOS ESTADUAIS

GABRIEL BOAVISTA LAENDER

PROCESSO: 32936125

PARECER PGE/SCA N.º 900/2006

ORIGEM: SECRETARIA DE ESTADO DE AGRICULTURA, ABASTECIMENTO, AQUICULTURA E PESCA

INTERESSADO: MUNICÍPIO DE ANCHIETA – ES

1 Da consulta

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Estado de Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – Seag, em que se submete a parecer minuta de convênio entre o Estado do Espírito Santo, na qualidade de concedente, e o Município de Anchieta, na qualidade de conveniente, cujo objeto é o repasse da concedente para a conveniente de recursos financeiros para a implantação de sistema de telefonia fixa comutada, acessos individuais e coletivos, em diversas comunidades do Município interessado.

Remetidos os autos a esta Subprocuradoria de Consultoria Administrativa, às fls. 73 a 75 foi emitido o Parecer PGE/SCA n.º 406/2006, de 21 de março de 2006, em que se sustentou, em síntese: (i) a ausência de competência do Estado e do Município para a prestação de serviços de telecomunicações e, por conseguinte, para ações que visem a sua universalização; (ii) a caracterização de locupletamento sem causa da concessionária local, na medida em que se valeria de infra-estrutura bancada pelo erário estadual para obtenção de lucro; (iii) a possível caracterização, no caso, de ofensa às metas de universalização da concessionária local, previstas no Plano Geral de Metas de Universalização – PGMU (Decreto Federal n.º 2.592/1998). Em face

disso, concluiu-se pela impossibilidade de celebração do convênio e pela notificação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e do Ministério Público para averiguação do eventual descumprimento do PGMU.

Remetido o parecer à chefia para aprovação, foram solicitadas novas informações ao órgão consulente, supridas na justificativa técnica às fls. 76 a 78. Neste documento, informa-se, primeiramente, que o convênio sob análise é parte do programa Voz no Campo, originado em 2003 a partir de uma iniciativa do Governo do Estado, por meio da Seag, em parceria com prefeituras municipais, a Telemar e Associações de Produtores Rurais. Explica-se que a parceria com a Telemar baseou-se no fato de essa ser a única operadora do Serviço de Telefonia Fixa Comutada – STFC a operar no Estado sob regime público, mediante concessão. Afirma-se, ainda, que a ampliação do uso da telefonia no Estado trará reflexos positivos na arrecadação de ICMS. Com relação à inclusão das localidades no PGMU, informa-se que as metas de universalização não atendem as localidades rurais beneficiadas pelo convênio, por se constituírem em minifúndios situados fora dos perímetros urbanos respectivos. Junta-se mapa à fl. 77 com relação de várias localidades em 63 municípios incluídos no programa Voz no Campo, a grande maioria já beneficiada.

Por fim, conclui-se: considerando que as propriedades rurais estão dispersas no território estadual e que a concessão federal não obriga a universalização dos serviços de telecomunicações para elas, não há outra alternativa senão a conjugação de esforços entre o poder público (Estado e Municípios), os agricultores e suas associações e a concessionária para a disponibilização destes serviços aos produtores rurais.

Sendo assim, resta esclarecido que as localidades em questão não se encontram beneficiadas pelo PGMU. Contudo, permanece o problema da competência do Estado e

dos Municípios para desempenhar as atividades objeto do convênio, e o da possibilidade de o serviço de telecomunicações resultante do convênio ser prestado pela Telemar, sem licitação.

2 Da competência estadual para implantar infra-estrutura de telecomunicações

Como afirmamos em nosso parecer anterior, a Constituição Federal é expressa em seu art. 21, XI, ao estabelecer como federal a competência para prestação de serviços de telecomunicações:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Não se trata aqui de competência concorrente, mas sim de exclusiva, conforme indica a interpretação histórica do dispositivo constitucional. No Brasil, como no resto do mundo, o regramento jurídico das telecomunicações seguiu inicialmente o dos transportes rodoviários e ferroviários. Nesse diapasão, no início se entendia municipal a competência para os serviços locais, estadual a competência para os serviços intermunicipais e federal a competência para os serviços interestaduais. Sobre o tema, a exposição de motivos da Lei Geral de Telecomunicações (E.M. n.º 231/MC) é esclarecedora:

No início da década de 1960, vigendo a Constituição de 1946, cabia à União, aos Estados e aos Municípios a exploração, de acordo com o seu âmbito, dos servi-

ços de telecomunicações, diretamente ou mediante a correspondente outorga.

[...] Havia então cerca de 1.200 empresas telefônicas no País, a grande maioria de médio e pequeno porte, sem nenhum compromisso com diretrizes comuns de desenvolvimento e de integração dos sistemas, o que representava grande obstrução ao bom desempenho do setor. [COLEÇÃO NORMATIVA DE TELECOMUNICAÇÕES. *Legislação de telecomunicações e correlata*. Brasília: Anatel, 2000. v. 1. p. 15]

Portanto, inicialmente a competência para prestação de serviços de telecomunicações era dividida entre Municípios, Estados e a União. Todavia, a partir de 1967 a competência para a prestação de serviço de telecomunicações passa a ser da União. A manutenção da competência federal na Constituição de 1988 torna clara a opção do Poder Constituinte pela continuidade da titularidade federal para as telecomunicações.

Como se sabe, a competência é requisito para o ato administrativo. Nesse caso, a definição da competência não é nem legal, mas constitucional. Assim como falece à União competência para desempenhar serviço público de transporte local, assim como não é o Poder Público federal apto a prestar serviço de saneamento básico em Estados e Municípios, não podem Estados e Municípios prestar serviços de telecomunicações. Desse modo, não é lícito quer ao Estado, quer ao Município interessado, desempenhar atividades características da prestação de serviço de telecomunicações.

Contudo, não é esse propriamente o caso dos autos. Esclarece o órgão consulente que a prestação dos serviços em si ficará a cargo da Telemar, concessionária federal, portanto detentora de delegação do Poder Público para tanto. Nesse ponto, vale referenciar o art. 60 da LGT:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Interpretando esse conceito, já tivemos a oportunidade de defender que implantar uma rede de telecomunicações não é a mesma coisa que ofertar serviço de telecomunicações:

Uma vez que a telecomunicação ocorre por meio da rede de telecomunicação, ofertar telecomunicação significa prover acesso a uma rede. A esse respeito, Pedro Gonçalves expõe que:

Importante nesse contexto compreender que o serviço prestado consiste em colocar ao dispor do interessado o acesso à rede de telecomunicações (*ligação à rede*), garantindo-lhe o uso efectivo dela – se não fosse evidente, teria interesse afirmar que a rede de telecomunicações faz por si só o transporte de informação. Em sentido rigoroso, o *serviço de telecomunicações* prestado pelo operador não tem por objecto o *transporte de informações* mas o *acesso a um sistema que, por si só, efectua esse transporte*. (1999, p. 15 – *grifamos*)

Nesse sentido, o *conjunto de atividades* a que se refere a lei deve ser entendido como aquele necessário ao estabelecimento de uma rede de telecomunicação. Todavia, a redação da LGT dá a entender que é o estabelecimento de uma rede o que constitui o serviço de telecomunicação (o que *possibilita a oferta*), e não o provimento de acesso à rede (a oferta em si de telecomunicação). O serviço de telecomunicação, entretanto, pode ser prestado tanto a alguém que queira oferecer o uso da rede de telecomunicações a outrem, quanto a quem

tem a necessidade imediata de se comunicar. Este caso, inclusive, é o mais comum e também o que possui maior relevância social. [...]

[...] Dessa forma, o mero estabelecimento de uma rede não significa prestar serviço de telecomunicação. Por esta razão, serviço de telecomunicação pode ser melhor definido como a atividade econômica de prover acesso a uma rede de telecomunicação. O acesso à rede engloba tanto a necessidade imediata de telecomunicação, como a de estabelecer uma outra rede. [LAENDER, Gabriel Boavista. *O regime jurídico das redes de telecomunicações e os serviços de telecomunicações*, pp. 215 e 216. In: ARANHA, Márcio Lório. *Direito das telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infra-estrutura das telecomunicações no Brasil*. Brasília: Getel, 2005. pp. 191 a 249]

Em sentido similar, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires defende:

A despeito da amplitude daquele conceito legal, entretanto, é indiscutível que exista um determinado conjunto de atividades e serviços que, seja em face de sua acessoriedade ou instrumentalidade em relação aos serviços de telecomunicações, seja em face da relação jurídico-contratual com que venham a ser providos, cabe distinguir dos serviços de telecomunicação propriamente ditos, a fim de que se lhes possa reconhecer um regime jurídico específico. Tal é a hipótese de mera construção ou instalação de uma rede de cabos de telecomunicações, ou da instalação e cessão a terceiros de uma linha de postes ou de dutos destinados ao suporte ou fixação das redes de cabos ou, ainda, a complexa atividade de lançamento de um satélite de telecomunicações que ocupará uma determinada posição na órbita terrestre. [*Direito das telecomunicações: a regulação para a competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 185]

Assim, é possível a implantação de infra-estrutura de telecomunicações sem que isso constitua serviço. Isso porque o serviço de telecomunicações se caracteriza pela oferta de telecomunicação. A telecomunicação, por sua vez, pressupõe transmissão de informações. A infra-estrutura inerte, sem a oferta de transmissão de informação alguma, não pode ser caracterizada como serviço. Tanto é assim que a LGT permite às concessionárias de serviços de telecomunicação o uso de infra-estrutura alheia, sem impor que essa infra-estrutura seja de uma prestadora autorizada ou concessionária de telecomunicações:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.

Aos dispositivos acima, soma-se o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (anexo à Resolução da Anatel n.º 73, de 1998), que permite não só o uso de bens privados, como de bens públicos, para a implantação de redes de telecomunicação:

Art. 62. A prestadora deverá pactuar diretamente com os titulares de bens públicos ou privados as condições

de uso da infra-estrutura necessária à prestação de seu serviço.

Assim, da mesma forma que se permite a um particular implantar infra-estrutura de telecomunicações e locá-la, inerte, a uma operadora, sem exigir-lhe autorização ou concessão de exploração de serviços de telecomunicações, pode o Poder Público estadual fazer o mesmo, cedendo gratuitamente o seu uso, no interesse de atender interesses locais. Por não se tratar de prestação de serviço de telecomunicação, não há invasão da competência federal, mas apenas exercício de competência remanescente, própria da esfera estadual. Nesse sentido, portanto, reconsideramos a opinião esposada no parecer anterior.

3 Do objeto do convênio e da necessidade de licitação

Conforme descrito no plano de trabalho às fls. 02 a 05, o convênio proposto tem por objeto:

Implantação de Sistema de Telefonia Fixa Comutada – Individual (Extensão de Rede) nas comunidades de Itaperoroma Alta, Córrego da Praia e Alto Joeba.

Implantação de Sistema de Telefonia Fixa Comutada – Coletiva nas Comunidades de Goembê, Olivânia, Simpatia e Dois Irmãos.

No parecer técnico às fls. 46 e 47, informa-se que serão beneficiárias dos acessos individuais cerca de duas mil pessoas, e dos acessos coletivos cerca de três mil e quinhentas pessoas. Todas as comunidades mencionadas estão no Município de Anchieta.

O custo total do projeto é de R\$ 592.026,00. Para sua conclusão, nos termos da minuta de convênio às fls. 65 a 70, metade dessa quantia seria transferida ao Município de Anchi-

eta, que aportaria a outra metade dos recursos e licitaria as obras necessárias à construção da infra-estrutura de suporte para a prestação do STFC nas comunidades mencionadas.

Segundo exposto no documento de fls. 76 a 78, embora não seja signatária do convênio, a Telemar, concessionária local de STFC, assumiria a infra-estrutura construída e, conectando-a à sua rede, prestaria o serviço em si aos usuários finais.

Apesar de se constituir cláusula obrigatória dos convênios do Estado, nos termos da Portaria AGE/Sefaz n.º 01-R, de 2006, não consta da minuta cláusula com a destinação dos bens, ao que não se sabe de quem será a propriedade da infra-estrutura a ser construída.

Em suma, temos o seguinte quadro: construir-se-á uma rede de telecomunicações licitada por um Município com recursos do Estado, a ser explorada sem ônus por uma empresa privada detentora de concessão federal, sem que se saiba quem desses três – Estado, Município ou Telemar – será o dono da rede.

Disso resultam três possíveis configurações jurídicas para o convênio:

- (i) o Estado repassará ao Município os recursos para a construção da rede, que, sem licitação, a cederá para a Telemar explorá-la economicamente;
- (ii) o Estado repassará ao Município os recursos para a construção da rede, mas ao final a rede será estadual, e será explorada economicamente pela Telemar, sem licitação;
- (iii) o Estado efetuará uma transferência de capital para o Município, que será, portanto, o dono da rede a ser construída, e essa rede municipal será explorada economicamente pela Telemar, sem licitação.

A primeira hipótese é ilegal e deve desde logo ser afastada. Isso porque, em primeiro lugar, a Telemar não é sig-

natária do convênio. Em segundo lugar, porque se trataria de doação sem respaldo legal, atentatória ao princípio da moralidade administrativa. As duas hipóteses seguintes – propriedade municipal ou estadual do bem – são também ilegais, porém não em virtude da propriedade dos bens, mas em virtude da cessão da infra-estrutura à Telemar para exploração dos serviços. Primeiramente, como já frisamos, a Telemar não é signatária do convênio. Além disso, há que se observar a limitação decorrente do art. 19 da Lei Federal n.º 4.320, de 1964:

Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

Trata-se de medida que alberga, sobretudo, o princípio da moralidade administrativa. Uma vez que a Telemar é empresa com fins lucrativos, não pode obter ajuda financeira do Estado. Na medida em que, sem ônus algum, há a cessão de um bem público – estadual ou municipal – a uma empresa privada, há condição análoga a de uma ajuda financeira. De modo a que se dê eficácia ao citado princípio da moralidade administrativa, bem como ao da isonomia, não há como se admitir que a infra-estrutura seja explorada pela Telemar sem prévia licitação.

No ponto, é necessário lembrar que hoje em dia o STFC é serviço livre à competição em todo o território nacional. Desta feita, qualquer prestadora que detivesse autorização ou concessão para atuar no Espírito Santo estaria apta a explorar a infra-estrutura a ser custeada pelo erário.

É, aliás, esse o entendimento do Tribunal de Contas da União. Com os recursos do Fundo de Universalização das Telecomunicações – Fust, buscou o Governo Federal a construção e a exploração de infra-estrutura destinada a servi-

ços não abrangidos pelas obrigações de universalização já existentes para as concessionárias. Ao tratar da matéria, a Corte de Contas federal entendeu que era ilícito restringir as licitações apenas às concessionárias de serviços de telecomunicação: era necessário que se facultasse a participação também às autorizadas – prestadoras em regime privado. Por sua importância, segue abaixo transcrição de parte de voto condutor do Ministro relator:

3.2.2.6 Uma análise restrita dos artigos da LGT e da Lei do Fust poderia dar o entendimento de que somente as concessionárias poderiam assumir obrigações de universalização, porém a interpretação sistemática, considerando outros artigos da própria LGT, à luz de princípios constitucionais, leva a conclusão diversa.

3.2.2.7 Os serviços de telecomunicações são organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o poder público atuar para propiciá-la. Assim dispõe a LGT:

Art. 6º. Os serviços de telecomunicações são organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o poder público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

[...]

3.2.2.9 Excluir, de plano, via edital, a possibilidade de participação das empresas permissionárias e autorizadas, implica afrontar a esses dispositivos.

3.2.2.10 Reforça-se esse raciocínio pela constatação de que, embora a LGT defina que as obrigações de universalização e continuidade devam ser prestadas pelas empresas do regime público, em nenhum de seus artigos a lei proíbe a assunção dessas obrigações pelas empresas do regime privado. Pelo contrário, há a

possibilidade de condicionar a expedição de autorizações à aceitação pelas empresas interessadas de compromissos de interesse da coletividade, que podem representar metas de universalização e continuidade, nos termos da lei:

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo Único. Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

3.2.2.11 As obrigações de universalização são das empresas que prestam serviços em regime público, mas a própria LGT prevê a possibilidade de as autorizadas serem obrigadas a assumir metas de universalização, não se podendo aceitar o entendimento de que essa mesma lei proíba a assunção dessas metas de maneira espontânea, na forma de um novo contrato.

3.2.2.14 Ainda, para enfatizar a importância da participação de empresas autorizadas na licitação em questão, atente-se que, apesar de o objetivo dos recursos do Fust estar relacionado ao cumprimento de obrigações de universalização, essas não são, necessariamente, um fardo para as concessionárias. Lembre-se que a própria Lei do Fust já determina que sua finalidade é cobrir as parcelas de custos que não podem ser recuperáveis com a exploração eficiente do serviço. Se determinada empresa, ao analisar um empreendimento, constata que tem a garantia de cobertura daqueles gastos que não seriam reembolsáveis com sua exploração, não correndo qualquer risco financeiro e, ainda, com possibilidades de vir a ter aumento no volume dos seus negócios em função da maior oferta de serviços,

é facilmente dedutível que conclua por sua viabilidade. Assim, é razoável se supor que a defendida abertura para a participação das autorizadas na licitação deva trazer aumento de competição a essa licitação, e, portanto, benefícios à sociedade. [Acórdão 1107/2003 – Plenário, Relator: Min. Humberto Guimarães Souto, publicado no DOU em 25/08/2003]

Dessa forma, quer se atribua a propriedade dos bens ao Município, quer se atribua a propriedade dos bens ao Estado, é imprescindível a licitação não apenas da construção da infra-estrutura, objeto do convênio, mas também da sua exploração.

O objeto da licitação, no caso, será bastante peculiar. De fato, a Administração não estará adquirindo um serviço, pois não é ela quem desfrutará dos serviços. Tampouco haverá pagamento da Administração pelo serviço. O serviço será remunerado pela exploração do bem público em questão. A licitação será, portanto, de uma concessão de uso de bem público. Deverá, assim, seguir os procedimentos previstos na Lei Federal n.º 8.987, de 1995.

Além disso, algumas cautelas se fazem necessárias. O projeto acostado aos autos prevê a instalação de rádio enlace. Há, por conseguinte, necessidade de uso de radiofrequência, o que pressupõe, nos termos do art. 163 da LGT, autorização expedida pela Anatel. Ainda nos termos da lei, a autorização de uso de radiofrequência é sempre associada a uma concessão, autorização ou permissão para prestação de serviços de telecomunicação. Desse modo, incumbirá à licitante vencedora obtê-la – e não ao Município ou ao Estado.

Tendo em vista que, por vezes, os equipamentos utilizados em um rádio enlace operam em determinada frequência, há que se ter o cuidado de optar por faixa em que ainda não haja autorizada no local, impondo-se à vencedora a obtenção da necessária autorização de uso junto à Anatel.

Alternativamente, pode-se impor à licitante vencedora a obrigação de instalar os equipamentos específicos para o(s) rádio(s) enlace(s), segundo autorização de uso de radiofrequência de que já disponha ou que venha a obter.

Além disso, a regulamentação atual não disciplina importante aspecto do uso de infra-estrutura alheia por prestadoras de telecomunicação: a afetação dos bens. Uma vez ativada a rede e ofertado o serviço de telecomunicação para a coletividade, os bens essenciais à prestação do serviço tornam-se afetados pelo interesse público e passam a se vincular ao serviço. Isso é verdadeiro para serviços prestados em regime público nos termos da LGT e, ainda que a lei assim não disponha, pode-se entender verdadeiro também para a prestação em regime privado, quando os bens utilizados se prestarem à universalização das telecomunicações.

No caso sob análise, apesar de termos concluído pela competência do Estado, no particular, para a aplicação de recursos na construção de redes de telecomunicação, não há como se negar que, uma vez ativada a rede e oferecido o serviço, haverá sobreposição a uma competência sabidamente federal: a universalização das telecomunicações. Ainda mais quando se trata do STFC, único serviço prestado em regime público. Na medida em que a partir da infraestrutura resultante do convênio for prestado STFC a quem antes não tinha acesso a esse serviço, estar-se-á universalizando esse mesmo serviço. Nesse sentido, vale consultar o já citado Regulamento dos Serviços de Telecomunicação:

Art. 44. O regime público de prestação dos serviços de telecomunicações caracteriza-se pela imposição de obrigações de universalização e de continuidade às prestadoras.

§1º. Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condi-

ção sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

Assim, mesmo que construída com recursos estaduais e municipais, a infra-estrutura em questão estará inegavelmente afetada a um regime público que não é estadual ou municipal, mas federal, pois diz respeito à universalização de um serviço também federal. É importante lembrar, como dito, que esse problema igualmente se verifica no âmbito privado – empresas que constroem estruturas inertes e as cedem a concessionárias de serviços de telecomunicações, também têm suas estruturas afetadas¹ e, portanto, são objeto da incidência de interesse público que, na atual repartição constitucional de competências, compete à União gerir e resguardar.

Por esse motivo, uma possível interpretação para o caso dos autos é a de que, uma vez iniciado o serviço, há involuntária transferência de capital para a União, uma vez que passarão os bens a serem afetados a uma finalidade pública de competência federal – ainda que, como visto, mera implantação desses bens e sua cessão para uso não configure a competência federal propriamente dita, que é a de prestar o serviço. Diante desse fato, é mais do que recomendável que seja firmado convênio com a União disciplinando a propriedade e a gestão dos bens, uma vez iniciado o serviço.

4 Conclusão

Por todo o exposto, reconsideramos nosso posicionamento anterior para opinar pela presença, no caso, de competência do Estado para o objeto do convênio, pelo funda-

¹ Lembre-se que o verbo *afetar*, no Direito Administrativo, tem sentido diverso do ordinário. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua afetação como a *preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial* (*Curso de direito administrativo*, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 805). Como ensina José dos Santos Carvalho Filho: *Se um bem está sendo utilizado para determinado fim público, seja diretamente do Estado, seja pelo uso dos indivíduos em geral, diz-se que está afetado a determinado fim público* (*Manual de direito administrativo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 854).

mento de que não se trata propriamente da prestação de serviço de telecomunicações, mas da mera implantação de infra-estrutura.

Em conseqüência, é possível a assinatura do convênio, desde que suprida cláusula que defina a propriedade dos bens resultante do convênio – que não poderá ser da Telemar. Tendo em vista a complexidade dos procedimentos a serem adotados e a recomendação de convênio com a União, sugere-se que a propriedade seja acometida ao Estado, não ao Município.

Além disso, a exploração da infra-estrutura resultante do convênio deverá também ser licitada, facultando-se a qualquer autorizada de STFC a participação no certame. Estar-se-á, no caso, licitando o uso de um bem público, cujo instrumento jurídico próprio para sua veiculação é um contrato de concessão de uso. Deverá ser observada, desse modo, a Lei Federal n.º 8.987, de 1995. O edital de licitação e o processo que o instruir deverão ser submetidos à PGE para nova análise, antes de deflagrada a fase externa do certame – salvo se a propriedade dos bens for atribuída ao Município, hipótese em que competirá ao órgão jurídico municipal opinar.

Esclareça-se que a licitação da concessão de uso não é impeditiva à imediata execução do convênio – isto é, não é necessário esperar a conclusão da licitação de concessão de uso para que se assine o convênio ou mesmo para que se dê início à construção da infra-estrutura de telecomunicações nele prevista. É imprescindível, contudo, que conste do plano de trabalho e se insira nas obrigações do concedente ou do conveniente – conforme se opte pela propriedade estadual ou municipal dos bens.

Finalmente, sugere-se a assinatura de convênio com a União para disciplinar a propriedade e a gestão dos bens afetados aos serviços de telecomunicação. Por se tratar de evento futuro, conseqüência do atual convênio, também se

cuida de requisito que não obsta a imediata assinatura do convênio e sua execução.

Embora não seja objeto da presente consulta, recomenda-se ainda a adoção de procedimentos similares para todas as redes de telecomunicação já instaladas com recursos do Estado, ou seja, (i) pela licitação da concessão de uso, e (ii) pela assinatura de convênio com a União disciplinando a gestão dos bens afetados. Nesse ponto, seria possível que a licitação englobasse todos os Municípios envolvidos, ou que fosse dividida em regiões, conforme melhor conviesse à Administração. Além disso, a destinação e a gestão de todos os bens poderiam ser objeto de apenas um convênio com a União.

No que concerne aos requisitos formais de instrução do processo, há plano de trabalho e cronograma de desembolso às fls. 02 a 05. Todavia, o cronograma de desembolso já não é mais exeqüível e deve ser atualizado.

Instrui o processo orçamento dos materiais e serviços envolvidos (em Olivânia, R\$ 26.813,00, fl. 22; em Dois Irmãos, R\$ 26.000,00, fl. 23; em Simpatia, R\$ 20.095,00, fl. 24; em Goembê, R\$ 19.735,00, fl. 25; em Itaperoroma Alta, R\$ 72.118,00, fl. 32; em Alto Joeba, R\$ 150.597,00, fl. 36; em Córrego da Prata, R\$ 106.067,00, fl. 41), perfazendo um total de R\$ 421.425,00. De se observar que nas fls. 61 e 65 se repetem os orçamentos de fls. 22 e 23. Há, logo, discrepância entre os orçamentos acostados ao processo e o valor do convênio, de R\$ 592.026,00. É necessário juntar aos autos documentação comprobatória do valor total.

Consta, ainda, declaração da contrapartida municipal à fl. 68, despacho com classificação e reserva orçamentária à fl. 45v e a declaração exigida pelo art. 16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal à fl. 71. Acostados às fls. 21 a 44 e 48 a 65, constam elementos que aparentemente constituem o indispensável projeto básico, condição que deve ser verificada por profissional da área competente.

Contudo, não consta dos autos comprovante de que os terrenos onde se realizarão as obras são de propriedade do Município ou do Estado. Isso deverá ser suprido por certidão do cartório de registro de imóveis competente para a região, ou então pela comprovada instituição de servidões administrativas nos locais em que se forem realizar as instalações. Ausente esse requisito, não poderá ser o convênio celebrado, pois se estará efetuando benfeitorias em imóveis particulares.

Sendo assim, opino pela aprovação do convênio, desde que atendidas as ressalvas contidas neste parecer. Seguem as recomendações de praxe quanto à necessidade de publicação de extrato do convênio, cientificação da Assembleia Legislativa do Estado e da Câmara Legislativa do Município, envio de cópia do pleito para a Secretaria da Casa Civil e, finalmente, remessa do processo à Auditoria-Geral para registro, controle e acompanhamento.

2.2

PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INADIMPLEMENTO DE PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE ATO CONCRETO DO FISCO PARA O RESTABELECIMENTO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTELECÇÃO CONJUGADA DOS ARTIGOS 151, VI E 174 DO CTN. PERDA DA EFICÁCIA DA SÚMULA 248 DO TFR.

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA

**PROCESSO: 28396448 – CDA 11711/03
ORIGEM: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
INTERESSADO: CALÇADOS ITAPUÃ S/A – CISA**

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PROCURADOR CHEFE
DA SUBPROCURADORIA FISCAL**

1 Relatório

A empresa “CALÇADOS ITAPUÃ S/A – CISA” postula o reconhecimento da prescrição de crédito tributário outrora objeto de acordo de parcelamento de débitos.

Como substrato fático ao acolhimento da sua pretensão, noticia o superveniente inadimplemento do parcelamento, fato que, não obstante a anterior interrupção do prazo prescricional (propiciada pelo parcelamento), teria feito retomar o fluxo do interregno preclusivo.

Enfatiza, ainda, que entre o inadimplemento e a data da inscrição do crédito em dívida ativa passaram-se mais de cinco anos, ocorrendo, pelo decurso do quinquênio legal, a prescrição do débito cobrado.

Eis o breve relatório da questão submetida à análise administrativa.

2 Fundamentação

Cumpra-se fixar, de antemão, que o requerimento formulado extrapola ao âmbito da simples verificação (ou não) da prescrição do crédito tributário, que será tratada em tópico próprio.

Com efeito, é antecedente a essa discussão a investigação acerca da viabilidade jurídica do reconhecimento da prescrição afirmada nesta sede administrativa, com a consequente determinação do arquivamento do procedimento administrativo, sobretudo porque, às claras, o acolhimento de semelhante pleito terá o condão de preordenar a abstenção desta Procuradoria quanto ao ajuizamento de ação executiva.

2.1 *Sobre a viabilidade do conhecimento administrativo da providência requerida*

2.1.1 *Restrições impostas pelo Regime Jurídico Administrativo à avaliação do requerimento*

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando trata do Regime Jurídico Administrativo, salienta a existência de dois princípios fundamentais, por ele denominados “fundamentos” deste mesmo Regime, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Do primeiro princípio, a supremacia do interesse público sobre o privado, extraem-se, como conseqüências, a *posição privilegiada* do órgão estatal encarregado de zelar pelo interesse público nas relações estabelecidas entre Estado e cidadão e a *posição de supremacia* deste mesmo órgão em face daquelas mesmas relações.

Da posição privilegiada decorrem as chamadas prerrogativas estabelecidas em favor do Estado, as quais, por sua vez, fundamentam-se justamente na constatação de que,

em relações jurídicas de direito público, Administração e administrado não são “iguais”, nem em direitos, nem em obrigações. São bastante esclarecedoras a esse respeito as ponderações tecidas pela professora REGINA HELENA COSTA em artigo publicado na obra “Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo”. Nas suas palavras:

Tal regime jurídico estabelece um desequilíbrio na relação de direito público, entre o Poder Público e o particular. *Diversamente das relações de direito privado, em que se observa um equilíbrio entre as partes justamente porque ambas são particulares e, iguais, as partes, nas relações de direito público, não são iguais.*

[...]

Diante dessa desigualdade, o regime jurídico de direito público busca conferir à Administração certas prerrogativas, mas lhe impõe também, em contrapartida, sujeições. Se pudesse definir, em poucas palavras, o que é o regime jurídico de direito público, afirmaria que é aquele *regime jurídico que outorga prerrogativas à Administração, ao mesmo tempo em que lhe impõe sujeições ou limitações*¹.

Note-se da doutrina que o Regime Jurídico Administrativo, ao passo que estabelece prerrogativas em favor da Administração² (bônus), também impõe ao ente público sujeições e limitações (ônus).

Por sua vez, o princípio da supremacia fixa que, no conflito de interesses entre Administração e administrado, prevalece o primeiro, desde que ele, evidentemente, traduza um interesse público.

Cabe abrir, aqui, um parêntese.

¹ 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. p. 80-81.

² Que, reitera-se, são perfeitamente justificáveis, inclusive em face do princípio da isonomia.

O princípio somente é aplicável às hipóteses em que o Estado defende aqueles “interesses” que na classificação de RENATO ALESSI podem ser considerados “primários”, ou seja, interesses da própria coletividade, e não exclusivamente do Governo ou da burocracia estatal. Para o insigne administrativista italiano é interesse primário da Administração o interesse do Estado (e, por conseguinte, da coletividade) na observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos³.

Ocorre que consoante posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário, o interesse da Administração em contrapor-se à pretensão do particular ao afastamento da cobrança fiscal (como ocorre no caso versado), por não traduzir interesse geral (ou coletivo), não estaria apto, *prima facie*, a integrar o rol dos chamados interesses primários do Estado, o que afasta, por conseguinte, a posição de supremacia do ente estatal.

Entretanto, há um outro aspecto dessa peculiar relação jurídica que não pode ser olvidado. É que, ainda que o interesse da Administração em resistir à pretensão mencionada não integre, em princípio, o chamado interesse público primário, há, por trás dessa “resistência”, um outro interesse que indubitavelmente ostenta esse *status* (de interesse “primário”), consubstanciado no direito de toda a coletividade à correta e transparente gestão da coisa pública.

Em súmula: ainda que em casos como o presente o interesse do Fisco na cobrança não pudesse se sobrepor absolutamente ao interesse do particular (no caso o contribuinte), o interesse do Estado (que é também um interesse da sociedade) à pormenorizada verificação da existência (ou inexistência) do crédito fiscal não pode ser desprezado enquanto faceta do interesse público.

³ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960. p.197; *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33.

Daí a pertinência da indagação formulada neste tópico, qual seja: *o Administrador, verificando a prescrição do crédito tributário e atento à pretensão do requerente, estaria autorizado a atendê-la, determinando, até mesmo em prejuízo do ajuizamento da execução fiscal, o arquivamento do procedimento administrativo?*

A resposta a esse questionamento está no *direito positivo*.

Como visto, o regime jurídico administrativo confere respaldo ao interesse do Estado à pormenorizada verificação da persistência da dívida fiscal, afastando qualquer carga de discricionariedade da atuação estatal. Quanto a esse particular, não sobeja recordar que a definição de tributo promovida pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional prevê sua cobrança mediante atuação administrativa plenamente vinculada, regra que se estabelece não apenas em favor do contribuinte, mas, também, para a proteção do Erário.

A decisão administrativa pretendida (afeta, *ultima ratio*, à “disposição” sobre a ação fiscal) não encerra juízo discricionário, a ser exercido apenas com fundamento na (1) oportunidade do reconhecimento da prescrição ou, menos ainda, na (2) inconveniência do prosseguimento do procedimento fiscal.

O fato é que, no campo da proteção ao interesse (primário) do Estado à correta e transparente gestão da coisa pública, a principal salvaguarda que se desenvolveu foi a vinculação da Administração (e de seus agentes) à lei. Por sua vez, essa “vinculação” decorre de orientação principiológica que tem por pressuposto fundamental (e inarredável) a noção de que o interesse público é indisponível. Na lição de BANDEIRA DE MELLO:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os

representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhes incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

*As pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na sua esfera) em sua manifestação legislativa*⁴. (*Destaques pessoais*).

Na verdade, o princípio da legalidade estrita é consecutório lógico da indisponibilidade do interesse público, e a ela se conjuga, integrando-a. É em razão da indisponibilidade do interesse público que, no que tange à Administração Pública e seus agentes, o princípio da legalidade converte-se em legalidade estrita, de forma que, enquanto que o cidadão comum não será obrigado a fazer ou deixar de fazer 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. Nesse sentido, CARLOS ARY SUNDFELD, um dos mais notáveis publicistas pátrios. *In verbis*:

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

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. p. 34.

isso, os agentes administrativos não dispõem de liberdade – existem somente para os indivíduos considerados como tais –, mas de competências, hauridas e limitadas pela lei⁵. (Destaques pessoais).

Por tal premissa, *apenas quando a lei permite e, mais ainda, somente dentro dos limites do que ela permite*, é que o Administrador poderá agir.

Destarte, retomando a consulta proposta, *apenas se a lei permitir é que poderá o Estado* (na pessoa de seus Procuradores) *reconhecer administrativamente a aventada prescrição de crédito tributário*. O permissivo, evidentemente, para ser eficaz, deve comportar expressa autorização normativa à disposição administrativa sobre o crédito, não tendo essa eficácia vinculativa as prescrições abstratas contidas nos artigos 156, V e 174 do Código Tributário Nacional, invocadas pelo requerente na preambular do presente procedimento administrativo.

Se isso não bastasse, dada a irrestrita vinculação do Administrador à lei, havendo disposição legislativa a autorizar o reconhecimento administrativo da prescrição (ou a disposição sobre a pertinência jurídica do não-ajuizamento da execução fiscal), caberá a ele atuar em absoluta observância aos exatos contornos do permissivo legal.

Essas são as limitações impostas pelo Regime Jurídico Administrativo à avaliação do presente requerimento.

2.1.2 Regramento do tema pela Lei Complementar 88/96

O Estatuto da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (LC 88/96) veicula o necessário permissivo legal. Colhe-se de seu artigo 6º, XIV, “a”, dentre as responsabili-

⁵ SUNDFELD, Carlos Ary. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 159.

dades e prerrogativas do Procurador Geral, expressa autorização normativa à não-propositura de ações judiciais, dentre elas a ação para a cobrança da dívida fiscal. Eis a dicção literal do preceito:

Art. 6º - São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado:

XIV - *autorizar*, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário:

a) a *não propositura* ou a desistência de ações ou medidas judiciais, especialmente quando o valor do benefício não justifique a lide ou, *quando do exame da prova ou da situação jurídica, se evidenciar improbabilidade de resultado favorável. (Destques pessoais).*

Esse dispositivo abrange reflexamente a pretensão externada no presente requerimento, já que o reconhecimento administrativo da prescrição é providência mediata ao ato de “disposição” quanto à pertinência jurídica do ajuizamento da ação de cobrança. Com efeito, no caso, a prescrição do crédito é matéria de fundo (“fundamento”) ao afastamento daquele que seria o próximo “passo” a ser dado pela Administração na recuperação do seu crédito, qual seja: o ajuizamento da ação de execução fiscal. Afinal, quem pode o mais pode o menos.

Todavia, como explicitado, o Regime Jurídico Administrativo orienta a máxima atenção aos exatos contornos do permissivo. Cumpre então analisá-lo pormenorizadamente, em seus aspectos formal e material.

(a) Aspecto formal:

Do ponto de vista da “forma”, o atendimento à pretensão administrativa articulada, demanda, nos termos da lei:

- (1) provocação do Procurador do Estado vinculado ao feito;
- (2) referendo do Sr. Procurador Chefe (no caso, da SPFI);
- (3) manifestação da Sra. Procuradora Geral do Estado.

Tomadas essas providências, o requerimento estará apto a ser conhecido, podendo o Estado, na pessoa da sua Procuradora Geral, atender (ou não) ao pleito formulado.

(b) Aspecto material:

Mas há de se destacar, também, o elemento material da análise a ser empreendida por esta Procuradoria.

A lei apenas autoriza “a *não propositura* ou a desistência de ações ou medidas judiciais” quando “o valor do benefício não justifique a lide ou, *quando do exame da prova ou da situação jurídica, se evidenciar improbabilidade de resultado favorável*”.

Assim, do que sobressai do dispositivo, afora a hipótese de valor insignificante (que não se aplica ao presente caso), somente quando a tese do Estado não comportar defesa admissível é que se justificará a “disposição” sobre o direito de ação, devendo ficar claro que, na pendência de razoável dúvida jurídica quanto a pertinência da pretensão articulada pela parte *ex-adversa*, não resta outra alternativa ao Estado, notadamente tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público, que não o manejo da ação judicial pertinente.

É o que se dá na hipótese concreta, visto que, como se terá oportunidade de demonstrar adiante, o crédito questio-

nado não se encontra prescrito; ou, quando menos, a prescrição aventada é questionável.

2.2 Da inexistência de óbices ao prosseguimento do executivo fiscal

O parcelamento foi deferido à requerente pelas autoridades fiscais do Estado, ou seja, verificou-se ainda antes do ajuizamento da ação executiva. Deferida a benesse fiscal, o lançamento que corporificou a anterior constituição do crédito tributário teve suspensos os seus efeitos, haja vista o adimplemento administrativo das parcelas mensais devidas.

O fato é que o parcelamento do crédito tributário gera duas conseqüências práticas para o contribuinte, à luz do ordenamento pátrio:

De um lado, desde que instruído por denúncia espontânea do débito, ele ocasiona a interrupção do prazo prescricional. Com efeito, a denúncia espontânea traduz hipótese de ato extrajudicial que importa em inequívoco reconhecimento do débito pelo devedor, descrita pelo inciso IV, do parágrafo único, do artigo 174, do Código Tributário Nacional, como causa de interrupção da prescrição. Eis a dicção literal do dispositivo:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

[...]

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Veja-se, a esse respeito, o seguinte julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO. INADIMPLEMENTO. PRESCRIÇÃO DA COBRANÇA DO DÉBITO REMANESCENTE. INEXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, IV DO CTN. CDA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE. NULIDADE NÃO DEMONSTRADA.

- *O parcelamento tributário* (ato inequívoco que importa no reconhecimento do débito pelo devedor) é *causa interruptiva da prescrição*. Inteligência do art. 174, parágrafo único, inciso IV, do CTN (Precedente da Turma: AC 171463/PB, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. em 20.05.2004, DJU 05.07.2004).
- Para desconstituição de CDA, há de se exigir prova inequívoca do alegado, pelo que meras afirmações abstratas sem prova contundente não são capazes de elidir a presunção de legalidade do ato administrativo-fiscal.
- Apelação desprovida. (*Destaques pessoais*).

(TRIBUNAL – QUINTA REGIÃO. Classe: AC – Apelação Cível – 345742. Processo: 200281000030173 UF: CE Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 24/02/2005 Documento: TRF500092964. Fonte DJ - Data: 14/03/2005 - Página: 689 - N.º: 49. Relator(a) Desembargador Federal Francisco Wildo. Data Publicação 14/03/2005).

A outra consequência é a suspensão da exigibilidade do crédito, prevista no artigo 151, VI do mesmo diploma legal. *In verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o *parcelamento*. (*Destaques pessoais*).

Quadra esclarecer, de antemão, que, não obstante a existência, no Estado do Espírito Santo, de Código Tributário Estadual (Lei n.º 2.964/74), o Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/66) é perfeitamente aplicável ao caso versado.

Em primeiro lugar porque o diploma tributário estadual, no tópico destinado às “Disposições Transitórias e Finais”, consigna expressa ressalva neste sentido, *verbis*:

Art. 202 – Consideram-se incorporados à Legislação Tributária Estadual, naquilo que forem aplicáveis, os preceitos contidos na *Lei Federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966*, Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, Decreto-lei n.º 834, de 08 de setembro de 1969, e as demais normas da legislação a que se referem o § 1º do artigo 18 e § 2º do artigo 19 da *Constituição Federal* (Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969). (*Destaques pessoais*).

Demais disso, a Constituição da República estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito tributário (CRFB, art. 24, I). Nesta seara, os limites da competência normativa de cada ente federativo estão postos nos parágrafos do dispositivo, notadamente em seu parágrafo 1º, donde se extrai que, no âmbito da legislação concorrente, cumpre à União, no campo tributário, fixar as chamadas normas gerais de direito tributário, consoante se extrai, também, do artigo 146, III da Carta Política. Esses dispositivos constitucionais, aliás, substituem, no sistema atual, o § 1º do artigo 18 e o § 2º

do artigo 19 da Constituição de 1967, referenciados pela norma estadual supra-enunciada.

Por sua vez, as matérias tratadas pelos artigos 174, IV e 151, VI do CTN, que regem, respectivamente, a interrupção do prazo prescricional e a suspensão da exigibilidade do crédito em hipóteses de parcelamento, ostentam o nítido *status* de normas tributárias gerais. Sobretudo porque uma dessas “conseqüências” é justamente a sustação do fluxo do prazo de prescrição, instituto que se desponta dentre os eventos elencados pelo constituinte originário quando da explicitação do que seriam as chamadas “normas gerais em matéria tributária” (CRFB, art. 146, III, “b”).

Isso não bastasse, o Código Tributário Estadual, em estrita observância aos limites de competência estabelecidos no sistema constitucional, não trata, em seus artigos, de causas interruptivas da prescrição ou suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, deixando espaço para a aplicação do CTN.

Tecidas essas considerações, não restam dúvidas de que o regramento geral de âmbito federal atinge, inequivocamente, o trato das relações tributárias de âmbito estadual.

Pois bem. Com a adesão do contribuinte ao parcelamento, o que ocorreu em *junho de 1994*, implementaram-se ambas as conseqüências jurídicas citadas. Com efeito, desde aquele evento o crédito executado encontra-se com a exigibilidade suspensa (CTN, art. 151, VI) e com o prazo prescricional interrompido (CTN, art. 174, parágrafo único, IV).

Contudo, a situação de fato se altera a partir de *agosto de 1998*, ocasião em que se dá o inadimplemento de prestações do parcelamento.

Diante dessa circunstância, importa perquirir se, a partir do inadimplemento, opera-se, de imediato, a reversão das duas conseqüências jurídicas citadas, isto é, se a partir de então se verifica (1) a restauração da exigibilidade do crédito tributário e, ainda, (2) o reinício da contagem do prazo prescricional outrora interrompido.

A requerente sustenta que sim. E o faz com supedâneo na Súmula 248 do Tribunal Federal de Recursos, que tem a seguinte redação:

Súmula n.º 248 – O prazo de prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado.

Data venia, o referido verbete não tem aplicação ao caso concreto. Trata-se, com efeito, de enunciado bastante antigo, fixado ainda sob a égide do sistema constitucional préterito e por uma Corte extinta há quase duas décadas. Isso não bastasse, seu conteúdo foi profundamente afetado por alteração normativa superveniente, promovida pela Lei Complementar n.º 104/2001, peculiaridade que o torna absolutamente ineficaz a regular a prescrição do crédito objeto do presente requerimento administrativo.

(a) *Da não verificação dos pressupostos formadores da prescrição, preordenada pela suspensão da exigibilidade do crédito, decorrente da concessão do parcelamento ao contribuinte:*

A propósito, deve-se atentar, de antemão, para a equivalência das providências adotadas pelos artigos 151, VI e 174, parágrafo único, IV do Código Tributário Nacional. A primeira delas beneficia o contribuinte, pois impede que o Fisco lhe imponha sanções de qualquer ordem estando em curso acordo de parcelamento; a outra, por sua vez, beneficia o Estado, na medida em que obvia a fruição do prazo prescricional no interregno deste mesmo evento (o parcelamento).

Essas normas se complementam. Mas não é só isso. A primeira delas, insculpida no artigo 151 do Código, se não “contém” a segunda, quando menos tem o condão de propiciar, com sua eficácia, a mesmo efeito determinado pela outra (CTN, art. 174, parágrafo único, IV).

É que, com efeito, sequer se poderia falar, a rigor, em curso do prazo prescricional quando, por disposição legal expressa, a exigibilidade da dívida cuja prescrição se investiga encontra-se suspensa.

Vejamos:

O instituto da prescrição representa medida de ordem pública, que tem por finalidade extinguir as ações, e por justificativa impedir que a instabilidade do Direito se perpetue, com sacrifício da harmonia social. Sem reboços, a prescrição atua sobre *ação ajuizável*, impedindo que a *inércia do titular* cause abalo à segurança jurídica. Ela encerra, enquanto instituto, uma cláusula preclusiva, cuja eficácia é justamente a de impedir o ajuizamento da ação ou, caso ela já tenha sido proposta, de extinguir essa mesma ação.

São, pois, de duas ordens os pressupostos da prescrição, a saber: (1) o nascimento da ação (ou necessidade e possibilidade do recurso a ela) e (2) a inércia do titular deste direito de ação.

No caso versado, dada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, propiciada pelo artigo 151, VI do CTN, o Estado torna-se, por esta circunstância (a suspensão da exigibilidade do crédito), carecedor de ação para manejo da execução fiscal.

Não sobeja lembrar, a esse respeito, que as demandas executivas pressupõem a existência de título líquido, certo e exigível, consoante se colhe do artigo 586 do Código de Processo Civil. Nas execuções fiscais, este título é justamente a Certidão de Dívida Ativa (CPC, art. 585, VI) que, embora constituída unilateralmente pela Fazenda Pública, também deve atender às exigências do supra-referenciado art. 586 do *codex* processual, sobretudo no que pertine à exigibilidade do crédito⁶.

⁶ A certeza e liquidez lhe são presumidas, por força do que dispõe o artigo 204 do CTN (Art. 204 - A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída) e, ainda, em razão da presunção *juris tantum*, de veracidade que milita em favor dos atos administrativos.

O fato é que, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito (tendo em vista a existência de parcelamento deferido em sede administrativa), torna-se inviável o ajuizamento da pretensão executiva, justamente porque falta requisito indispensável ao título executivo que serve de lastro a essa mesma execução, qual seja: a exigibilidade.

Neste sentido, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, relatoriado pelo Ministro LUIZ FUX:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO. IMPOSSIBILIDADE ANTE A EXISTÊNCIA DE CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REFIS. EXCLUSÃO. COMPETÊNCIA. COMITÊ GESTOR DO PROGRAMA. ÔNUS DA PROVA.

- 1 O art. 5º da Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, dispõe que a competência para determinar a exclusão do contribuinte é do Comitê Gestor do Programa.
- 2 O deferimento administrativo do parcelamento do débito tributário é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, considerado o termo *a quo* o momento em que é homologada a inclusão do contribuinte no Programa de Recuperação Fiscal.
- 3 *A suspensão da exigibilidade obsta Fazenda de promover Execução Fiscal para sua cobrança.*
- 4 Deveras, descumpridas as regras previstas na legislação de regência, o contribuinte fica sujeito a exclusão do Programa, a cargo do Comitê Gestor do REFIS, facultando-se, a partir de então, à Fazenda ajuizar Executivo Fiscal em face do contribuinte.
- 5 Recurso Especial desprovido.

(Destaques pessoais).

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 608149. Processo: 200302068949 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 09/11/2004 Documento: STJ000580480. Fonte DJ DATA: 29/11/2004 PÁGINA: 244. Relator(a) LUIZ FUX).

Em suma: enquanto perdurar a suspensão da exigibilidade do crédito o Estado não tem ação para cobrá-lo judicialmente; e, se não é possível a ação, não haverá que se falar, outrossim, em inércia sua e, portanto, em prescrição.

(b) Dies a quo do prazo prescricional:

Colocada essa premissa, cumpre indagar qual o momento exato em que a exigibilidade do crédito é recobrada, já que, por tal premissa, é nele que se fixa o *dies a quo* do fluxo do prazo prescricional.

O Código Tributário Estadual, em seu artigo 82, parágrafo único, pr'evia, diante do inadimplemento, a rescisão automática do termo de acordo de parcelamento, independentemente de qualquer ato da autoridade fazendária. Ocorre que o legislador estadual promoveu a derrogação tácita e parcial do dispositivo, quando da edição da Lei Estadual n.º 7.000, mais precisamente em seu artigo 80, parágrafo único:

Art. 80 - O parcelamento será concedido mediante termo de acordo e atenderá aos critérios, forma e competência para sua concessão estabelecidos no Regulamento.

Parágrafo único. O termo de acordo será automaticamente rescindido, independentemente de qualquer ato da autoridade fazendária, quando ocorrer falta de pagamento de três parcelas consecutivas, *sendo o respectivo débito imediatamente inscrito em dívida ativa. (Destques pessoais).*

O novo preceito, conquanto também positive a rescisão automática do parcelamento, prevê a inscrição do débito remanescente em dívida ativa.

Do que sobressai do dispositivo, inadimplido o parcelamento (o que se dá pelo não pagamento da terceira parcela consecutiva), rescinde-se, de imediato, o “acordo”, independentemente de qualquer ato da autoridade fazendária. Essa circunstância, entretanto, não é suficiente, conforme a letra da lei, a recobrar a exigibilidade do crédito tributário, não justificando, por conseqüência, o prosseguimento da execução e a retomada do fluxo do prazo prescricional.

Com efeito, é extremamente relevante, no particular, a determinação, contida na parte final do preceito enunciado, no sentido da inscrição do crédito remanescente em dívida ativa.

Note-se que o que a lei determina é a substituição de um título por outro, providência a cuja realização fica condicionado o prosseguimento da execução.

A imposição normativa é óbvia e, na verdade, sequer precisava estar positivada em texto legal. A rescisão do parcelamento, se não instruída por ato administrativo que corporificasse a inscrição do débito remanescente em dívida ativa, teria como conseqüência imediata o prosseguimento da execução pela totalidade da dívida. Não é demais lembrar que a liquidez do crédito, embora presumida nas execuções fiscais (CTN, art. 204), deve estar consignada no título, ou seja, na CDA.

Destaque-se, ainda, que a lei, embora determine a imediata realização dessa providência, não comina sanção de qualquer natureza para o caso de mora da Administração Pública. Nesse campo, eventuais penalidades disciplinares poderão ser aplicadas aos agentes que preordenaram a demora ou, quando muito, o Estado poderá ser chamado, desde que verificado dano mensurável, a indenizar o contribuinte prejudicado.

Mas as conseqüências jurídicas dessa “demora” não se estendem além disso.

A propósito, não se pode perder de vista que a inércia perquirida como requisito à configuração da prescrição assenta-se pontualmente sobre o exercício do direito de ação. Por sua vez, a suposta demora do Estado em promover a nova inscrição do crédito nada tem a ver com o exercício desse direito (de ação), já que a retomada da exigibilidade do crédito (reitere-se) encontra-se condicionada (pela lei e, como se verá adiante, pela Jurisprudência do STJ) ao atendimento a essa formalidade específica (a inscrição do crédito remanescente em dívida ativa). Quadra observar, outrossim, que o título originário, haja vista o pagamento de algumas das prestações do parcelamento, não mais ostenta a perfeita quantificação da dívida, o que lhe prejudica também a liquidez, que é outro dos requisitos indispensáveis ao ajuizamento da ação executiva.

Ipsa facto, a possível mora do Estado quanto à inscrição do crédito remanescente em dívida ativa, embora censurável, não preordena, sobretudo à míngua de expressa previsão normativa neste sentido, em qualquer medida, a prescrição do crédito. Qualquer ponderação em sentido contrário passaria pela mais completa subversão dos pressupostos processuais da ação executiva e, mais ainda, do instituto da prescrição.

Não se olvida que é exatamente dessa demora que decorre a inexecutibilidade do título, à míngua de exigibilidade e liquidez do título. Mas nem mesmo essa peculiaridade do caso concreto autoriza o fluxo do prazo prescricional antes de adotada a providência citada. Afinal, como já explicitado, a inércia da Administração quanto a esse particular não assume conotação semelhante àquela outra imposta como requisito à configuração da prescrição, que (reitere-se) se assenta na “demora” quanto ao exercício do direito de ação. Já a mora em discussão dirige-se à constitui-

ção de requisito prévio à exigibilidade do crédito e, por tal circunstância, apenas seria juridicamente relevante, sob o ponto de vista da eficácia preclusiva, se fosse válida a premissa de que o ato de inscrição do crédito remanescente em dívida ativa traduzisse nova constituição do crédito tributário.

A premissa não se confirma. A lei tributária, com respaldo na Jurisprudência uníssona dos tribunais pátrios, fixa a constituição do crédito a partir do lançamento, e não da sua inscrição em dívida ativa. Contudo, ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que se pudesse atribuir à inscrição do crédito remanescente conotação semelhante à do lançamento, a “inércia” aventada não preordenaria o fluxo de prazo prescricional, ocorrendo, nesta hipótese, quando muito, a decadência. E a prevalecer essa tese, o Estado passaria a dispor de prazo não inferior a 5 (cinco) anos para proceder a inscrição do crédito remanescente, interregno mais do que observado no caso concreto.

Em suma: a exigibilidade do crédito tributário, que fora suspensa, ao tempo do parcelamento, por força do artigo 151, VI do CTN, mantém-se “em suspenso”, conforme imposição da parte final do parágrafo único do artigo 80 da Lei Estadual 7.000, até que se proceda à inscrição do crédito remanescente em dívida ativa.

Mais ainda: tendo em vista a suspensão da exigibilidade do crédito (e enquanto perdurar a suspensão da exigibilidade do crédito), a regra preclusiva simplesmente não incide.

(c) Da avaliação do caso sob o enfoque do direito intertemporal:

Como demonstrado no tópico anterior, a regra jurídica insculpida no artigo 151, VI do Código Tributário Nacional, esvazia por completo aquela outra tipificada no artigo 174, parágrafo único, IV deste mesmo diploma legal.

Na verdade, tais disposições apenas coexistem no sistema por descuido do legislador e, também, porque a prescrição normativa que prevê a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em caso de parcelamento somente veio ao Código em momento posterior à sua edição: *o inciso VI, do artigo 151 do CTN tem redação dada pela LC 104/2001.*

Cabe indagar, então, se essa regra jurídica incidiria sobre o caso concreto, já que o inadimplemento do parcelamento deu-se *no ano de 1998*, ou seja, ainda antes da publicação e vigência da *novatio legis*.

A resposta a esse questionamento é evidentemente afirmativa.

Não faz o menor sentido que o Fisco, por acordo, de um lado permita que o contribuinte pague um tributo de forma parcelada e, de outro, reserve-se ao direito de cobrar dele, a qualquer momento, a integralidade do crédito parcelado. *Ipsa facto*, a norma contida no artigo 151, VI do CTN, que (reitere-se) veio ao Código por alteração promovida pela LC 104/2001, nada mais faz que positivizar o óbvio, restringindo, por preceito positivo, aquilo que sempre fora pragmaticamente inadmissível.

Trata-se, com efeito, de disposição eminentemente procedimental; e as regras procedimentais, uma vez que compreendem apenas o *modus operandi* da Administração, não encerrando matérias relativas ao direito material, aplicam-se de imediato a todo e qualquer período de tempo, salvo disposição em contrário. Isso não bastasse, nela não reside qualquer restrição a direito ou interesse do contribuinte. Muito pelo contrário; a norma foi alterada exatamente com a finalidade de protegê-lo.

Não incide, pois, na espécie, o princípio da irretroatividade da lei tributária. Não sobeja lembrar, a propósito, que os limites à irretroatividade estão postos na Carta Política, que prescreve que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CRFB, art. 5º,

XXXVI). Não havendo avanço contra esses limites e, mais ainda, sendo a *novatio legis* mais benéfica ao contribuinte, nada impede, mas ao contrário, tudo autoriza, a sua aplicação aos fatos pretéritos.

Aceita essa premissa, a suspensão da exigibilidade do crédito, promovida pelo inciso VI, do artigo 151, do CTN, embora positivada no ano de 2001, atinge a situação de fato desde a sua origem, dada a eficácia retroativa da norma que a instituiu.

Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que não se pudesse pretender retroativa a norma em referência, o que se admite apenas por amor à argumentação, a incidência da alteração promovida pela LC 104 no CTN, mesmo se ocorrida na data da edição da *novatio legis*, impede, no caso concreto, a fruição do prazo prescricional.

Como observado anteriormente, o contribuinte, havendo aderido ao parcelamento, deixou de adimpli-lo em *agosto de 1998*.

Diante desses fatos, supondo a não-retroatividade da norma que prevê a suspensão da exigibilidade do crédito, o prazo prescricional teria seu início ainda no *ano de 1998*, exatamente no mês em que se deu o inadimplemento da primeira prestação. Assim, somente em *agosto de 2003* é que estaria consumada a prescrição do crédito tributário, haja vista o prazo quinquenal previsto no *caput* do artigo 174 do CTN.

Pois bem. Pouco mais de *dois anos e meio* antes de encerrado esse interregno (mais precisamente em janeiro de 2001), veio ao “mundo jurídico” a alteração normativa promovida pela LC 104/2001. Naquela oportunidade, ou a partir dela, dar-se-ia, ainda antes do quinquênio legal, a suspensão da exigibilidade do crédito (força da *novel* disposição do inciso VI, do artigo 151 do CTN), não havendo como se pretender, nem em hipótese, a prescrição do débito questionado.

É que esse evento, como demonstrado, impede o manejo da ação executiva (já que a suspensão da exigibilidade do crédito afeta um dos requisitos do título executivo, que perde força, à míngua de exigibilidade) e, por conseqüência, fulmina ambos os requisitos formadores da prescrição, quais sejam: a existência de ação possível e a inércia do titular desta ação. Obstado, assim, o fluxo do prazo prescricional.

Essa situação perpetuou-se até o dia 09/12/2003, ocasião em que o Estado do Espírito Santo, cumprindo as formalidades legais (Lei Estadual n.º 7.000, art. 80, parágrafo único), denunciou o parcelamento e lavrou contra o contribuinte nova Certidão de Dívida Ativa, constituindo-o em mora.

Somente a partir dessa data é que se poderá falar em fluxo do prazo prescricional.

(d) Posicionamento da Jurisprudência sobre o tema:

Essa conclusão e, mais ainda, a premissa que a orienta (qual seja: a superação da eficácia da Súmula n.º 248 do TFR por inovação legislativa promovida pela Lei Complementar 104/2001), encontram-se em perfeita conformidade com o posicionamento da Jurisprudência atual.

De antemão, não se pode deixar de anotar (sobretudo porque o presente estudo é elaborado com vistas a instruir manifestação da Sra. Procuradora Geral do Estado) a existência de decisões dos Tribunais Regionais Federais que conferem aplicação ao verbete mesmo após a edição da LC 104/2001⁷. Apenas exemplificativamente, vale transcrever as ementas dos seguintes acórdãos:

Ementa

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARCELAMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 248-TFR.

⁷ Não foram encontrados, no ementário de Jurisprudência disponibilizado no site www.tj.es.gov.br, julgamentos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo sobre o tema.

- 1 O prazo prescricional tem reinício a partir do vencimento da parcela não satisfeita pelo devedor inadimplente (TFR, Súmula 248).
- 2 Prescrição quinquenal não configurada.
- 3 A certidão da dívida ativa goza da presunção de liquidez e certeza, de acordo com o art. 3º da Lei 6.830/80, que só pode ser afastada através de prova inequívoca apresentada pelo embargante.
- 4 Apelação improvida.

(TRF - PRIMEIRA REGIÃO. Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL – 9601404686. Processo: 9601404686 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR. Data da decisão: 18/3/2003 Documento: TRF100148353. Fonte DJ DATA: 22/5/2003 PÁGINA: 109. Relator(a) JUÍZA IVANI SILVA DA LUZ (CONV.)).

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPROPRIEDADE DA REMESSA NECESSÁRIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 174, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. HONORÁRIOS.

- Remessa necessária e apelação da União Federal face à sentença que julgou procedentes os presentes embargos à execução fiscal, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, tendo em vista o advento da prescrição, fixando os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa.
- Incabível a remessa necessária em embargos à execução, tendo em vista a ausência de expresse dispositivo de lei nesse sentido, eis que a aplicação do artigo 475, II, do Código de Processo Civil, refere-se às sentenças proferidas em processo de conhecimento.

- Deve ser observado exclusivamente o prazo de prescrição previsto no artigo 174, do referido Código, que é de 5 (cinco) anos, bem como suas hipóteses de interrupção, conforme o parágrafo único do mesmo artigo.
- Verifica-se, no caso presente, a prescrição argüida, conforme o entendimento da Súmula n.º 248, do extinto Tribunal Federal de Recursos, de que “o prazo da prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixar de cumprir o acordo celebrado”.
- O percentual fixado nos honorários está em consonância com o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, apresentando-se compatível com o esforço despendido pelo advogado da parte vencedora.
- Recurso improvido e remessa necessária não conhecida.

(TRIBUNAL – SEGUNDA REGIÃO. Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL – 252648. Processo: 200002010666390 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 27/05/2002 Documento: TRF200082290. Fonte DJU DATA: 11/07/2002 PÁGINA: 159. Relator(a) JUIZ RICARDO REGUEIRA).

Ementa

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO DECADÊNCIA. CDA. PARCELAMENTO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO.

- 1 As contribuições previdenciárias, enquanto espécie tributária que são, submetem-se aos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, que estabelece as normas gerais em matéria tributária, conforme posicionamento já pacificado no Supremo Tribunal Federal.

- 2 O Plenário desta Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei 8.212/91, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade em AI n.º 2000.04.01.092228-3/PR, publicado no DJ em 05/09/2001.
- 3 Nos termos da Súmula 248 do TRF: “O prazo de prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado”.
- 4 A CDA possui presunção de liquidez e certeza, a qual somente pode ser elidida por meio de prova robusta.
- 5 Não há do que falar em excesso de execução quando foram deduzidos do débito exequendo os valores pagos no parcelamento e não há cobrança de contribuição declarada inconstitucional.

(TRIBUNAL – QUARTA REGIÃO. Classe: AC – APELAÇÃO CÍVEL – 707004. Processo: 200504010059694 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 30/03/2005 Documento: TRF400105682. Fonte DJU DATA: 20/04/2005 PÁGINA: 741. Relator(a) JUÍZA MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA).

Ocorre que esses julgados (*trazidos a esta sede apenas para efeito de registro*) desbordam por completo do posicionamento firmado sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte a quem a Carta da República atribuiu o *munus* de pacificação da Jurisprudência.

Vejamos:

Quadra registrar, em primeiro lugar, que o STJ entende que o crédito outrora sujeito a parcelamento, quando descumprido o acordo, deve ser consignado em nova Certidão de Dívida Ativa. É o que se colhe do seguinte julgado, publicado em dezembro de 2004:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – COBRANÇA DE DÍVIDA INSCRITA EM CDA – DÉBITO PARCELADO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – SUSPENSÃO DO PROCESSO – IMPOSSIBILIDADE – CPC, ART. 792, PARÁGRAFO ÚNICO – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS E LEI 8.038/90.

- Tratando-se de ação ordinária para cobrança de dívida fiscal, não se aplica o disposto no art. 792, parágrafo único, do CPC, o qual prevê a hipótese de suspensão da execução.
- *Havendo acordo de parcelamento, descumprido pela parte, pode o INSS emitir nova CDA para cobrança do débito remanescente.*
- A comprovação da divergência jurisprudencial far-se-á entre acórdãos que tenham decidido sobre o mesmo tema, à luz da mesma legislação federal então aplicada, porém com soluções jurídicas distintas. Impõe-se, ainda, que o recorrente demonstre os pontos assemelhados ou discordantes entre o aresto recorrido e aquele trazido a confronto, expondo a tese jurídica que deseja ver recepcionada pelo órgão julgador.
- Recurso especial não conhecido.

(Destaques pessoais).

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 338277. Processo: 200100987463 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 24/08/2004 Documento: STJ000576380. Fonte DJ DATA: 08/11/2004. PÁGINA: 195. Relator(a) FRANCISCO PEÇANHA MARTINS).

A constatação é óbvia, já que, não fosse por essa providência, a execução teria de seguir pela integralidade do débito quando, por força do parcelamento, parte dele já foi objeto de pagamento. Reitere-se que a liquidez do crédito, embora presumida nas execuções fiscais (CTN, art. 204), deve estar consignada no título, ou seja, na CDA.

Mas os efeitos advindos dessa “constatação” não se restringem exclusivamente a essa particularidade do procedimento administrativo fiscal. Dela se extrai, outrossim, a orientação da Corte Superior quanto à necessidade de se formalizar a denúncia do parcelamento, pela via da inscrição do crédito remanescente. Isso, independentemente da existência de previsão normativa expressa neste sentido⁸.

Esse ato, por sua vez, marca o termo *a quo* do fluxo do prazo prescricional. Tal ocorre justamente em razão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, promovida pelo art. 151, VI do CTN (com redação dada pela LC 104/2001), que impede o manejo da ação executiva e, por conseguinte, o fluxo do prazo prescricional.

O Ministro LUIZ FUX, insigne jurista e um dos mais influentes magistrados do STJ, foi bastante claro ao acentuar, em recente julgado, essa peculiaridade do ordenamento processual:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO. IMPOSSIBILIDADE ANTE A EXISTÊNCIA DE CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REFIS. EXCLUSÃO. COMPETÊNCIA. COMITÊ GESTOR DO PROGRAMA. ÔNUS DA PROVA.

⁸ Isso não bastasse, o legislador estadual, tendo em vista essa peculiaridade procedimental das execuções fiscais, cuidou de positivá-las, para as execuções fiscais cuja exigibilidade fora suspensa por força de parcelamento, a necessidade de substituição do título executivo, por meio de regra impositiva da expedição (preordenada pelo inadimplemento) de nova Certidão de Dívida Ativa, na qual reste consignado o crédito remanescente (Lei Estadual n.º 7.000, art. 80, parágrafo único).

- 1 O art. 5º da Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, dispõe que a competência para determinar a exclusão do contribuinte é do Comitê Gestor do Programa.
- 2 O deferimento administrativo do parcelamento do débito tributário é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, considerado o termo *a quo* o momento em que é homologada a inclusão do contribuinte no Programa de Recuperação Fiscal.
- 3 *A suspensão da exigibilidade obsta Fazenda de promover Execução Fiscal para sua cobrança.*
- 4 Deveras, descumpridas as regras previstas na legislação de regência, o contribuinte fica sujeito a exclusão do Programa, a cargo do Comitê Gestor do REFIS, facultando-se, a partir de então, à Fazenda ajuizar Executivo Fiscal em face do contribuinte.
- 5 Recurso Especial desprovido.

(Destaques pessoais).

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 608149. Processo: 200302068949 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 09/11/2004 Documento: STJ000580480. Fonte DJ DATA: 29/11/2004 PÁGINA: 244. Relator(a) LUIZ FUX).

Não é por outra razão que *a Corte Pacificadora da Jurisprudência vem entendendo que a retomada do prazo prescricional em hipóteses como a presente (em que há parcelamento inadimplido e nova inscrição do débito em dívida ativa) ocorre, não a partir do inadimplemento (como prevê a Súmula n.º 248 do TFR), mas, exatamente, da lavratura da nova CDA.* Veja-se, a esse respeito, o seguinte aresto, consignado em julgamento ainda mais recente que os anteriormente transcritos:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRPF. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DISCUSSÃO EM SEDE ADMINISTRATIVA. PARCELAMENTO NÃO-CUMPRIDO. LAPSO PRESCRICIONAL QUE NÃO SE CONSUMIU.

- 1 Tratam os autos de embargos apresentados por Derno Finkler à execução fiscal que lhe foi movida pela União Federal objetivando a cobrança de valores relativos a Imposto de Renda Pessoa Física relativo aos exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989. O juízo de primeiro grau julgou improcedentes os embargos. Inconformado, recorreu o embargante e o TRF/4ª Região negou provimento à apelação exarando entendimento de que o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa; que não ocorreu a prescrição no presente caso; que a CDA em análise goza de certeza e liquidez e que são devidos os juros de mora em razão do inadimplemento da obrigação. Insistindo pela via especial, aduz o recorrente contrariedade do art. 174 do CTN.
- 2 Conforme a previsão do art. 174 do CTN, o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional para a ação executiva é a data da constituição definitiva do crédito tributário. Tendo ocorrido a notificação (nov/90), houve impugnação na esfera administrativa (até jul/96) e posterior pedido de parcelamento (19/08/96), hipóteses que redundaram na suspensão do lapso prescricional. *Não adimplido o parcelamento, inscreveu-se o débito em dívida ativa (17/03/98), retomando-se a contagem da prescrição da ação, que, in casu, não restou consumada, vez que a citação do devedor se deu em 21/09/99.*
- 3 Recurso especial improvido.
(Destaques pessoais).

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 668637. Processo: 200401174063 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 02/12/2004 Documento: STJ000592307. Fonte DJ. DATA: 28/02/2005. PÁGINA: 244. Relator(a) JOSÉ DELGADO).

Com efeito, a única nota destoante na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao posicionamento citado é encontrada em julgamentos afetos à suspensão da exigibilidade de créditos tributários cuja execução já se encontra em curso. Nesses casos, o entendimento da Corte tem sido não pela extinção da execução (que seria inevitável, tendo em vista a inexigibilidade do crédito e, também, do título), mas pela suspensão da própria execução; conforme se colhe dos seguintes julgados:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. *PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO-CABIMENTO. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA.*

- 1 A suspensão da execução fiscal ocasionada pelo parcelamento administrativo do débito não equivale à extinção do processo. Desse modo, não há que se falar em direito à fixação dos honorários advocatícios, ante a ausência de vencedor e vencido na demanda.
- 2 Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.

(Destaques pessoais).

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGA –AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 372136. Processo: 200100203892 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 07/10/2003 Documento: STJ000514711. Fonte DJ

DATA: 10/11/2003 PÁGINA: 171. Relator(a) JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

Ementa

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. O PARCELAMENTO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NÃO IMPLICA A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO MAS A SUA SUSPENSÃO.

- 1 O parcelamento do débito na execução fiscal implica, tão-somente, a suspensão do processo, conservando-se perene a Certidão da Dívida Ativa a sustentar a execução até que se extinga a dívida, podendo operar-se a continuidade da execução fiscal pelo saldo remanescente, se o parcelamento não restar cumprido integralmente pelo sujeito passivo.
- 2 *A figura do parcelamento não se confunde com a transação extintiva do crédito. A autocomposição bilateral ou transação é forma de extinção do crédito tributário, consoante determina o art. 156, III do CTN, implicando no término do direito da Fazenda Pública de cobrar a obrigação tributária.*
- 3 Considerando que a transação é a forma pela qual as partes previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas, enquanto que o parcelamento é a mera dilação de prazo para o devedor honrar sua dívida, não há que falar em naturezas semelhantes. Ao revés, *no parcelamento, a dívida ativa não se desnatura pelo fato de ser objeto de acordo de parcelamento, posto que não honrado o compromisso, retoma ela o os seus privilégios, incidindo a multa e demais encargos na cobrança via execução fiscal*⁹.

⁹ Cumpre destacar, desse último julgado, o equívoco do posicionamento outrora defendido por essa Procuradoria da Fazenda Estadual, ao atribuir ao parcelamento a natureza jurídica de "novação de dívida", nos exatos contornos em que lhe dá a lei material civil (CCB, art. 360). O STJ rejeita a tese, enfatizando que o acordo de parcelamento não desnatura a natureza tributária do crédito. Esse posicionamento, conquanto contrarie orientação anterior desta Procuradoria, é significativamente favorável à Fazenda Pública, notadamente quando se tem em conta as garantias e privilégios do crédito tributário.

4 É novel regra assente no Código Tributário Nacional que o parcelamento do débito é meramente suspensivo.

5 Recurso especial provido.

(Destques pessoais).

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 514351. Processo: 200300231637 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 20/11/2003 Documento: STJ000524059. Fonte DJ DATA: 19/12/2003 PÁGINA: 347. Relator (a) LUIZ FUX).

Pontua-se, assim, possível descompasso no posicionamento externado pelo STJ nesses julgados e naquele outro, anteriormente transcrito, a saber:

- (1) Sustenta-se, de um lado, que “a suspensão da exigibilidade do crédito obsta Fazenda de promover Execução Fiscal para sua cobrança” (RESP 608149, Relator LUIZ FUX, Data da decisão: 09/11/2004)¹⁰.
- (2) Assevera-se, de outro, que “o parcelamento da dívida tributária não implica a extinção da execução, mas a sua suspensão” (AGA 372136, Data 07/10/2003, Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; e RESP 514351, Relator LUIZ FUX, Data da decisão: 20/11/2003).

Assim dispostos os “posicionamentos”, dois critérios podem ser utilizados com vistas ao esclarecimento do “dissídio jurisprudencial”.

O primeiro deles é o critério cronológico, segundo o qual, dentre decisões conflitantes de uma mesma Corte, deve prevalecer o posicionamento mais recente. Por esse critério, já que o RESP 608149 teve julgamento posterior aos demais

¹⁰ E o efeito dessa constatação (carência de ação por ausência do requisito exigibilidade) nas execuções já ajuizadas é a extinção do feito, à míngua de interesse de agir, na modalidade adequação.

“casos” citados, prevalece a inteligência de que a suspensão da exigibilidade do crédito preordena, não apenas a suspensão da execução, mas a impossibilidade do seu ajuizamento ou, conforme o caso, a inafastabilidade da sua extinção.

O outro critério é o da especialidade. A partir dele, cabe verificar a existência de peculiaridades singularizantes nos “casos” tratados por cada acórdão. Sob esse enfoque, não se pode deixar de anotar que a primeira ementa refere-se a execução ainda não ajuizada, ao passo que as outras duas perpassam créditos já em execução. A prevalecer esse critério poder-se-á concluir que:

- (1) quando a execução já está ajuizada, não há a suspensão da exigibilidade do crédito, mas, apenas, a suspensão da execução; hipótese em que a Súmula 248 do TFR poderia ser aplicada, recobrando-se o curso do prazo prescricional tão logo se dê o inadimplemento;
- (2) diversamente, estando o procedimento ainda na fase administrativa, os efeitos da suspensão da exigibilidade do crédito impedem o ajuizamento da ação de execução e, por consequência, o fluxo do prazo prescricional; ao menos até que sejam implementadas as providências administrativas afetas à inscrição do crédito remanescente em dívida ativa.

Como, no caso concreto, não há execução fiscal em curso, o *indeferimento da pretensão administrativa*, adotado um ou outro critério, é *inevitável*.

Ad argumentum tantum, é de se notar que o STJ, mesmo orientando (em lugar da extinção da ação) a simples suspensão do processo nas “execuções ajuizadas”, *não confere aplicabilidade à Súmula n.º 248 do TFR* em nenhum dos julgados citados. Isso ocorre porque, em hipóteses como tais, o parcelamento (e, reflexamente, a suspensão da exigibilidade do crédito) preordena a suspensão do processo,

não por ser este o seu efeito natural, mas somente porque a lei assim o determina. É o que se extrai da seguinte ementa, extraída de julgamento relatoriado pelo Ministro FRANCISCO FALCÃO:

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. ADESÃO AO REFIS. IMPOSSIBILIDADE.

Por força da legislação pertinente, a adesão ao denominado “Programa de Recuperação Fiscal – REFIS”, não implica em extinção do processo executivo, mas tão-somente na sua suspensão, pois consiste apenas em modo de parcelamento, pelo qual a pessoa jurídica optante tem a oportunidade de adimplir débitos tributários com parcelas definidas por um percentual incidente sobre seu faturamento. Não implicando, também, em novação. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGA – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 457397. Processo: 200200716238 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 17/12/2002 Documento: STJ000475239. Fonte DJ DATA: 10/03/2003. PÁGINA: 116. Relator(a) FRANCISCO FALCÃO).

Posto isso, *o mencionado “descompasso” entre os posicionamentos externados pelo STJ é apenas aparente.*

Mesmo nas execuções ajuizadas, o parcelamento (já que encerra causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e que, portanto, impede o ajuizamento ou prosseguimento da ação executiva), embora preordene, nos termos da lei, mera suspensão do processo, tem por eficácia natural obviar o fluxo do prazo prescricional.

Demonstrada, assim, também à luz da Jurisprudência, a inocorrência de prescrição.

(e) *Inocorrência de qualquer prejuízo ao contribuinte: inaplicabilidade do brocardo “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”:*

É certo que, uma vez detectado o inadimplemento das prestações do parcelamento, o Fisco poderia ter promovido, de imediato, a inscrição do crédito remanescente em dívida ativa, recobrando, por essa via, a sua exigibilidade e, ainda, dando novo início ao fluxo do prazo prescricional.

Mas as coisas não são assim tão simples.

O parcelamento é revestido de formalidades tanto para sua formação, quanto para sua desconstituição. Com efeito, o seu desfazimento açodado, longe de atender ao interesse público (embora talvez pudesse atender aos interesses da Fazenda Pública), poderia ocasionar relevante prejuízo ao contribuinte, que, no âmbito tributário, encontra no ordenamento constitucional uma série de garantias instituídas em seu favor, dentre as quais se destaca a cláusula de devido processo legal.

Foi justamente em atenção a essa garantia que o Estado do Espírito Santo, mantendo em suspenso a exigibilidade do crédito, procedeu a inscrição do crédito remanescente em dívida ativa, em estrito cumprimento ao que prescreve o parágrafo único do artigo 80 da Lei Estadual n.º 7.000. Deve ficar claro que neste interregno o contribuinte não sofreu as medidas restritivas correlatas ao inadimplemento da dívida. Assim, não há como se extrair da pretensa mora do Estado qualquer prejuízo ao particular.

Não bastasse essa peculiaridade (a manutenção do contribuinte em situação de regularidade fiscal), o regime tributário pontua, a partir da constituição do crédito, relevante alteração de foco no aparato protecionista. Essa “mu-

dança de postura”, já que gestada, no processo histórico, na quase totalidade dos ordenamentos tributários, justificasse plenamente e, ainda, fulmina qualquer alegação quanto à torpeza do Estado.

Os ordenamentos, passo a passo, cuidaram de estabelecer, notadamente em tendo em vista a necessidade de preservação de direitos fundamentais, normas de proteção ao contribuinte, especialmente contra a constituição equivocada do crédito tributário.

O “Estado” foi criado justamente com vistas a impor à sociedade relativa ordem. Não é demais lembrar a lição dos filósofos contratualistas que influencia, notadamente, todo o pensamento constitucional. Antes havia o “estado de natureza”, no qual os homens, cada um por si, faziam valer os seus interesses pela lei da força. Não existia, ali, justiça, no sentido literal da palavra, nem, tampouco, equidade. No “estado de natureza”, o mais forte impunha o seu Direito, preservando seus interesses em detrimento dos demais. Mais do que isso: não existiam limites a este exercício arbitrário da força, até porque, afora a força, não havia a quem se recorrer.

Justamente para efeito de refrear este ímpeto maligno, que, segundo HOBBS, decorre da própria natureza humana, os homens celebraram um “Contrato Social”. Por este “Pacto” instituiu-se um Governo, no qual foi depositado o somatório das forças sociais individuais. Este Governo, para cumprir o seu *munus*, deveria ser dotado de força suficiente a contrapor-se aos mais fortes, preservando os direitos dos demais indivíduos da comunidade. Assim, com a constituição do “Pacto”, cada um dos indivíduos abriu mão de parte da sua liberdade, visando a um fim supremo: a segurança jurídica. A sociedade, representada pelos indivíduos, ao celebrar o “Pacto”, concordou em atribuir ao Estado o poder de regular as relações existentes entre esses mesmos indivíduos.

Mas esse poder não seria efetivo se não existissem recursos para o seu exercício. Disso advém a necessidade do estabelecimento de uma contribuição dos súditos em favor do Estado, com a qual ele (o Estado) passaria a se sustentar. *Eis a noção primitiva da tributação*, que nasce do regramento que dá suporte ao contrato social, ou seja, do Direito.

Não sobeja lembrar que o Estado, enquanto ente superior, depositário das forças de todos os indivíduos da sociedade, atua, em face desses indivíduos, com relativa desproporcionalidade¹¹.

Se isso não bastasse, há, também, o abuso. Nesse campo, a História nos mostra que soberanos, ora descompromissados com o “Pacto”, ora pressionados por povos vizinhos que lhes eram hostis, elevaram a tributação a níveis absurdos, via de regra invocando como fundamento às suas pretensões a necessidade de proteção do Estado.

Como conseqüência, embora esse não tenha sido um processo coeso e pouco traumático, o Direito cuidou de estabelecer limitações ao poder do Estado. Tornou-se necessário proteger o indivíduo do Estado que o protege. Tornou-se necessário estabelecer freios e contrapesos (*check and ballances*) à atuação Estatal.

Destaca-se, neste contexto, o surgimento das Cartas Constitucionais, notadamente da *Magna Carta Libertatum*, documento imposto, em 1215, pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, com a finalidade de limitar os poderes reais, especialmente no campo tributário. Esse documento vedava a imposição de tributos sem prévia autorização do “conselho dos comuns”, espécie de órgão legislativo incipiente.

¹¹ Numa comparação simplória, o Estado, ante aos indivíduos, atua como um grande “Elefante” guardando os interesses de um considerável número de “formiguinhas”. Este “Estado Elefante”, só por se mexer (atuar), já oferece risco aos seus “protegidos”, já que tem poder para destruir (ainda que essa atuação não seja deliberada), com um único golpe, porção considerável deles. Para se ter idéia dessa desproporção, vale fazer referência a um instrumento de proteção do indivíduo também criado pelos ordenamentos, que bem ilustra a desproporcionalidade de forças entre o Estado e os indivíduos: a responsabilização objetiva do ente estatal (fomentada no campo do direito privado e, sucessivamente, adaptado ao trato da coisa pública). Partiu-se do princípio de que o Estado, só por se “movimentar”, poderia causar dano relevante à sociedade, e, como essa “movimentação” era própria da atuação estatal, convencionou-se que esse dano deveria ser indenizado independentemente de culpa, haja vista a previsibilidade do risco da sua configuração.

Sucessivamente, foi estabelecida, como contraponto da proteção do indivíduo em face do Estado, uma série de garantias aos contribuintes, especialmente no que diz respeito à formação da obrigação tributária. Vale fazer referência, a propósito, aos princípios da legalidade, tipicidade, anterioridade, isonomia, uniformidade, capacidade contributiva, dentre outras garantias.

Essa proteção do indivíduo em face do Estado é válida, e se justifica na medida em que se faz necessário equilibrar as relações entre o Estado e seus súditos.

Contudo, não se pode deixar de ter em vista que o Estado, como produto do “Pacto”, representa o coletivo, ou seja, a própria sociedade e, *ultima ratio*, cada um dos indivíduos. Quando o Estado “perde”, perde também a sociedade e, por conseqüência, perdem os indivíduos.

Em razão disso, foram estabelecidas, também, prerrogativas estatais, que se demonstram, no âmbito tributário, sob a forma de privilégios e garantias.

Tais prerrogativas, na seara tributária, dizem respeito ao crédito já constituído, peculiaridade que a elas confere um caráter democrático, pois a constituição definitiva do crédito a partir do lançamento da obrigação tributária segue procedimento próprio (devido processo legal), instruído pelo contraditório e pela ampla defesa (*procedural due process*), no qual o contribuinte tem a oportunidade de discutir, invocando em seu favor cada uma das garantias estabelecidas pelo sistema tributário, a existência (ou inexistência) da relação jurídica tributária (*substantive due process*)¹².

É exatamente nesta fase do procedimento administrativo fiscal (a constituição definitiva do crédito tributário) que

¹² Mesmo que o contribuinte não logre defender seus interesses na seara administrativa, ainda lhe resta a defesa judicial, pela via das ações anulatórias e, uma vez manejada a execução fiscal, por meio da competente ação de embargos do devedor.

ocorre a mencionada alteração no aparato protecionista. O ordenamento, que outrora protegia amplamente o contribuinte (justamente por estar preocupado em evitar que o Estado cobrasse tributos de forma abusiva), passa, uma vez afastada a dúvida quanto à pertinência da tributação, a proteger o Estado, não do contribuinte padrão, estabelecido no plano abstrato, mas daquele que, mesmo alcançado pela incidência tributária, nega-se, à revelia do “Pacto”, a contribuir para o progresso da sociedade. A partir dessa fase do procedimento fiscal o *“contribuinte insurgente”* *transmuda-se de vítima potencial* do sistema tributário (outrora protegida de forma irrestrita) *em transgressor do “Pacto” e, mais especificamente, das normas positivas afetas à cobrança do crédito definitivamente constituído.*

No caso concreto, o requerente, mesmo tendo em seu desfavor crédito tributário definitivamente constituído¹³, e, pior ainda, mesmo havendo sido depositário da confiança do Estado quando da concessão, em seu favor, de parcelamento da dívida, num primeiro momento, inadimpliu o acordo de parcelamento e quer, agora, sustentar, perante o Estado, a prescrição da dívida legitimamente assumida.

Assim, se torpeza houve, não foi do Estado, mas do contribuinte.

3 Conclusão

Do exposto, por considerar defensável a perpetuação de vínculo obrigacional que autoriza o Estado à cobrança judicial do crédito, *opino pela rejeição do pleito administrativo.* Outrossim, tendo em vista as disposições contidas no

¹³ Não sobeja lembrar que a denúncia espontânea da dívida efetuada perante o Fisco por ocasião do parcelamento torna precluso qualquer questionamento acerca da validade do lançamento perpetrado.

artigo 6º da LC 88/96, remeto o presente parecer a Vossa
Senhoria, para referendo e posterior encaminhamento à Sra.
Procuradora Geral do Estado.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Vitória, 20 de julho de 2005.

2.3

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 43 DA LEI ESTADUAL N.º 7.000/2001 E DO INCISO I DO ART. 51 DO DECRETO N.º 1.090-R/2002. LEGITIMIDADE DA SUSPENSÃO DO CADASTRO DE CONTRIBUINTE DO ICMS.

BRUNO COLODETTI

PROCESSO: 32507143

PARECER CEI/PGE/ES N.º 002/2006

ORIGEM: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DO CEI:**

1 Relatório

Vieram os autos encaminhados a este Centro de Estudos e Informações Jurídicas objetivando elaboração de parecer, a fim de subsidiar a defesa dos interesses do Estado do Espírito Santo no julgamento do incidente de inconstitucionalidade (arts. 480 a 482 do CPC) submetido ao Tribunal Pleno do TJ/ES, cujo objeto é o art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/2001 e o inciso I do art. 51 do Decreto n.º 1.090-R/2002.

Eis a transcrição literal de tais dispositivos:

Lei n.º 7.000/2001

Art. 43. A pessoa física ou jurídica, ou firma individual, inscrita, que deixar de recolher o imposto devido, por ela declarado ou escriturado, durante 03 (três) meses consecutivos ou 05 (cinco) alternados, ou que for omis-
sa em relação à apresentação da declaração de opera-
ções tributáveis ou das declarações ou informações de
que trata o art. 59, será suspensa do cadastro de con-
tribuintes, até que supra a ocorrência faltosa, sem pre-
juízo das demais sanções previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no *caput*, o Poder Executivo poderá, na forma do Regulamento, dispor sobre concessão, cassação, cancelamento, paralisação e suspensão de inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, para controlar a arrecadação e inibir a evasão fiscal.

Decreto n.º 1.090-R/2002

Art. 51. Dar-se-á a suspensão da inscrição do estabelecimento, por ato do Subsecretário de Estado da Receita, quando:

I - deixar de recolher, durante três meses consecutivos ou cinco alternados, o imposto devido, declarado ou escriturado;

É o relatório.

2 Análise

2.1 *Do posicionamento dos Tribunais de Cúpula sobre o assunto em questão*

A presente análise não se destina ao estudo imparcial da legitimidade dos preceitos que são objeto do incidente de inconstitucionalidade em tela, como usualmente ocorre nesta setorial. Em verdade, o intuito deste processo administrativo é diverso: esmiuçar a questão com vistas à manutenção da validade dos preceitos sob ataque.

Contudo, essa tarefa não se revela acaciana. Pelo contrário, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, reiteradas vezes, pela inconstitucionalidade da imposição legal das denominadas *sanções políticas* para fins de garantir o pagamento de tributos, pretensão que constitui, claramente, o mote dos dispositivos em estudo. Vejamos o inteiro teor da seguinte decisão do STF (RE 374981/RS, Relator(a) Min. —

CELSE DE MELLO, DJ 08/04/2005), na qual os fundamentos de tal inteligência são destrinchados:

EMENTA: SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTOS (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO “SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW”. IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 – RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR – QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE – “NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE”. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO: O litígio em causa envolve discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Públi-

co impor restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita.

No caso ora em análise, põe-se em destaque o exame da legitimidade constitucional de exigência estatal que erigiu a prévia satisfação de débito tributário em requisito necessário à outorga, pelo Poder Público, de autorização para a impressão de documentos fiscais.

A E. Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao admitir o recurso extraordinário interposto pela empresa ora requerente, ressaltou, de modo bastante expressivo, esse aspecto da controvérsia (fl. 272):

“Mesmo a v. decisão recorrida tendo consignado que o exercício de atividades mercantis e profissionais está condicionado a disposições da legislação ordinária, o que não se contesta, ao entender legítima a exigência de garantias para a autorização de impressão de documentos fiscais coibiu o livre exercício dessas atividades, que poderiam, inclusive, garantir ao contribuinte meios para saldar o débito com a Fazenda Pública.

A exigência do Estado, de condicionar a autorização para impressão de notas fiscais ao pagamento dos tributos e/ou prestação de fiança, confronta com as Súmulas n.ºs 70, 323 e 547 do STF, que proclamam não ser admissível coagir o devedor ao pagamento do tributo devido, modo indireto, atingindo seu livre exercício de atividade lícita, quando previstos mecanismos próprios para a cobrança do crédito da Fazenda...” (grifei).

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômi-

cas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro – e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários –, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI).

Esse entendimento – cumpre enfatizar – tem sido observado em sucessivos julgamentos proferidos por esta Suprema Corte, quer sob a égide do anterior regime constitucional, quer em face da vigente Constituição da República (RTJ 33/99, Rel. Min. EVANDRO LINS - RTJ 45/859, Rel. Min. THOMPSON FLORES - RTJ 47/327, Rel. Min. ADAUCTO CARDOSO - RTJ 73/821, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU - RTJ 100/1091, Rel. Min. DJACI FALCÃO - RTJ 111/1307, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 115/1439, Rel. Min. OSCAR CORREA - RTJ 138/847, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 177/961, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RE 111.042/SP, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, v.g.):

‘CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS: REGIME ESPECIAL. RESTRIÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO. LIBERDADE DE TRABALHO. CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII.

I. - Regime especial de ICM, autorizado em lei estadual: restrições e limitações, nele constantes, à atividade comercial do contribuinte, ofensivas à garantia constitucional da liberdade de trabalho (CF/67, art. 153, § 23; CF/88, art. 5º, XIII), constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre repeliu (Súmulas n.ºs 70, 323 e 547).

II. - Precedente do STF: ERE 115.452-SP, Velloso, Plenário, 04.10.90, 'DJ' de 16.11.90.

III. - *RE não admitido. Agravo não provido.*"

(RE 216.983-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

É certo – consoante adverte a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal – que não se reveste de natureza absoluta a liberdade de atividade empresarial, econômica ou profissional, eis que inexistem, em nosso sistema jurídico, direitos e garantias impregnados de caráter absoluto:

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

(RTJ 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da relação tributária, para, em função deles – e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso.

Esse comportamento estatal – porque arbitrário e inadmissível – também tem sido igualmente censurado por autorizado magistério doutrinário (HUGO DE BRITO MACHADO, “Sanções Políticas no Direito Tributário”, in Revista Dialética de Direito Tributário n.º 30, p. 46/47):

“Em Direito Tributário a expressão sanções políticas corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras.

Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, do Estatuto Maior do País.

.....

São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias sem que a presença física des-

tas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização; a recusa de autorização para imprimir notas fiscais; a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes; a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte; a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros.

Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência é ou não legal.” (Grifei)

Cabe referir, a propósito da controvérsia suscitada no recurso extraordinário em questão – recusa de autorização estatal para impressão de notas fiscais –, a lição de EDISON FREITAS DE SIQUEIRA, em obra monográfica que versou o tema das chamadas “sanções políticas” impostas ao contribuinte inadimplente (“Débito Fiscal – análise crítica e sanções políticas”, p. 1/62, item 2.3, 2001, Sulina):

“Portanto, emerge incontroverso o fato de que uma empresa, para que possa exercer suas atividades, necessita de sua inscrição estadual, bem como de permanente autorização da expedição de notas fiscais, sendo necessário obter nas Secretarias da Fazenda de cada estado da federação onde vendam seus produtos, o respectivo reconhecimento de direito à utilização de sistemas especiais de arrecadação, bem como na transferência de créditos acumulados, além da obtenção da

respectiva Autorização para Impressão de Documentos Fiscais (AIDF), em paralelo às notas fiscais.

Salienta-se que qualquer ação contrária do Estado, quanto à concessão e reconhecimento dos direitos inerentes às questões no parágrafo anterior referendadas, constitui 'sanção política', medida despótica e própria de ditadores, porque subverte o sistema legal vigente.

Nesse sentido, vale tecer algumas considerações do efetivo SIGNIFICADO DA NOTA FISCAL para uma empresa ou profissional que mantenha a atividade lícita 'trabalho', até porque, o instrumento alternativo posto à disposição do contribuinte, notas fiscais avulsas, é situação equivalente à marginalidade, além de tratar-se de meio absolutamente inviável a uma atividade econômica significativa (volumosa).

A importância da nota fiscal ou AIDF para o desenvolvimento das atividades comerciais de uma empresa seja ela de indústria ou comércio, decorre do fato de que somente por meio destas é que se torna possível oficializar e documentar operações de circulação de mercadorias, a ponto de que sem essas, a circulação de mercadoria é atividade ilícita, punível, inclusive, com a respectiva apreensão das mesmas.

Neste sentido, revela-se, pois, totalmente imprópria à figura da nota fiscal avulsa, solução muito justificada por fiscais de ICMS e Procuradores de Estado em audiências que solicitam ao Poder Judiciário, mas que, na prática, constitui artimanha muito maliciosa que só serve para prejudicar o contribuinte, em circunstância totalmente defesa em lei, como adiante ficará elucidado.

Não raro, a fiscalização aponta, como recurso em situações de desagrado ao contribuinte, o uso das chamadas 'notas fiscais avulsas'. Fazem-no, por certo, por desconhecimento de toda a gama de obtusa burocracia que envolve a sua expedição, ou pretendendo iludir os órgãos do Poder Judiciário, caso esses sejam chamados a impor

‘poder de controle’ contra exacerbação do exercício do poder de tributar, por parte do Poder Executivo.” (Grifei)

Cumpra assinalar, por oportuno, que essa percepção do tema, prestigiada pelo saudoso e eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO (“Direito Tributário Brasileiro”, p. 878/880, item n. 2, 11. ed., atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, 1999, Forense), é também compartilhada por autorizado magistério doutrinário que põe em destaque, no exame dessa matéria, o direito do contribuinte ao livre exercício de sua atividade profissional ou econômica, cuja prática legítima – qualificando-se como limitação material ao poder do Estado – inibe a Administração Tributária, em face do postulado que consagra a proibição de excesso (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO), de impor, ao contribuinte inadimplente, restrições que configurem meios gravosos e irrazoáveis destinados a constranger, de modo indireto, o devedor a satisfazer o crédito tributário (HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, “Sistema Constitucional Tributário”, p. 324 e 326, 2004, Saraiva; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Infração Tributária e Sanção”, in “Sanções Administrativas Tributárias”, p. 420/444, 432, 2004, Dialética/ICET; HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, “Processo Tributário”, p. 93/95, item n. 2.7, 2004, Atlas; RICARDO LOBO TORRES, “Curso de Direito Financeiro e Tributário”, p. 270, item n. 7.1, 1995, Renovar, v.g.).

A censura a esse comportamento inconstitucional, quando adotado pelo Poder Público em sede tributária, foi registrada, com extrema propriedade, em precisa lição, por HELENILSON CUNHA PONTES (“O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, p. 141/143, item n. 2.3, 2000, Dialética):

“O princípio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, torna inconstitucional também grande parte das sanções indiretas ou políticas impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado

de impontualidade com os seus deveres tributários. Com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedores, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até a proibição de participar de concorrências públicas.

O Estado brasileiro, talvez em exemplo único em todo o mundo ocidental, exerce, de forma cada vez mais criativa, o seu poder de estabelecer sanções políticas (ou indiretas), objetivando compelir o sujeito passivo a cumprir o seu dever tributário. Tantas foram as sanções tributárias indiretas criadas pelo Estado brasileiro que deram origem a três Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

Enfim, sempre que houver a possibilidade de se impor medida menos gravosa à esfera jurídica do indivíduo infrator, cujo efeito seja semelhante àquele decorrente da aplicação de sanção mais limitadora, deve o Estado optar pela primeira, por exigência do princípio da proporcionalidade em seu aspecto necessidade.

.....

As sanções tributárias podem revelar-se inconstitucionais, por desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito (...), quando a limitação imposta à esfera jurídica dos indivíduos, embora arrimada na busca do alcance de um objetivo protegido pela ordem jurídica, assume uma dimensão que inviabiliza o exercício de outros direitos e garantias individuais, igualmente assegurados pela ordem constitucional.

.....

Exemplo de sanção tributária claramente desproporcional em sentido estrito é a interdição de estabelecimento comercial ou industrial motivada pela impontualidade do sujeito passivo tributário relativamente ao cumprimento de seus deveres tributários. Embora contumaz devedor tributário, um sujeito passivo jamais pode ver aniquilado completamente o seu direito à livre iniciativa em razão do descumprimento do dever de recolher os tributos por ele devidos aos cofres públicos. O Estado deve responder à impontualidade do sujeito passivo com o lançamento e a execução céleres dos tributos que entende devidos, jamais com o fechamento da unidade econômica.

Neste sentido, revelam-se flagrantemente inconstitucionais as medidas aplicadas, no âmbito federal, em consequência da decretação do chamado 'regime especial de fiscalização'. Tais medidas, pela gravidade das limitações que impõem à livre iniciativa econômica, conduzem à completa impossibilidade do exercício desta liberdade, negligenciam, por completo, o verdadeiro papel da fiscalização tributária em um Estado Democrático de Direito e ignoram o entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca das sanções indiretas em matéria tributária. Esta Corte, aliás, rotineiramente afasta os regimes especiais de fiscalização, por considerá-los verdadeiras sanções indiretas, que se chocam frontalmente com outros princípios constitucionais, notadamente com a liberdade de iniciativa econômica." (Grifei)

É por essa razão que EDUARDO FORTUNATO BIM, em excelente trabalho dedicado ao tema ora em análise ("A Inconstitucionalidade das Sanções Políticas Tributárias no Estado de Direito: Violação ao 'Substantive Due Process of Law' (Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade)" in "Grandes Questões Atuais do Direito Tributário", vol. 8/67-92, 83, 2004, Dialética), conclui, com indiscutível acerto, "que as sanções indi-

retas afrontam, de maneira autônoma, cada um dos subprincípios da proporcionalidade, sendo inconstitucionais em um Estado de Direito, por violarem não somente este, mais ainda o ‘substantive due process of law’ (grife).

Cabe lembrar, neste ponto, consideradas as referências doutrinárias que venho de expor, a clássica advertência de OROSIMBO NONATO, consubstanciada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331/SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, à maneira do que já o fizera o *Chief Justice JOHN MARSHALL*, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso “*McCulloch v. Maryland*”, que “*o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir*” (RF 145/164 – RDA 34/132), eis que – como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre “Os Limites do Poder Fiscal do Estado” (RF 82/547-562, 552) – essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, “*um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade*” (grife).

Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembradas da existência, em nosso sistema jurídico, de um “*estatuto constitucional do contribuinte*”, consubstanciador de direitos e garantias oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, in “*Informativo STF*” n.º 125), culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, o exercício de atividades legítimas, o que só faz conferir permanente atualidade às palavras do *Justice Oliver Wendell Holmes, Jr.* (“*The power to tax is not the power to destroy while this*

Court sits”), em “*dictum*” segundo o qual, em livre tradução, “o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”, proferidas, ainda que como “*dissenting opinion*”, no julgamento, em 1928, do caso “*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*” (277 U.S. 218).

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*” (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, v.g.):

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”

(RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados.

A análise dos autos evidencia que o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul diverge da orientação prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reafirmada em julgamentos recentes emanados desta Suprema Corte (RE 413.782/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno – RE 09.956/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 09.958/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 414.714/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RE 24.061/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 434.987/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.).

Sendo assim, e considerando as razões expostas, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a conceder o

mandado de segurança impetrado pela parte ora recorrente. No que concerne à verba honorária, revela-se aplicável a Súmula 512/STF.

Nesse mesmo sentido temos os seguintes recursos especiais: 115452, 216983, 409958, 409956 e 434987.

Aliás, a sistemática desenhada pela Lei Estadual n.º 7.000/01, no pormenor combatido no processo judicial que deu origem à questão dos autos, afronta o disposto nas Súmulas n.ºs 70, 323 e 547 do próprio STF (como visto no julgado acima colacionado), que determinam a impossibilidade de se tomar medidas, mesmo com base em lei, no sentido de coagir o devedor, ainda que indiretamente, ao pagamento do tributo devido¹.

Diante do conteúdo das citadas súmulas, fica evidente o posicionamento da Corte Maior:

SÚMULA N.º 70

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

SÚMULA N.º 323

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

SÚMULA N.º 547

Ao contribuinte em débito, não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

¹ Como será visto, abaixo, com maior detença, tal entendimento se sustenta em duas ordens de razões: (i) malferimento do livre exercício de atividade lícita, e (ii) existência de mecanismos próprios para a cobrança do crédito da Fazenda.

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma trilha quanto ao tema:

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMAÇÃO DOS HERDEIROS POR DIREITO TRANSMISSÍVEL, ATÉ A NOMEAÇÃO DO INVENTARIANTE. EXTINÇÃO PRE-MATURA DO PROCESSO.

- 1 A firma individual do *de cujus* engendra relações jurídicas transmissíveis aos herdeiros pelo direito de *saisine*, inclusive o “fundo de comércio”. Conseqüentemente, a esse direito correspondem as ações que o asseguram, inclusive aquela tendente a propiciar a continuação legalizada dos negócios do defunto, o que se verifica na prática.
- 2 Sob essa ótica, inegável o direito líquido e certo dos herdeiros insurgirem-se, via mandamental, contra o ato que a pretexto de exigir exações em mora, determinou o cancelamento da inscrição estadual da firma, em confronto com a *ratio* das súmulas 70, do STJ, 323 e 547, do STF.
- 3 Os herdeiros são partes legítimas para pleitearem direitos transmissíveis, pelo *de cujus*, até que, inaugurado o inventário, um deles assumia a inventariança.
- 4 Ressoa injusto que o direito fique relegado à deriva, por força de mera formalidade, havendo titulares aos quais correspondem meios judiciais de tutela dos direitos transmissíveis *mortis causa*.
- 5 O inventário não formalizado implica a nomeação, pelo julgador, de um administrador provisório, nos termos do art. 985, do CPC, máxime porque inaugurado o processo há substituição pelo inventariante, permitindo-se aos herdeiros assistirem ao representante do espólio, na forma do art. 54, do CPC.
- 6 Recurso provido.

(STJ, ROMS – 15377, Processo: 200201255648, UF: RN, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da deci-

são: 02/12/2003, Fonte DJ DATA: 16/02/2004, Relator(a)
LUIZ FUX)

Nesse quadrante, não vislumbro argumentação jurídica capaz de impedir a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/2001, no que toca à suspensão do cadastro de contribuintes da pessoa física ou jurídica, ou firma individual, que deixar de recolher o imposto devido.

A despeito disso, existe “espaço de manobra” para que o Estado do Espírito Santo possa validamente minimizar os efeitos do julgamento a ser realizado pelo Tribunal Pleno do TJ/ES. Vejamos:

2.2 Da impossibilidade de o Tribunal Pleno apreciar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 51 do Decreto n.º 1.090-R/2002

Extrai-se, do voto vencedor do Relator do Acórdão que levou à questão sob análise ao Tribunal Pleno, que o julgamento a ser efetivado por esse órgão colegiado deverá ter como objeto a constitucionalidade do inciso I do art. 51 do Decreto n.º 1.090-R/2002.

Todavia, esse preceptivo, por não veicular afronta direta à Constituição, em razão de sua peculiar posição no sistema jurídico pátrio, não poderá ser analisado pelo Tribunal Pleno do TJ/ES, para fins de declaração de sua inconstitucionalidade incidental.

Com efeito, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é pacífico o entendimento de que atos normativos secundários, ancilares à lei, não podem ser objeto de ADI, na exata medida em que não se está diante de *questão de constitucionalidade* (relação de adequação do ato normativo com a Constituição), mas sim de *questão de*

legalidade (relação de adequação do ato normativo com a lei que lhe serve de arrimo). A doutrina externa o porquê dessa inferência:

[...] em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis, entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados *decretos autônomos*, afirmando que “não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige”.

Nos demais casos, a questão situa-se somente no âmbito legal, não possibilitando o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 635 – *grifo nosso*)

Atos administrativos normativos – como *decretos regulamentares*, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – *não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação.* (BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: 2004, p. 136 – *grifo nosso*)

Sem prejuízo de opiniões divergentes, a razão que arrima tal posicionamento também se aplica ao controle difuso de constitucionalidade.

De fato, se não há vício de inconstitucionalidade em decreto regulamentar, que se limita a esmiuçar tratamento jurídico já exposto em lei, para fins de controle concentrado, não haverá, de igual modo, tal vício para fins de controle difuso. A inexistência de afronta direta à Constituição em decretos meramente regulamentares não sofre a influência do tipo de controle de constitucionalidade, cujas variações são mais de índole processual (tipo de órgão de controle – difuso ou concentrado – e tipo de modo de controle – via incidental ou ação direta) do que de fundo.

Daí se infere que o julgamento a ser efetivado pelo Tribunal Pleno do TJ/ES não poderá validamente ter como objeto a constitucionalidade do inciso I do art. 51 do Decreto n.º 1.090-R/2002, já que esse ato normativo, se nulo for, não o será por eiva de inconstitucionalidade, dado o seu caráter eminentemente regulamentar. Eventual inconstitucionalidade residirá, caso exista, apenas na lei que foi objeto de regulamentação, qual seja, a Lei Estadual n.º 7.000/2001.

Por isso, exsurge, a toda evidência, a incompetência do Tribunal Pleno para a análise da legitimidade do inciso I do art. 51 do Decreto n.º 1.090-R/2002, porquanto tal questão refoge à averiguação de constitucionalidade prevista no art. 481 do CPC.

2.3 Da impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade do inteiro teor do art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/01

A inconstitucionalidade que poderá ser reconhecida pelo Tribunal Pleno do TJ/ES não poderá englobar a totalidade do art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/2001.

Isso porque a literalidade de tal enunciado legal introduz duas normas distintas no ordenamento jurídico, que possuem fundamentos e finalidades próprias, a demandar análise apartada. Essa distinção viabiliza a coartação da extensão

da declaração de inconstitucionalidade, que constitui o objeto do incidente processual instaurado, a fim de atingir somente uma dessas duas normas jurídicas mencionadas.

Em suma: esquadrinhando os fundamentos aduzidos pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados apresentados linhas acima, tem-se que eles não autorizam a declaração de inconstitucionalidade *in totum* do art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/2001. Vamos às razões de tal ilação:

Segundo consta dos arestos dimanados pelo Excelso Pretório, o que se configura ilegítimo é a pretensão legislativa de instituir sanções voltadas a garantir, mesmo que de forma indireta, o pagamento de tributos. Em outras palavras, é defeso ao Poder Público imputar ao mero inadimplemento do contribuinte o efeito jurídico de possibilitar a aplicação de sanções que resultem na impossibilidade ou na dificuldade de manutenção das atividades empresarias.

Ainda no entender do STF, tal prática cristalizaria ofensa ao livre exercício de atividades econômicas lícitas (CF/88, art. 170, parágrafo único), à liberdade de exercício profissional (CF/88, art. 5º, inc. XIII), ao princípio da razoabilidade e ao da proporcionalidade em sentido estrito, e, por fim, ao aspecto material do *due process of law*, vez que restrições de tal teor caracterizam ilegítimo obstáculo ao exercício de uma atividade lícita por parte dos cidadãos e realizam-se a despeito de existirem vias jurídicas próprias e específicas, postas à disposição do Estado, para fazer valer seus direitos de índole pecuniária.

Reforçando a inferência:

- (a) A norma jurídica que, em várias ocasiões, os Tribunais entenderam por inválida, constitui norma que transforma o mero inadimplemento pecuniário em pressuposto para a aplicação de sanções gravosas, as quais não objetivam a satisfação do crédito da Fazenda mediante a execução do patrimônio do devedor (essa é a estrutura da norma reputada ilegítima);

- (b) O fundamento de tal invalidez reside, por seu turno, no (i) ilegítimo obstáculo ao exercício de uma atividade lícita por parte dos cidadãos e (ii) na desconsideração das vias jurídicas próprias e específicas, postas à disposição do Estado, para fazer valer seus direitos de índole pecuniária (esses são os fundamentos da invalidade de tal norma).

Ocorre que tal entendimento só tem valência para uma das normas jurídicas que podem ser sacadas do art. 43 da lei estadual em comento.

Decerto, do texto do assaz citado art. 43 despontam duas normas jurídicas² sancionatórias: (i) uma que determina a suspensão do cadastro de contribuintes da pessoa física ou jurídica, ou firma individual, inscrita, que deixar de recolher o imposto devido, por ela declarado ou escriturado, durante 03 (três) meses consecutivos ou 05 (cinco) alternados; (ii) outra que aplica a mesma sanção, mas somente para aqueles que omitirem a apresentação da declaração de operações tributáveis ou das declarações ou informações acerca dos valores apurados das operações ou prestações, das transferências, dos débitos e dos créditos, do imposto a recolher ou do saldo credor a transportar para o período seguinte³.

² Sem adentrar em maiores minúcias, tem-se que a tarefa de construção de normas jurídicas é feita a partir da extração da significação dos textos normativos, a fim de construir uma estrutura bimembre, na qual a descrição de um fato liga-se a um conseqüente (relação jurídica), por intermédio de um conectivo deôntico neutro. Por isso, o texto normativo é mero veículo de expressão da norma, do qual se pode extrair várias unidades de sentido deôntico completo. Em outras palavras, de um mesmo texto podem-se divisar várias normas jurídicas.

³ Lei Estadual n.º 7.000/01: "Art. 43. A pessoa física ou jurídica, ou firma individual, inscrita, que deixar de recolher o imposto devido, por ela declarado ou escriturado, durante 03 (três) meses consecutivos ou 05 (cinco) alternados, ou que for omissa em relação à apresentação da declaração de operações tributáveis ou das declarações ou informações de que trata o art. 59, será suspensa do cadastro de contribuintes, até que supra a ocorrência faltosa, sem prejuízo das demais sanções previstas nesta Lei. Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, o Poder Executivo poderá, na forma do Regulamento, dispor sobre concessão, cassação, cancelamento, paralisação e suspensão de inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, para controlar a arrecadação e inibir a evasão fiscal. Art. 59. A pessoa inscrita no cadastro de contribuintes do imposto deve declarar em documento de informação, conforme modelos aprovados pela Secretaria de Estado da Fazenda, os valores apurados das operações ou prestações, das transferências, dos débitos e dos créditos, do imposto a recolher ou do saldo credor a transportar para o período seguinte".

Vê-se que à primeira aplica-se o posicionamento jurisprudencial apresentado, já que essa norma jurídica e o regime que gravita em seu entorno guardam, em tudo, correspondência com as normas já inculcadas como inconstitucionais pelo STF.

Entretanto, no que toca à segunda norma, o tratamento a ser dispensado deve ser outro.

De fato, a norma jurídica que determina a suspensão da inscrição estadual das pessoas físicas ou jurídicas que omitirem a apresentação das declarações que a legislação tributária estadual define como obrigatórias nada tem a ver com a primeira norma apresentada.

Primeiramente, porque a sua estrutura intranormativa é totalmente distinta, capaz de atrair regime jurídico peculiar.

Com efeito, não se está diante de norma jurídica sancionatória que elege a inobservância de *obrigação tributária*, veiculada pela Regra Matriz de Incidência de um determinado tributo, como pressuposto de aplicação de uma sanção. Ao revés, trata-se de norma sancionatória que elege o relato do descumprimento de um *dever instrumental tributário* (*obrigações acessórias*) como condição necessária e suficiente para aplicação de uma sanção.

O posicionamento, até então esposado pelo Judiciário no processo que aqui se ocupa, volta-se a afastar as sanções indiretas (sanções políticas) que visam a garantir o cumprimento de *obrigação tributária*, cujo objeto é, sempre, uma obrigação de dar dinheiro, ou seja, prestação de cunho pecuniário. Por isso, tais julgados em nada se aplicam às sanções estatuídas pelo legislador para fazer valer o cumprimento dos *deveres instrumentais tributários*, já que estas penalidades objetivam fazer valer um dever jurídico (e não uma obrigação), despido, pois, de caráter pecuniário, constituindo prestação de fazer ou não-fazer. Paulo de Barros Carvalho efetua com clareza a distinção entre tais figuras jurídicas tributárias:

Por sem dúvida a prestação pecuniária a que alude o art. 3º do Código⁴ dá uma feição nitidamente patrimonial ao vínculo tributário, pois o dinheiro – pecúnia – é a mais viva forma de manifestação econômica. Esse dado, que salta à evidência, nos autoriza a tratar o laço jurídico, que se instala entre sujeito pretensor e sujeito devedor, como autêntica verdadeira *obrigação*, levando-se em conta a ocorrência do fato típico, previsto no descritor da norma. Mas é inaplicável àquelas relações, também de índole fiscal, cujo objeto é um *fazer ou não-fazer*, insusceptível de conversão para valores econômicos.

Ladeando a obrigação tributária, que realiza os anseios do Estado, enquanto entidade tributante, dispõe a ordem jurídica sobre comportamentos outros, positivos ou negativos, consistentes num *fazer ou não-fazer*, que não se explicam em si mesmos preordenados que estão a facilitar o conhecimento, o controle e a arrecadação da importância devida como tributo.

Tais relações são conhecidas pela designação imprecisa de *obrigações acessórias*, nome impróprio, uma vez que não apresentam o elemento caracterizador dos laços obrigacionais, inexistindo nelas prestação passível de transformação em termos pecuniários. São liames concebidos para produzirem o aparecimento de deveres jurídicos, que os súditos do Estado hão de observar, no sentido de imprimir efeitos práticos à percepção dos tributos. [...]

[...]

Já no que toca à expressão do Código – *obrigações acessórias* – a objeção é mais abrangente. [...]

Ao cabo de contas, não são obrigações e, nem sempre, são acessórias.

⁴ CTN: "Art. 3º 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".

Nossa preferência recai, por isso, na expressão *deveres instrumentais ou formais*. Deveres, como o intuito de mostrar, de pronto, que não têm essência obrigacional, isto é, seu objeto carece de patrimonialidade. E instrumentais ou formais porque, tomados em conjunto, é o instrumento de que dispõe o Estado-Administração para o acompanhamento e a consecução dos seus desígnios tributários. (*Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 284-287)

Sobreleva, na moldura apresentada, a distinção entre as duas normas sancionatórias veiculadas pelo art. 43, que é suficiente para impossibilitar a declaração de inconstitucionalidade da segunda norma contida nesse artigo, a partir da aplicação da jurisprudência do STF acerca da ilegitimidade de aplicação de sanções políticas para garantir o pagamento de tributos (obrigação tributária principal), já que a sanção nela contida se preordena a reprimir infração a dever instrumental tributário (obrigação acessória).

Na verdade, adentrando-se no âmago desse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, tem-se que ele representa o acolhimento em sede tributária da teoria civilista que identifica dois elementos na obrigação: *dívida* e *responsabilidade*. Sobre isso, temos o seguinte ensinamento de SILVIO RODRIGUES:

No direito moderno alguns escritores, examinado o conteúdo da obrigação, aí destacam dois elementos, a saber: a *dívida* e a *responsabilidade*. Tal distinção, surgida no direito alemão, encontrou larga repercussão alhures.

O elemento *dívida* (*Schuld*) consiste no dever que incumbe ao sujeito passivo de prestar aquilo a que se comprometeu.

O elemento *responsabilidade* (*Haftung*) é representado pela prerrogativa conferida ao credor, ocorrendo inadimplência, de proceder à execução do patrimônio do de-

vedor, para obter satisfação de seu crédito. De maneira que o devedor se obriga, seu patrimônio responde.

O elemento dívida supõe a atividade espontânea do devedor, que a pode descumprir, mas da responsabilidade não se pode ele esquivar. (*Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2. p. 5)

Sob essa perspectiva, *qualquer obrigação*, mesmo que tributária, possibilita ao devedor adimplir ou não sua dívida, segundo melhor aprover-lhe, não sendo legítima a imposição de medidas gravosas que objetivem forçar o seu cumprimento. Por sua vez, inadimplida a prestação, incide a responsabilidade, não pessoal, mas de seu patrimônio, cuja execução deverá satisfazer a dívida.

Percebe-se, com isso, que, segundo essa visão, não se pode imputar ao descumprimento da *dívida* oriunda de uma obrigação (inclusive tributária) sanções que, pela sua gravidade, compilem os devedores a quitar a dívida, em menoscabo da possibilidade conferida a sua vontade de cumpri-la ou não. Muito menos é facultada a incidência de *responsabilidade* diversa da patrimonial, circunstância que torna defesa a incidência de penalidades de caráter pessoal.

Tais fundamentos em muito guardam correspondência com os que arrimam a jurisprudência que defende a ilegitimidade da aplicação de sanções políticas em face do descumprimento de obrigações principais tributárias.

Exatamente por isso é que tal inteligência mostra-se totalmente inaplicável ao descumprimento de deveres instrumentais, que não se confunde com a obrigação representada pelo débito tributário.

Tanto isso é verdade que é perfeitamente possível a fixação de sanções de caráter pessoal em razão de infrações de deveres instrumentais. Aliás, o descumprimento de tal sorte de preceitos dá azo, inclusive, a incidência de san-

ções de natureza penal. ROQUE ANTONIO CARRAZZA bem explica esse fato:

E nossa certeza de que só a lei pode criar deveres instrumentais cresce de ponto na medida em que notamos que seu descumprimento resolve-se em sanções das mais diversas espécies, inclusive pecuniárias. Repugna ao senso jurídico que uma pessoa possa ser compelida a pagar multa com base no não-acatamento de um dever criado por norma jurídica infralegal.

[...]

Aliás, esta idéia agora ganhou uma força ainda maior, na medida em que a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passou a considerar crimes contra a ordem tributária os descumprimentos, por parte dos contribuintes, de deveres instrumentais tributários [...] (*Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 296-299 – *grifo nosso*)

Por fim, a segunda razão, que orienta a impossibilidade de declaração total da inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/2001, é que não se aplicam os fundamentos do entendimento jurisprudencial ora em destaque à norma que veicula a sanção de suspensão da inscrição às empresas que não observam deveres instrumentais tributários.

De fato, não há que se falar na hipótese em tela em impedimento da prática de atividades lícitas (CF/88, art. 170, parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”).

Ora, a sanção de suspensão da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, no pormenor, direciona-se exatamente em função do desenvolvimento ilícito de uma determinada atividade, porquanto sem observância dos deveres instrumentais tributários (obrigações acessórias). Nes-

se passo, se a atividade econômica se desenvolve ao arripio da lei, ela deverá ser devidamente combatida.

Ademais, em sede de descumprimento de deveres instrumentais, nem entra em pauta a possibilidade de sua satisfação, plena e cabal, mediante mera execução forçada do patrimônio do devedor. Ou seja: a execução forçada não cristaliza meio idôneo para garantir, *per se*, o pleno e cabal cumprimento do dever instrumental. Diferentemente do que ocorre com a obrigação tributária, que é satisfatoriamente adimplida pela apreensão judicial do patrimônio do devedor. Desse modo, sanções que colimem vergar a vontade do portador do dever jurídico (e não de obrigação pecuniária), no sentido de coagi-lo ao seu cumprimento, são plenamente aceitáveis.

Pelo quanto foi dito, fica claro que o art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/2001 não poderá ser declarado totalmente inconstitucional, na exata medida em que seu texto veicula norma sancionatória válida. Nesse quadrante, deverá o aludido artigo ser objeto de interpretação conforme a Constituição, com redução de texto (declaração de nulidade parcial com redução de texto), caso se entenda pela sua ilegitimidade.

Tal medida é extremamente importante, por dois motivos: (i) evita a invalidação de vários outros incisos contidos no art. 59 do Decreto n.º 1.090-R/2002; e (ii) possibilita a manutenção pragmática da suspensão de inscrição direcionada aos inadimplentes, visto que a inadimplência do ICMS geralmente caminha junto com a inobservância de deveres instrumentais tributários.

3 Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

- (a) Não existem argumentos jurídicos robustos a fim de impedir a declaração de inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/2001, no que toca à suspensão do cadastro de contribuintes da pessoa física ou jurídica, ou firma individual, que deixar de recolher o imposto devido;
- (b) O Tribunal Pleno do TJ/ES não detém competência para analisar a constitucionalidade do inciso I do art. 59 do Decreto n.º 1.090-R/2002;
- (c) O art. 43 da Lei Estadual n.º 7.000/01 não poderá ser declarado totalmente inconstitucional, na exata medida em que seu texto veicula norma sancionatória perfeitamente válida.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Vitória, 18 de janeiro de 2006.

2.4

LEGALIDADE DA MULTA APLICADA APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO TENDENTE A EXTINGUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO ATRAVÉS DE DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BEM MÓVEL

LEONARDO GUSTAVO PASTORE DYNA

PROCESSOS: 29247861 e 29128641
ORIGEM: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO –
SUBPROCURADORIA FISCAL – SPFI
INTERESSADO: CRBN EMPREENDIMENTOS
IMOBILIÁRIOS LTDA.

1 Consulta

O objeto do questionamento efetuado pelo eminente Procurador Chefe da Subprocuradoria Fiscal é a possibilidade de imposição de multa pelo não pagamento de tributo cujo crédito correspondente está em fase de extinção, através de dação em pagamento de bem imóvel.

No caso concreto, após o oferecimento de bem como forma de extinção do crédito tributário, foram lavradas 3 (três) Notificações de Débito, com imposição de multa, que englobam fatos geradores ocorridos antes de ser oferecido o bem como pagamento.

2 Parecer

A instituição e cobrança de tributos pelo Estado se dão por uma necessidade imperiosa de abastecimento dos cofres públicos de receita suficiente para custear todo o aparato estatal, cada vez mais complexo e dispendioso.

Como define RUY BARBOSA NOGUEIRA,

a atividade financeira do Estado, de maneira geral, consiste em toda ação que o Estado desenvolve para obter, gerir e aplicar os meios necessários para satisfazer às necessidades da coletividade e realizar seus fins. Essas necessidades são imensas e para atendê-las o Estado precisa de bens imóveis, móveis, serviços, pois necessita de terras, casas, estradas, ruas, pontes, navios, precisa manter a ordem, a defesa interna e externa, promover a justiça e demais atribuições, e tudo isto representa um mundo de bens e serviços.

Com a ampliação do Estado intervencionista, crescem essas necessidades e ainda aí se incluem a assistência, a previdência e a seguridade sociais, o desenvolvimento econômico, enfim, a promoção do bem comum.

Em última análise, dentro da economia monetária, isto significa necessitar de dinheiro e o Estado tem de obter receita, despender, orçar, fazer empréstimos e gerir toda essa atividade de economia pública ou finanças.

Se em outros tempos a cobrança de tributos era uma imposição efetuada ao puro talante daquele que governava um determinado território, desde a formação do Estado de Direito a tributação passou a ser objeto de lei, sem se levar em conta o sentimento do obrigado ou do beneficiário dos recursos.

Com efeito, o fundamento dessa evolução do pensamento jurídico se deve ao fato de que o *conteúdo* da relação obrigacional tributária é a *transferência* de parte do patrimônio privado para o público¹. Não poderia algo de tamanha importância ficar ao alvedrio da vontade de quem governa.

¹ Observe-se que, mesmo nos casos de obrigações tributárias acessórias, onde não se trata do pagamento de tributo, o objetivo da lei é dispor ao fisco meios suficientes de conhecimento do fato gerador da obrigação principal, e assegurar seu cumprimento, se for o caso.

Assim, nos dias atuais, novamente ensina RUY BARBOSA NOGUEIRA, “aquele que é juridicamente obrigado o é nos termos e limites da lei. Não precisa fazer doações, prestar simples favores ou auxílios, nem ficar sujeito a surpresas, excessos ou confiscos, mas deverá compulsoriamente contribuir para os gastos públicos na proporção de seus haveres, na medida e na conformidade da lei”.

Porém, se a *instituição e cobrança do tributo* são objeto não da vontade do destinatário dos recursos, mas sim conteúdo de lei, é fato que a *dispensa da obrigação* deve obedecer a idêntico critério, de modo que ao mesmo tempo em que a lei serve de freio para o ente tributante em benefício do contribuinte, também vale para forçar este último a ter uma série de comportamentos, seja pagar o que for devido, seja cumprir o que a lei determina de forma ampla e genérica.

Em outras palavras, o conteúdo da obrigação tributária é a transferência compulsória de patrimônio privado para o público, sendo matéria regulada pela lei e alheia a elementos extralegais, como a vontade do governante ou a (in)satisfação do obrigado em ver parte de sua riqueza transferida para os cofres públicos.

Uma vez tornada líquida a obrigação tributária com a constituição do crédito tributário através do lançamento, o sujeito passivo estará apto a se livrar da obrigação, por uma das formas de extinção do crédito.

Naturalmente, a melhor forma de cumprimento de uma obrigação é a prestação específica, eleita pelas partes e objeto do contrato ou da lei.

De fato, se contratada uma pintura ou um trabalho arquitetônico de um profissional renomado, não é preferível a indenização pela não realização do serviço ao objeto previamente contratado.

O mesmo se aplica ao ramo da tributação.

Com efeito, em tempos um tanto remotos, instituído um tributo determinado, pago, por exemplo, em uma certa quan-

tidade de moedas de prata ou de ouro, o contribuinte que não possuísse referida quantia no dia do vencimento era sujeito a penalidades diversas, que iam desde o confisco de seu patrimônio, como terras, gado, mercadorias, até o extremo de ser escravizado.

Ante tais abusos, paulatinamente foi-se formando a concepção de que o obrigado deveria responder não com seu corpo ou sua liberdade, mas apenas com o seu patrimônio material. Tal idéia subsiste até os dias atuais, com exceção, entre nós, do inadimplemento de pensão alimentícia e da infidelidade do depositário, nos termos do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal².

Isso porque o objeto da obrigação tributária, como já falado, é a transferência de patrimônio privado para o público. E se é certo que a prestação de serviços do obrigado ou a transferência de bens imóveis ou móveis para o Estado funcionaria, grosso modo, como forma de pagamento, há muito se formou a idéia, por várias razões que fogem do objetivo de nossa explanação nestes autos, de que a obrigação tributária deve ser cumprida através da transferência monetária, ou seja, pagamento em dinheiro, de modo que SACHA CALMON NAVARRO COELHO denominou o *pagamento* de “forma por excelência de extinção do crédito tributário”³, e RICARDO LOBO TORRES, por sua vez, de “primeira e mais importante forma de extinção da obrigação tributária”⁴.

Tanto é assim que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 3º, define tributo como “prestação pecuniária”, ou seja, paga em dinheiro, moeda, pecúnia, diferente do que ocor-

² Observe-se que Lei Federal 8.137/90, ao tratar dos crimes contra a ordem tributária, penaliza com detenção e reclusão os infratores. No entanto, trata-se de casos de coação legal para o pagamento de tributo, tanto que o pagamento extingue a punibilidade. Provavelmente este seja um resquício do que ocorria na antiguidade com os contribuintes faltosos para com o fisco.

³ Curso de direito tributário brasileiro. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 819.

⁴ Curso de direito financeiro e tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 289.

ria nos tempos antigos, como vimos, em que a tributação ocorria através de confiscos de bens em geral etc. O tributo é prestação paga em dinheiro, e não “in natura” (ex.: cem quilos de arroz para cada tonelada exportada) ou “in labore” (dez dias de trabalho para o Estado por cada ano trabalhado), quer dizer, não é pago em serviços ou bens diversos do dinheiro.

Esta é uma regra que atualmente comporta uma exceção, recentemente instituída no plano do Código Tributário. Esta exceção, que tão somente confirma a regra de que o *pagamento* do tributo se dá através de *dinheiro*, é a *dação em pagamento de bens imóveis* – nova forma de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, XI, do CTN, acrescentado pela Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001.

Observe-se que, idéia mais ampla que o simples *pagamento* do tributo, a *extinção do crédito tributário* pode ocorrer de várias formas, que vão desde o pagamento propriamente dito até a dação, passando pela prescrição e decadência, transação, remissão etc. (art. 156 do CTN).

Ocorre, todavia, que se o caso não se enquadrar em uma das hipóteses dos incisos II a IV ou IX e X do art. 156 do CTN, a extinção do crédito tributário se dará pela “entrega” de dinheiro aos cofres públicos (exceto a dação em pagamento), eis que este é o desaguar natural da obrigação tributária principal. Tanto é assim que o CTN, no capítulo referente à extinção do crédito tributário, se ocupa muito mais da hipótese de *pagamento* que qualquer outra.

Passaremos ao largo das demais formas de extinção que não sejam o pagamento ou a dação em pagamento de bens imóveis, que aqui não têm aplicação dada a limitação da Consulta formulada e que se pretende responder através desta peça informativa.

A dação em pagamento foi muito bem estudada no brilhante parecer de fls. 86/92, da lavra do ilustre colega Dr.

Adnilton José Caetano, a que nos reportamos, sem ressalvas.

No caso concreto destes autos, observa-se que o sujeito passivo deu margem à ocorrência de fatos geradores diversos, cuja obrigação correspondente não foi adimplida no momento oportuno.

Tendo em vista a dívida existente, foi proposta sua liquidação parcial, através da dação em pagamento de certo bem imóvel, cuja avaliação é inferior ao montante do débito.

O problema consiste em saber se aqueles fatos geradores, ocorridos antes do oferecimento do bem em dação, podem ocasionar a imposição de multas, através de Notificações de Débitos lavradas após o início do processo para a aceitação do bem dado como pagamento.

O que necessita ser frisado é que, independente da dação em pagamento, houve descumprimento da lei tributária pelo sujeito passivo, quando este, apesar de praticar o fato imponible, não promoveu o pagamento do tributo na época devida.

Uma vez descumprida a lei, o contribuinte arcará com os ônus de seu inadimplemento obrigacional. Naturalmente, o posterior cumprimento da obrigação incluirá as parcelas inclusas por conta do não atendimento da lei.

No caso da dação em pagamento de bens imóveis como forma de extinção do crédito tributário, o CTN é silente na hipótese, já que se limitou a dizer que esta nova hipótese será feita na forma e condições que a lei determinar.

Na consulta da Lei Estadual 7.249/2002, que previu a dação como forma de quitação de débitos tributários no âmbito do Estado do Espírito Santo, pode-se ver que nada se diz a respeito do problema, no sentido de se saber se o início da negociação do bem a ser dado como pagamento isola/congela o valor do débito, de modo a não mais se computar juros, correção monetária ou a multa pelo não pagamento.

Deve o intérprete da lei, portanto, colmatar o vazio legal.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 108, elenca as formas de integração da lei tributária, quais sejam, “a analogia, os princípios gerais de direito tributário e de direito público e a equidade”.

Se formos vasculhar o CTN na busca de casos análogos ao presente, iremos encontrar disposições que podem nos ajudar a preencher a lacuna da lei.

Inicialmente, como hipótese de suspensão do crédito tributário temos o parcelamento.

Acrescentado pela mesma Lei Complementar que trouxe a dação em pagamento como forma de extinção do crédito tributário (LC 104/2001), o parcelamento de débito nada mais é que forma de pagamento parcial e sucessivo da dívida, que se acaso mantido “em dia” terá a qualidade de suspender o crédito tributário, pelo tempo que se fizer necessário para a completa amortização da dívida.

Todavia, concedido o parcelamento, o contribuinte arcará não apenas com o valor do principal, mas também com juros e multa, conforme art. 155-A, § 1º, do CTN. Ou seja, o parcelamento ou o pagamento periódico e parcial da dívida tributária autorizada pela autoridade fiscal não impede seja o valor cobrado aumentado pelos juros e por multa, sem falar na correção monetária, que apesar de não estar disposta no texto, nada mais representa que a manutenção do poder de compra do dinheiro.

Por outro lado, sabe-se que a intenção do sujeito passivo ou as justificativas pelo atraso do pagamento são irrelevantes para o surgimento dos efeitos decorrentes do não cumprimento da obrigação tributária (art. 136 do CTN). Essa idéia é reafirmada no capítulo referente à extinção do crédito tributário, no “caput” do artigo 161, a seguir transcrito:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, *seja qual for o motivo determinante da falta*, sem prejuízo da imposi-

ção das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (*Destaque nosso*).

Quer dizer, uma vez descumprida a obrigação e não pago o tributo na época devida, a imposição de penalidades *não é uma faculdade*, mas uma *imposição legal*. E o motivo da falta é irrelevante.

Escreveu SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO:

Está claro que a mora compensa o pagamento a des- tempo, e que a multa o pune. Os juros de mora em Direito Tributário possuem natureza compensatória (se a Fazenda tivesse o dinheiro em mãos, já poderia tê-lo aplicado com ganho ou quitado seus débitos em atraso, livrando-se, agora ela, a mora e de suas conseqüências). Por isso os juros moratórios devem ser conformados ao mercado, compensando a indisponibilidade do numerário. A multa, sim, tem caráter estritamente punitivo e por isso é elevada em todas as legislações fiscais, exatamente para coibir a inadimplência fiscal ou ao menos para fazer o sujeito passivo sentir o peso do descumprimento da obrigação no seu termo. Cumulação de penalidades? Os juros não possuem caráter punitivo, somente a multa⁵.

Também se pode apontar como outro fundamento da pena o princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da CF), já que o tratamento diferenciado (*rectius*: privilegiado) ao contribuinte faltoso importaria em benefício que não é concedido para a coletividade.

Só há uma exceção à regra contida no “caput” do art. 161, que é trazida pelo § 2º do mesmo dispositivo:

⁵ Ob. cit., p. 825.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de Consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Ou seja, descumprido o prazo de pagamento a penalidade será aplicada, exceto se pendente Consulta. E, além disso, esta deverá ser submetida à apreciação da autoridade dentro do prazo de pagamento, pois senão, possivelmente serviria de artifício do contribuinte devedor para se livrar da imposição das penas, que esperaria o prazo escoar, sem pagamento, e depois formularia a Consulta...

Deve-se lembrar, também, que as Notificações de Débito que impuseram o pagamento do tributo e multa, apesar de efetuadas após o oferecimento do bem imóvel como pagamento da dívida, se referem a fatos geradores anteriores a este evento (dação). Isso equivale dizer que dizem respeito a créditos tributários não constituídos até então, cujo lançamento só se ultimou após o início do procedimento que visava a extinção do crédito tributário.

Se por um lado o prévio conhecimento dos fatos geradores respectivos permitiria se saber da existência da obrigação tributária correspondente, apenas com o lançamento é que se poderia ter certeza não apenas da efetiva concretização da hipótese de incidência tributária, mas também do exato *quantum* da obrigação, já que é este procedimento que efetivamente *liquida* a obrigação tributária.

E o fato de o lançamento só ter sido concluído posteriormente à dação em pagamento não equivale dizer que o mesmo deveria ter sido efetuado de maneira diversa, de modo que, se com o lançamento (ainda que posterior ao início do processo para a dação) forem identificadas causas de apenamento do contribuinte (CTN, art. 142, “caput”, “in fine”), estas deverão ser efetivadas.

Em outro dizer, as Notificações de Débito lavradas se referiram a obrigações tributárias cuja constituição em cré-

dito tributário só se deu após o oferecimento do bem como forma de pagamento. Ou seja, no momento da dação os lançamentos estavam pendentes.

Por essa razão, não se poderia supor que os valores relativos a estes lançamentos estivessem inclusos no valor total da dívida, eis que sua liquidação só se deu posteriormente.

O Código Tributário Nacional, ao tratar da moratória, se assemelha aos argumentos expendidos:

Art. 154. Salvo disposição de lei em contrário, a moratória *somente abrange os créditos definitivamente constituídos à data da lei ou do despacho que a conceder, ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data por ato regularmente notificado ao sujeito passivo. (Destaque nosso).*

Assim, também nos casos de decreto de moratória, não serão inclusas no favor as parcelas correspondentes às obrigações não convertidas em créditos tributários, justo porque somente com o lançamento se terá certeza tanto da ocorrência do fato gerador quanto da quantidade de dinheiro devida, além de, se for o caso, aplicar a penalidade.

Todos esses casos demonstram, sem sofismas, que tanto na hipótese de suspensão do crédito tributário (parcelamento e moratória), quanto na extinção do crédito (pagamento), a imposição de multa, juros etc., se fará devida desde que assim concluído pela autoridade que promover o lançamento fiscal, pois, como adverte SÉRGIO ANDRÉ R. G. DA SILVA, “à infração tributária deve-se aplicar uma sanção, como resposta à violação do comando prescrito pela norma jurídica”⁶.

No caso específico da dação em pagamento de bens imóveis, não havendo norma expressa a respeito, temos que

⁶ Controle administrativo do lançamento tributário: o processo administrativo fiscal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 229.

a solução deve ser análoga às hipóteses aqui tratadas, numa franca leitura do art. 108 do Código Tributário Nacional.

Porquanto, como já visto, a dação é *alternativa* ao pagamento como forma de extinção do crédito tributário. Porém, é uma *exceção* à regra geral, e como exceção deve ser tratada. Sua interpretação deve partir dos dispositivos há muito enraizados no texto do CTN.

Se a hipótese não fosse de dação, mas de pagamento propriamente dito, não haveria dúvidas de que a multa seria devida, mesmo apurada após a transferência monetária, desde que recolhido o valor devido após o vencimento (art. 161 do CTN).

O mesmo se diga quanto à hipótese de parcelamento. Com efeito, se o contribuinte optasse por parcelar o valor apurado, não estaria livre da imposição de penalidade (art. 155-A, § 1º, do CTN). Igualmente o que toca à moratória (art. 154, *idem*).

Desse modo, fica clara a idéia de que a dação em pagamento não poderá ter tratamento diferenciado, uma vez que nada mais é que nova forma de extinção do crédito tributário. E a ela deve ser atribuído tratamento análogo ao que já é dado amplamente pela lei a outros institutos, seja o pagamento propriamente dito, a moratória, o parcelamento etc. E todos estes não excluem a multa em caso idêntico ao tratado na Consulta formulada.

Além disso, deve-se lembrar que houve apenas a *proposta* de dação em pagamento. Enquanto esta não for ultimada, com a extinção do crédito, este estará com o pagamento pendente. Tanto é assim que caso o contribuinte opte em promover a quitação integral do crédito, em dinheiro, estará automaticamente liberado o bem ofertado em pagamento.

Isso equivale dizer que enquanto o procedimento da dação não for concluído, os valores estarão “em aberto”, e obviamente a Fazenda Pública poderá promover a apura-

ção de seu montante total, com a imposição de penalidade, ante a norma do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Ao que parece, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem posicionamento nesta linha de raciocínio, que se por um lado não se referia à hipótese de dação incluída no CTN através da LC 104/2001 (veja que o julgamento é anterior à lei), por outro salienta que enquanto pender a proposta de dação, esta não gera efeitos. Veja-se:

EMENTA: Processo Civil. Execução Fiscal. Embargos do Devedor. Proposta de *Dação em Pagamento*, em princípio, aceita pela Fazenda Pública. Negócio jurídico dependente de formalização.

A proposta de dação em pagamento, manifestada administrativamente para solver o crédito tributário, não produz quaisquer efeitos nos embargos do devedor opostos a execução fiscal, enquanto o negócio jurídico não for ultimado; ela nem corresponde ao reconhecimento jurídico do pedido, que incondicional, nem a transação prevista no art. 269, CPC, que é judicial. (...) Recurso Especial não conhecido. Unânime. (REsp 41177/SP; Rel. Ministro Ari Pargendler; 2ª turma; Data do julgamento: 18/11/1996; DJ 16.12.1996, p. 50824) – (o destaque é nosso).

E mesmo se tivesse sido ultimada a dação, ou o pagamento em dinheiro, ainda assim a autoridade poderia revisar o valor pago, tanto para exigir sua complementação, se fosse o caso, quanto para impor penalidade, tendo em vista a possibilidade de revisão do lançamento (CTN, art. 149), desde que efetuada dentro do prazo permitido pela lei (*idem*, *ibidem*, parágrafo único).

3 Conclusão

A integração da lei tributária supre a lacuna existente sobre a hipótese versada nos autos e indica que a dação em pagamento de bens imóveis deve receber o mesmo tratamento existente no CTN para os outros casos de extinção ou mesmo de suspensão do crédito tributário.

Portanto, tendo em vista o descumprimento da lei pelo contribuinte, lavradas as Notificações de Débitos, mesmo após o início do procedimento tendente a extinguir o crédito tributário através da dação em pagamento, a exigência da multa se faz devida.

É o nosso parecer.

Vitória, 28 de novembro de 2005.



3

JURISPRUDÊNCIA

3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1.1 ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

3.1.1.1 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 8.033/2003, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE INSTITUIU O SELO DE CONTROLE DOS ATOS DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO, PARA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DAS ATIVIDADES DOS NOTÁRIOS E DOS REGISTRADORES, BEM COMO PARA OBTENÇÃO DE MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA QUANTO À AUTENTICIDADE DOS RESPECTIVOS ATOS.

- I. Iniciativa: embora não privativamente, compete ao Tribunal de Justiça deflagrar o processo de elaboração de leis que disponham sobre a instituição do selo de controle administrativo dos atos dos serviços notariais e de registro (alínea “d” do inciso II do art. 96 c/c § 1º do art. 236 da Carta Federal).
- II. Regime jurídico dos serviços notariais e de registro: a) trata-se de atividades jurídicas próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos; b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais; c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma em-

presa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público; d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; e) são atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito; f) as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal.

- III. Taxa em razão do poder de polícia: a Lei mato-grossense n.º 8.033/2003 instituiu taxa em razão do exercício do poder de polícia. Poder que assiste aos órgãos diretivos do Judiciário, notadamente no plano

da vigilância, orientação e correição da atividade em causa, a teor do § 1º do art. 236 da Carta-cidadã. É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de fiscalização da atividade notarial e de registro a órgão público e ao próprio Poder Judiciário. Inexistência de desrespeito ao inciso IV do art. 150; aos incisos I, II e III do art. 155; ao inciso III do art. 156 e ao inciso III do art. 153, todos da Constituição Republicana de 1988.

- IV. Percepção integral dos emolumentos: a tese de que o art. 28 da Lei federal n.º 8.935/94 (Lei dos Cartórios) confere aos notários e registradores o direito subjetivo de receberem integralmente os emolumentos fixados em lei jaz circunscrita às fronteiras do cotejo entre normas subconstitucionais. Assim, por se constituir em confronto que só é direto no plano infraconstitucional mesmo, insuscetível se torna para autorizar o manejo de um tipo de ação de controle de constitucionalidade que não admite intercalação normativa entre o diploma impugnado e a Constituição da República.
- V. Competência legislativa e registros públicos: o § 1º do art. 2º do diploma legislativo em estudo cria um requisito de validade dos atos de criação, preservação, modificação e extinção de direito e obrigações. Imisculando-se, ipso facto, na competência legislativa que a Carta Federal outorgou à União (CF inciso XXV art. 22). Ação julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade, tão-somente, do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.033/03, do Estado do Mato Grosso. (ADI n.º 3.151-1 Mato Grosso do Sul, Rel. Min. CARLOS BRITTO, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 08/06/2005, Publicado DJU 28/04/2006).

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar constitucional a ação no que diz respeito à iniciativa do Tribunal de Justiça na proposição da lei, considerando-a, embora não privativa, do próprio Tribunal, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. No mérito, também por maioria, em julgar procedente, em parte, a ação, dando pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.033, de 17 de dezembro de 2003, do Estado de Mato Grosso, vencidos o Senhor Ministro Eros Grau, que a julgava procedente somente no aspecto material, e o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente em toda sua extensão, tanto no aspecto formal como no material. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim.

RELATÓRIO - O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

Com fundamento no inciso IX do art. 103 da Constituição Federal de 1988, a ANOREG – Associação dos Notários e Registradores do Brasil ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade. E o faz para impugnar o artigo 1º, com seus §§ 1º e 2º; o art. 2º, com seus §§ 1º e 2º, além do inteiro teor do art. 1º, todos da Lei n.º 8.033, de 17 de dezembro de 2003, do Estado do Mato Grosso.

2 Os dispositivos sob suspeita de inconstitucionalidade estão assim legendados:

Art. 1º. Fica instituído o Selo de Controle dos atos dos Serviços Notariais e de Registro, para implantação do sistema de controle das atividades dos notários e dos registradores, bem como para obtenção de maior segurança jurídica quanto à autenticidade dos respectivos atos.

§ 1º. O valor de cada selo de controle corresponde a R\$ 0,10 (dez centavos de real) e não será repassado ao usuário.

§ 2º. O valor do selo de controle será reajustado na mesma proporção da recomposição dos valores dos emolumentos dos serviços notariais.

Art. 2º. Cada ato notarial ou de registro praticado receberá selo de controle, que será utilizado seqüencialmente, da seguinte forma:

- a) o número de selos deverá corresponder à quantidade de atos praticados num único documento;
- b) quando um documento possuir mais de uma folha e constituir um só ato, o selo será colocado onde houver a assinatura do servidor responsável pelo ato;
- c) quando um documento possuir mais de uma folha e vários atos, os selos correspondentes aos atos poderão ser distribuídos pelo documento.

§ 1º. A não-utilização do selo de controle, de acordo com as regras fixadas nesta lei, acarretará a invalidade do ato.

§ 2º. As cópias dos documentos expedidos e destinados ao arquivo da serventia deverão conter o número de série dos respectivos selos de controle.

(...)

Art. 7º. Além daqueles já previstos em lei, constituem recursos do Fundo de Apoio ao Judiciário – FUNAJURIS, os valores provenientes do fornecimento dos selos de controle dos serviços notariais e de registro, e até 20% (vinte por cento) do total dos emolumentos cobrados em razão das atividades do serviço notarial e registral, previstos nas tabelas constantes da Lei n.º 7.550, de 03 de dezembro de 2001, e alterações posteriores.

(...)

- 3 Já no tocante aos dispositivos constitucionais que se tem por violados, são eles os artigos 5º, inc. XXXVI; 19, inc. II, 22, inc. XXV; 150, inc. IV; 153, inc. III; 155, incs. I, II e III; 156, inc. III, e 236, § 1º.
- 4 Nessa marcha batida, é que a autora declina os fundamentos jurídicos da sua pretensão de ver julgada procedente a ação direta. Sustentando, inicialmente, que os dispositivos censurados instituíram “impostos incidindo sobre a prestação dos serviços notariais e registrais, erigindo como base de cálculo a remuneração bruta auferida pelos notários e registradores em razão daquela prestação de serviços públicos”. E acrescentando que é direito subjetivo dos notários e registradores a percepção integral dos emolumentos, direito, esse, assegurado pelo art. 236, §§ 1º a 3º da Lex Legum, bem como pelo art. 28 da Lei federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994. Firme em tais premissas, a requerente argumenta que, ao “determinar a apropriação, de parte ou do todo, dos emolumentos percebidos pelos notários e registradores em razão da respectiva prestação de serviços”, a Lei estadual n.º 8.033/03 feriu o direito adquirido dos associados dela, autora da presente ação direta.
- 5 Não é tudo. A requerente segue em frente para dizer que o art. 155 da Carta Republicana de 1988 outorgou competência aos Estados-membros apenas para instituírem tributos incidentes sobre:
 - a) a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direito;
 - b) as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal; c) a propriedade de veículos automotores. Daí concluir que “não há previ-

são constitucional para que o Estado de Mato Grosso crie impostos incidentes sobre os serviços notariais, de registro e a respectiva remuneração bruta auferida pelos notários e registradores em decorrência do pagamento direto dos usuários, em contraprestação desses serviços”.

- 6 À derradeira, a autora enxerga vício de inconstitucionalidade formal no parágrafo Iº do art. 2º da Lei estadual em foco, por disciplinar matéria da competência legiferante privativa da União: registros públicos (arts. 19, II; 22, XXV e 236, § 1º, da CF).
- 7 Prossigo no relatório para averbar que solicitei informações aos requeridos, mas apenas o Governador do Estado de Mato Grosso atendeu ao chamado. Em seu arrazoado, o Chefe do Poder Executivo rechaça a tese esgrimida na inicial e, ao fazê-lo, Sua Excelência salienta que:

“(…)

A lei claramente menciona que o objeto é controle dos atos notariais e autenticidade dos mesmos, não significa a criação de imposto ou emolumentos, mas, tão-somente estabelecer certeza e autenticidade dos atos notariais, onde, sem o devido selo ficaria faltando o principal efeito, qual seja, a validade do ato notarial.

Assim, cabe diferenciar o tributo denominado TAXA, a qual se caracteriza por apresentar na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte.

No caso em concreto estamos diante de um tributo, na modalidade de taxa, pela utilização efetiva e potencial do uso do serviço cartorial, o qual, para validar o ato, necessário possuir o selo no documento que for expedir.

(…)”

8 Mais adiante, o primeiro requerido ainda argumenta que:

“(…)

Outro argumento do autor da Adin em apreço, se refere ao disposto no art. 236 e §§ da Constituição Federal que trata dos serviços notariais e de registro os quais são exercidos em caráter privado mediante delegação do Poder Público e a lei iria regular os emolumentos aos atos praticados pelos respectivos serviços.

A Lei estadual n.º 8.033/2003 não regulou emolumentos sobre valores a serem cobrados dos atos prestados diretamente ao contribuinte que venha necessitar dos serviços, porém, estabeleceu a necessidade de selo de autenticação e controle dos atos, o que compete ao Poder Judiciário local assim proceder.

(…)”

- 9 A título de arremate, o requerido pondera que a Lei federal n.º 8.935/94, que regula os serviços notariais e de registro, o faz de forma geral, identicamente aos comandos da Lei n.º 10.169, de 29 de dezembro de 2000. Sendo assim, a União apenas instituiu normas gerais sobre tais serviços, autorizando que os Estados e o Distrito Federal fixassem o valor dos emolumentos quanto aos atos praticados pelas respectivas serventias extra-forenses de serviços notariais e de registro.
- 10 Digo mais: em 05.05.2004, adotei a ritualística prevista no artigo 12 da Lei n.º 9.868/99. Daí porque abri vistas dos autos, sucessivamente, ao Advogado Geral da União e ao Procurador Geral da República.
- 11 Enfim, consigno que, às fls. 211/220, o nobre Advogado Geral da União se manifestou, defendendo a procedência da ação direta de inconstitucionalida-

de tão-somente quanto ao § 1º do art. 2º do diploma legal em estudo, por afronta aos arts. 22, inciso XXV, e 236, § 1º, todos da Norma Normarum republicana. Convergentemente, o douto Procurador Geral da República se posicionou pela procedência parcial da presente ação, para o fim de se declarar a inconstitucionalidade do mesmo § 1º do art. 2º da Lei mato-grossense n.º 8.033/2003.

É o relatório.

VOTO - O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

Reconheço, de pronto, a legitimidade ativa da ANOREG. Por isso que acedo ao pensar jurisprudencial desta Suprema Corte, notadamente quanto ao decidido na ADI 1751, Rel. Min. Moreira Alves. Além disso, entendo satisfeito o requisito da pertinência entre as finalidades institucionais da acionante e o centrado objeto desta actio.

14 Passando ao exame de mérito da quaestio, começo por dizer que a sua correta solução passa pela análise da natureza e regime jurídico dos tais “serviços de registros públicos, cartorários e notariais”, que a Lei Maior da República sintetizou sob o nome de “serviços notariais e de registro” (art. 236, cabeça e § 2º). Quero dizer, a formulação de qualquer juízo de validade ou invalidade dos dispositivos legais postos em xeque deve ser precedida de um cuidadoso exame do tratamento constitucional conferido às atividades notariais e de registro (registro “público” já é adjetivação feita pelo inciso XXV do art. 22 da Constituição, versante sobre a competência legislativa que a União detém com privatividade).

15 Com este propósito, pontuo que as atividades em foco deixaram de figurar no rol dos serviços públi-

cos que são próprios da União (incisos XI e XII do art. 21, especificamente). Como também não foram listadas enquanto competência material dos Estados, ou dos Municípios (arts. 25 e 30, respectivamente). Nada obstante, é a Constituição mesma que vai tratar do tema já no seu derradeiro título permanente (o de número IX), sob a denominação de “DISPOSIÇÕES GERAIS”, para estatuir o seguinte:

“Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

- 16 Vai além a regração constitucional-federal sobre a matéria, porque o “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” também dispõe sobre o mesmo assunto, nos seguintes termos:

“Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo poder público, respeitando-se o direito de seus servidores”.

- 17 Pois bem, daqui se infere que, tirante os serviços notariais e de registro já oficializados até o dia 5 de

outubro de 1988, todos os outros têm o seu regime jurídico fixado pela parte permanente da Constituição Federal. Mais precisamente, os demais serviços notariais e de registro têm o seu regime jurídico centralmente estabelecido pelo art. 236 da Lei Republicana.

Um regime jurídico, além do mais, que pensamos melhor se delinear pela comparação inicial com o regime igualmente constitucional dos serviços públicos, versados estes, basicamente, no art. 175 da Lei Maior¹. Por isso que, do confronto entre as duas categorias de atividades públicas, temos para nós que os traços principais dos serviços notariais e de registro sejam os seguintes:

- I. serviços notariais e de registro são atividades próprias do Poder Público, pela clara razão de que, se não o fossem, nenhum sentido haveria para a remissão que a Lei Maior expressamente faz ao instituto da delegação a pessoas privadas. É dizer: atividades de senhorio público, por certo, porém obrigatoriamente exercidas em caráter privado (CF, art. 236, caput). Não facultativamente, como se dá, agora sim, com a prestação dos serviços públicos, desde que a opção pela via privada (que é uma via indireta) se dê por força de lei de cada pessoa federada que titularize tais serviços;
- II. cuida-se de atividades jurídicas do Estado, e não simplesmente materiais, cuja prestação é traspas-

¹ “Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

sada para os particulares mediante delegação (já foi assinalado). Não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos;

- III. a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. Ao revés, exprime-se em estatuições unilateralmente ditadas pelo Estado, valendo-se este de comandos veiculados por leis e respectivos atos regulamentares. Mais ainda, trata-se de delegação que somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma “empresa” ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público;
- IV. para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos. Não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público;
- V. está-se a lidar com atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Reversamente, por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às rela-

ções inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito;

VI. enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por “tarifa” ou “preço público”, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal. Características de todo destoantes, repise-se, daquelas que são inerentes ao regime dos serviços públicos.

18 Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública lato sensu, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público².

19 Diga-se mais: se os serviços notariais e de registro não têm a natureza nem o regime jurídico dos serviços públicos, o mesmo é de ser dito quanto à natureza e ao regime normativo dos cargos públicos efetivos. A identidade, aqui, é tão-somente quanto à exi-

² Como defluiu da segura doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (ver Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 15ª edição, págs. 611/620), dois elementos se combinam para a conceituação do serviço público: a) um elemento formal, que é o seu regime de Direito Público, a significar sua regência por normas consagradoras tanto de prerrogativas quanto de encargos ou sujeições especiais; b) um elemento material, traduzido na efetiva ou na potencial oferta de comodidades ou utilidades materiais aos respectivos usuários, préstimos, esses, tão específicos quanto divisíveis.

gência constitucional da aprovação em concurso público de provas e títulos como pré-requisito de investidura na função, obedecida a ordem descendente de classificação.

É que, se não existe cargo público efetivo sem uma específica função estatal, pode haver uma específica função estatal desapegada de um cargo público. Do lado de fora dele, portanto, tal como se dá com a função de jurado, ou a de mesário e fiscal eleitoral, *verbi gratia*.

- 20 Deveras, se o cargo público efetivo é provido por nomeação, toda serventia cartorária extra-judicial tem na delegação a sua inafastável forma de investidura; se o exercício dos cargos públicos efetivos é remunerado diretamente pelos cofres do Estado, o exercício das atividades notariais e de registro é pago pelas pessoas naturais ou pelas pessoas coletivas que deles se utilizem; se ao conjunto dos titulares de cargo efetivo se aplica um estatuto ou regime jurídico-funcional comum, ditado por lei de cada qual das pessoas federadas a que o servidor se vincule, o que recai sobre cada um dos titulares de serventia extra-judicial é um ato unilateral de delegação de atividades, expedido de conformidade com lei específica de cada Estado-membro ou do Distrito Federal, respeitadas as normas gerais que se veiculam por lei da União acerca dos registros públicos e da fixação dos sobreditos emolumentos (inciso XXV do art. 22³ e §§ 1º e 2º do art. 236 da Carta de Outubro, um pouco mais acima transcritos); se as pesso-

³ "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXV - registros públicos;

(...)"

as investidas em cargo público efetivo se estabelecem no serviço do Estado, vencido com êxito o que se denomina de “estágio probatório”, e ainda são aquinhoadas com aposentadoria do tipo estatutário, pensão igualmente estatutária para seus dependentes econômicos, possibilidade de greve, direito à sindicalização do tipo profissional (não da espécie econômica) e mais uma cláusula constitucional de irredutibilidade de ganhos incorporáveis aos respectivos vencimentos ou subsídios, nada disso é extensível aos titulares de serventia extra-forense, jungidos que ficam os notários aos termos de uma delegação administrativa que passa ao largo do estatuto jurídico de cada qual dos conjuntos de servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Se nenhum titular de cargo efetivo pode assalariar terceiro para o contínuo desempenho das funções que lhe são próprias, é precisamente isso o que normalmente faz o titular da serventia extra-forense; postando-se, então, como típico empregador perante os empregados que fica autorizado a contratar para o bom funcionamento da unidade administrativa de que for delegatário. Enfim, as marcantes diferenciações pululam a partir do próprio texto da Magna Carta Federal, permitindo-nos a serena enunciação de que as atividades notariais e de registro nem se traduzem em serviços públicos tampouco em cargos públicos efetivos.

- 21 Em palavras outras, assim como o inquérito policial não é processo judicial nem processo administrativo investigatório, mas inquérito policial mesmo (logo, um *tertium genus*); assim como o Distrito Federal não é Estado-membro nem Município, mas tão-somente o próprio Distrito Federal; assim como os serviços fo-

renses não são outra coisa senão serviços forenses em sua peculiar ontologia ou autonomia entitativa, assim como o processo de conta não é processo legislativo, nem jurisdicional, nem mesmo administrativo, assim também os serviços notariais e de registro são serviços notariais e de registro, simplesmente, e não qualquer outra atividade estatal.

22 Certo é, contudo, que a jurisprudência deste STF tem os serviços notariais e de registro como espécie de serviço público. Atividade estatal, sim, porém da modalidade serviço público. Em desabono, portanto, da qualificação jurídica aqui empreendida⁴. Nada obstante, quer sob a categorização de atividade estatal não-constitutiva de serviço público (este o nosso pessoal entendimento), quer debaixo dessa outra categorização cognoscitiva (segundo os precedentes deste STF), é do meu pensar que o instrumento normativo sob censura não criou uma modalidade de imposto. Apenas instituiu taxa em razão do exercício do poder de polícia⁵. Poder que assiste aos órgãos diretivos do Judiciário, notadamente no plano da vigilância, orientação e correção da atividade em causa, a teor do § 1º do art. 236 da Constituição Federal⁶.

23 No fluxo desta compreensão das coisas, anoto que tema semelhante ao presente já foi enfrentado nesta Excelsa Corte de justiça. Refiro-me à ADI 2129-

⁴ Veja-se, à guisa de ilustração, o que restou decidido no RE 209.354, Rel. Min. Carlos Velloso; ADI 865 MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 1709, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 1378, Rel. Min. Celso de Mello e ADI 1778, Rel. Min. Nelson Jobim; entre outras.

⁵ Assim definido pelo art. 78 do Código Tributário Nacional: «Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos».

⁶ Vencido o eminente Ministro Marco Aurélio.

MC, Rel. Min. Nelson Jobim, em cujo corpo a maioria do Plenário⁷ indeferiu o pedido de medida liminar então formulado. Eis uma ilustrativa passagem desse voto condutor:

“(…)

A Lei 2.049/99 destinou 3% dos emolumentos percebidos pelas serventias extrajudiciais ao “Fundo Especial para Instalação, Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais” (fls. 31).

Compete à Administração Pública delimitar o exercício dos direitos individuais em prol do interesse público.

Ela o faz via seu poder de polícia.

O exercício desse poder é exatamente um dos fatos geradores de taxas (art. 145, II, CF e 77/78 do CTN).

(…)”

24 Neste lance, calha ainda abrir um parêntese para consignar que este egrégio Tribunal vem admitindo a destinação de parte da arrecadação dos emolumentos a órgão público e ao próprio Poder Judiciário. Daí a seguinte parte do voto proferido pelo Min. Carlos Velloso na ADI 1.145:

“(…)”

Na ADI 2.059-PR, Relator o Ministro Nelson Jobim, ficou esclarecido que é possível a destinação do produto da arrecadação da taxa para órgão público não estranho aos serviços notariais. Se essa destinação ‘é para o próprio Poder Judiciário’, esclareceu o Ministro Moreira Alves, ‘não há dúvida de que é possí-

⁷ Vencido o eminente Ministro Marco Aurélio.

vel', pois não se trata, como ocorre, por exemplo, com a Caixa de Assistência da OAB, de pessoa jurídica de direito privado'. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da mencionada ADI 2.059-PR, decidiu pela regularidade da destinação do produto da arrecadação da taxa a órgão público. Naquele caso, ao próprio Poder Judiciário.

(...)”

- 25 Ora bem, se é assim – vale repetir –, se tem a natureza de taxa de polícia o tributo instituído pela Lei mato-grossense aqui impugnada (art. 7º), penso inexistir a alegada violação aos incisos I, II e III do art. 155 e ao inciso III do art. 156, todos da Constituição Republicana de 1988.
- 26 Nessa vertente subsuntiva, ainda me parece carecedora de fundamento a petição de ingresso, no trecho em que afirma o desrespeito ao inciso III do artigo 153 da Magna Lei. Dispositivo constitucional, esse, que atribui à União a competência para instituir impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza. E assim me posiciono porque, segundo anotei um pouco mais acima, o tributo instituído pela Lei n.º 8.033, do Estado de Mato Grosso, possui natureza jurídica de taxa e por isso mesmo não se confunde com imposto.
- 27 Sigo na formatação deste voto para lembrar que a requerente desta ação constitucional também argumenta que o art. 28 da Lei n.º 8.935/94 (Lei dos Cartórios) confere aos notários e registradores o direito subjetivo de receberem integralmente os emolumentos fixados em lei. Donde o reclamo de que, ao determinar a apropriação de parcela desses emolumentos, o diploma legal aqui impugnado afrontou

o disposto no inciso XXXVI do art. 5º, da Constituição Federal.

- 28 Assim não se me afigura – ainda uma vez devo dizê-lo –, pois esse outro questionamento jaz circunscrito às fronteiras do cotejo entre normas subconstitucionais. Que por se constituir em confronto que só é direto no plano infraconstitucional mesmo, insuscetível se torna para autorizar o manejo de um tipo de ação de controle de constitucionalidade que não admite intercalação normativa entre o diploma impugnado e a Constituição da República. Aliás, não foi outra a conclusão a que chegou o ministro Nelson Jobim no julgamento da medida cautelar que se continha na pré-falada ADI 2129. Confira-se:

“(…)

Poder-se-ia dizer que - e a inicial não o faz -, que, no presente caso, não estariam os titulares das serventias percebendo o valor integral dos emolumentos, como determina a lei federal (L. 8.935/94, art. 28).

Mas, esse enfoque importa no confronto da lei estadual com a lei federal.

Nada com a Constituição.

(…)”

- 29 Já no tocante à suposta violação ao inciso IV do art. 150 da Constituição Federal de 1988, observo que o art. 1º do instrumento normativo ora combatido previu que “constituem recursos do Fundo de Apoio ao Judiciário – FUNAJURIS os valores provenientes do fornecimento dos selos de controle dos serviços notariais e de registro, e até 20% (vinte por cento) do total dos emolumentos cobrados em razão das atividades do serviço notarial e registral, previs-

tos nas tabelas constantes da Lei n.º 7.550, de 03 de dezembro de 2001, e alterações posteriores”. É dizer: além daqueles já previstos em lei, os recursos do Fundo de Apoio ao Judiciário – FUNAJURIS são constituídos por duas parcelas distintas:

- a) os valores provenientes do fornecimento dos selos de controle dos serviços notariais e de registro; e
- b) até 20% (vinte por cento) do total dos emolumentos cobrados em razão das atividades do serviço notarial e registral.

30 A seu turno, o art. 8º da Lei n.º 8.033/03 assim dispõe:

“(…)

Art. 8º A Corregedoria Geral de Justiça criará 03 (três) categorias de serviços notariais assim constituídas:

I - serventias pequenas e deficitárias;

II - serventias médias;

III - serventias grandes.

Parágrafo único. As serventias pequenas e deficitárias são isentas do pagamento do disposto no art. 7º, que serão cobradas das outras categorias, através de valores progressivos.

(…)”

31 Dessas transcrições normativas o que se lê me parece claro: a taxa instituída pelo art. 1º do diploma legal posto em xeque observou a exata proporção da capacidade contributiva das respectivas serventias. Tratou desigualmente os desiguais, em meticulosa proporção, o que me impede de enxergar a alegada ofensa ao inciso IV do art. 150 da Magna Carta de 1988.

- 32 Passo, agora, a examinar a tese de que o legislador de Mato Grosso usurpou a competência legiferante que é privativa da União para dispor sobre registros públicos. Ao fazê-lo, tenho como fundamentado o inconformismo da autora, no ponto. É que, ao instituir o selo de controle dos atos dos serviços notariais e de registro, a Lei estadual n.º 8.033/03 o fez como requisito de validade dos atos de criação, preservação, modificação e extinção de direitos e obrigações (§ 1º do art. 2º). Imiscuindo-se, ipso facto, na competência legislativa que a Lex Legum outorgou à União, com privatividade (CF, art. 22, inciso XXV).
- 33 Veja-se, a esse propósito, que não foi outro o entendimento adotado por este Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1752-MC, Rel. Min. Marco Aurélio:
- «EMOLUMENTOS - AUTENTICAÇÃO DE ATOS NOTARIAIS - VEÍCULO DE CRIAÇÃO - PROVIMENTO DA CORREGEDORIA. Ao primeiro exame, surge a relevância do pedido de suspensão e o risco de manter-se com plena eficácia provimentos de corregedoria criando, de forma onerosa, selo de autenticação a constar, necessariamente, de todo e qualquer ato notarial. Conflito dos Provimentos 23/97, de 25 de junho de 1997, e 31/97, de 17 de julho de 1997, com a Carta Política da República. Liminar passível de concessão».
- 34 Nessa contextura, julgo parcialmente procedente o pedido da presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei mato-grossense n.º 8.033, de 17 de dezembro de 2003.
- 35 É como voto.

VOTO EXPLICAÇÃO - O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Realmente a nossa jurisprudência che-

garia a tais excessos de cerimônia. Mas, na verdade, de uma lei, seja ela federal, municipal ou estadual, que prescreve caber a integralidade dos emolumentos aos titulares, pode-se tirar a ilegitimidade de um tributo? Por isso é que eu disse: coitado do imposto de renda.

Quanto à interpretação da lei federal, não há dúvida de que temos de passar por ela para chegarmos à inconstitucionalidade. A lei federal, efetivamente, preceitua que os emolumentos são integralmente percebidos pelo titular. Outra coisa é a incidência ou não de tributos.

VOTO - O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Também declaro inconstitucional a expressão “os valores provenientes do fornecimento dos selos de controle de serviços notariais e de registro”, constante do artigo 1º do mencionado diploma legal.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Qual é?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É o artigo 7º.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Que é o fundo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É um pouco difícil para acompanhar. O que é salvo, então, em seu voto?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - É só o § 1º.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Entendo que a taxa instituída é constitucional e a sua destinação também.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência não enfrentou o problema da iniciativa, não é?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Enfrentei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência entende que o Presidente do Tribunal teria a iniciativa da lei?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Isso constou da impugnação?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - De quem foi a iniciativa? Consta da folha 2 da inicial que a iniciativa é do Presidente do Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Penso que a iniciativa está correta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Como?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Vou ver a Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Essa previsão nem existe no tocante ao Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não tem previsão para isso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Para iniciar o processo legislativo nessa matéria?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Esse tema foi enfrentado anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É algo que discrepa, a mais não poder, da Carta da República.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Mas aí é uma interpretação que Vossa Excelência está dando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não. Estou tendo presente o disposto no artigo 96 e a prática quanto à iniciativa de projetos. Jamais me defrontei com um caso, um processo objetivo sobre iniciativa do Judiciário para criar taxa. Pelo menos, nesses quinze anos que aqui estou.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Mas taxa em função de uma atividade que compete ao Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não foi objeto de impugnação.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)
- Não vi se foi objeto de impugnação.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Isso não é relevante.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sei que a causa de pedir é aberta. Agora, não enfrentei essa questão por não me lembrar de existir.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se tem de organizar o serviço, pode instituir a taxa.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Taxa para organização de serviço.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, a terceirização de serviço envolve o seu custeio. Se entendemos que a taxa é legítima e custeia o serviço que tem de ser organizado por lei de iniciativa do Poder Judiciário...

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO - Isso não seria privativo do Chefe do Executivo?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não é privativo do Executivo.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO - Se não é privativo do Chefe do Executivo e se trata de serviço próprio do Poder Judiciário, a quem cabe organizar e fiscalizar, implícita está a faculdade de criar o crédito remunerador.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Essa análise tem importância no caso concreto específico, tendo em vista a reforma estabelecida no Poder Judiciário, Emenda n.º 45, que atribui todas as taxas e emolumentos ao serviço judiciário.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Tem-se o resultado da aplicação de uma lei.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas, aí, o problema da iniciativa é que está exatamente vinculado à necessidade do financiamento do serviço.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A organização do serviço. Como se organiza o serviço, que entendemos ser legítimo custear mediante taxa, se não se tem a iniciativa para instituir a fonte do custeio, que é a taxa?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Penso haver uma questão preliminar. Há ou não há taxa? No meu modo de ver, não há taxa.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO - Ministro, isso é questão de mérito.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Isso é questão de mérito, vamos discutir o problema da iniciativa.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Não é questão de mérito, por uma razão muito simples: se não houver taxa, não será necessário discutirmos a questão da iniciativa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas essa questão precede.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Eu aguardo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É uma questão que ficou obscura porque as taxas judiciárias certamente têm sido alteradas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não. Todas de iniciativa do governador. Não é o primeiro caso de iniciativa que me lembro ter examinado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - No âmbito federal, não houve alteração de taxa judiciária?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Todas as discussões da ANOREG sempre foram em relação à própria cobrança e não à iniciativa, tanto é que esse caso ela não menciona.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - No máximo, o Tribunal admitiu o reajuste, a reposição do poder aquisitivo, e não a criação, em si.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Em outra situação. Agora, estamos examinando se cabe ao Poder Judiciário a organização, inclusive, mais ainda no caso concreto, considerando a reforma constitucional que estabeleceu, enfim, todas as taxas e emolumentos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Penso que o caso não é de iniciativa privativa do Poder Judiciário, evidentemente. Mas, é um poder de iniciativa implícito do Tribunal de propor lei sobre a organização dos seus serviços. Ou, então, ela não é legítima. Se o argumento básico para considerá-la legítima – abstração feita do problema da iniciativa – é que vai custear um serviço de polícia administrativa do Judiciário, então se deve entender que, no poder de iniciar o processo legislativo de organização desse serviço de fiscalização, está implícito o de propor a fonte de seu custeio, que é essa taxa.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mesmo porque, se raciocinarmos da forma contrária, o próprio governador não teria o mínimo interesse nesse assunto. O interesse do governador manifestar-se-ia no veto à lei, isso é implícito.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Isso é o poder implícito. É a clássica hipótese de poder implícito: deu-se iniciativa para a proposta de organização do serviço e, nisso, tem-se que dar a da proposta dos meios necessários à manutenção do serviço.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Senão essa organização em funcionamento ficaria na dependência da boa vontade de outro Poder.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vossa Excelência afasta a tese e julga inconstitucional somente o § 1º do art. 2º?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito. E, no art. 1º, as insinuações.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Além daqueles está previsto que constituem recursos do Fundo os valores provenientes do fornecimento dos selos. Por que isto?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - “(...) os valores provenientes do fornecimento dos selos de controle dos serviços notariais e de registro, (...)” (Lê parte do art. 7º)

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vossa Excelência julgou inconstitucional o selo?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Julgo inconstitucional o selo, sim.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas o selo é um dos meios de se exercer uma das taxas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Porque o selo foi instituído como condição de validade aos atos jurídicos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Se entendi, Vossa Excelência está julgando só o § 2º.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - É a não utilização do selo que acarreta a nulidade. Mas, podemos declarar inconstitucional não o problema do selo, porque o selo é uma das formas de cobrar a taxa, é um tipo de taxa, é a forma de fiscalização da taxa. Julgamos inconstitucional só a condição de validade, mas não o selo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não vejo invalidade no ato.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas restaria um problema: e o recolhimento para o Poder Judiciário?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - É um problema de controle, aí, haverá problemas administrativos. Vejam, uma coisa é o Tribunal determinar que seja posto o selo, outra é dizer que, não aposto o selo, há invalidade. O errado é dizer que é inválido, agora, poderá criar uma ação administrativa, então só fica o § 1º.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Concordo, só fica o § 1º.

VOTO - O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Senhor Presidente, peço vênia para divergir do Ministro Carlos Britto.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas é fundamento ou é conclusão?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Vou fundamentar a minha conclusão. Tratar-se-ia de “taxa” pelo “exercício do poder de polícia”. Sucede que o poder de polícia limita ou disciplina “direito, interesse, ou liberdade,” quer dizer, incide sobre atividade de particulares. Nas atividades notariais há serviços exercidos por delegação do Poder Público. Serviços fiscalizados nos termos do § 1º do art. 236. Não há “direito, interesse, ou liberdade,” porém, atividade pública, função pública, não sujeita à ação do chamado poder de polícia. Insisto: poder de polícia limita ou disciplina “direito, interesse, ou liberdade”. No caso, há dever-poder a ser exercido pelos agentes dos serviços notariais e de registro.

Portanto, não vejo lugar para o exercício do chamado poder de polícia. Por conseqüência, não vejo a possibilidade de se cobrar taxa que remunere “o exercício do poder de polícia”.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - A fiscalização não poderá ser cobrada?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - A fiscalização é outra, é a fiscalização interna das corregedorias.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não se cobra nada?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - É remunerada por imposto. Não se adequa ao conceito do poder de polícia. Julgo procedente a ação.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, só para não perder a oportunidade. Marcelo Caetano diz sobre o “poder de polícia” que os serviços de polícia são os que vigiam as atividades para fazer observar as restrições legais impostas à liberdade, no intuito de evitar que se produzam, ampliem ou generalizem danos sociais.

Ora, o Poder Judiciário, em relação às serventias, faz o quê? Uma tríplice atividade de vigilância, de orientação e de correção, a justificar, a meu modo, a incidência da taxa, conceitualmente.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - As mesmas razões a não justificarem que se dê autenticidade ao que já é autêntico não podem justificar que o chamado poder de polícia, atividade que limita ou restringe a liberdade de privados, seja aplicado a atuação interna do próprio Poder Público.

Esse é o fundamento do meu voto.

VOTO - O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, peço vênias ao ministro Eros Grau. Entendo que há, sim, exercício do poder de polícia. Acompanho o relator, fazendo, no entanto, ressalva com relação aos fundamentos. Tenho algumas reservas a respeito de certos conceitos. Acompanho, na conclusão, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º.

VOTO - A Senhora Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também acompanho o Relator, com a vênias do Ministro Eros Grau.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, devo reconhecer que a origem desta lei – que eu possa assim enquadrar – está na autonomia financeira mitigada do Judiciário. Isso está consignado, com todas as

letras, no artigo 1º do diploma, ao aludir-se que “os valores provenientes do fornecimento dos selos de controle dos serviços notariais e de registro,” como, também, “até 20% (vinte por cento) do total dos emolumentos cobrados em razão das atividades do serviço notarial”, serão destinados ao Fundo de Apoio ao Judiciário – FUNAJURIS. Para mim, essa destinação já seria suficiente para concluir pela inconstitucionalidade do diploma.

Reafirmo que o Judiciário deve funcionar a partir do respectivo orçamento. Busquem-se recursos para a atividade da máquina judiciária. Insisto todavia que, no caso, acabou-se tendo aporte de recursos para o denominado apoio ao Judiciário – e ele, realmente, precisa de apoio, de verbas para se reestruturar, mas elas devem decorrer, em si, dos impostos, já que até mesmo o direito de petição, pela Carta da República, é gratuito. Há de se considerar ainda o problema da iniciativa.

Pela vez primeira vejo o Tribunal caminhar no sentido de entender que, no preceito exaustivo do artigo 96, quanto à iniciativa de leis, na referência à alteração da organização e da divisão judiciárias, tem-se a iniciativa para propor projeto visando ao surgimento, no cenário jurídico, de exações.

A meu ver, é uma interpretação que transborda os limites da interpretação integrativa, que elastece, como já disse, a mais não poder, o que se contém no inciso II do artigo 96 da Carta da República.

Salvo falha de memória, passados tantos anos da vigência da Constituição Federal, é a primeira vez que deparo com a matéria: uma ação direta de inconstitucionalidade atacando lei resultante de iniciativa do Judiciário para chegar-se a verbas necessárias ao apoio - como está no artigo 7º da lei em comento – ao próprio Judiciário.

Não me recordo, quer enquadre as parcelas a revelarem taxa ou qualquer outro tributo, de um precedente desta Corte assentando que, considerada a alteração da organi-

zação e da divisão judiciária, tenha-se iniciativa para alcançar recursos para o Judiciário.

O sistema, na minha opinião, estará solapado a partir do momento em que a Suprema Corte dê essa interpretação à alínea “d” do inciso II do artigo 96 da Constituição Federal.

Há mais, entretanto. Disse o ministro Eros Grau, e a meu ver com percuciência, que, em um primeiro passo, criou-se um selo objetivando colar uma autenticidade, para mim simplesmente formal, a atos que gozam da presunção de autenticidade. O selo não é satisfeito, conforme está na própria lei, pelo usuário do serviço, portanto, ele não se coloca no âmbito do que se entende por emolumentos. Não se coloca, portanto, no âmbito das normas gerais federais que regem a matéria, os emolumentos em si.

O § 1º é categórico:

§ 1º. O valor de cada selo de controle corresponde a R\$ 0,10 (dez centavos de real) e não será repassado ao usuário.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas integra a natureza das taxas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Que selo é esse?

Qual é a origem da cobrança? A que visa essa cobrança? Funcionamento dos Cartórios de Notas, dos Cartórios de Registro? Não. O denominado apoio ao Poder Judiciário, carente de orçamento!

Não posso, Senhor Presidente, potencializar o aspecto formal em detrimento do fundo. Não posso olvidar que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o fim, o meio. Estou certo de não gozarem os titulares de muitos Cartórios, considerado um ato falho da Constituinte – reputo o que se contém no artigo 236 como decorrente de um ato

falho –, de simpatia maior no que se propaga auferirem esses titulares de cartórios quantias vultosas. Mas essa circunstância, esse argumento é metajurídico. Não é um argumento legal, não é um argumento constitucional que autorize, em si, ter-se fatiado o que percebido pelos titulares. Não há uma divisão na lei federal, muito menos para atribuir-se alguma coisa ao Poder Judiciário, do que percebido por esses titulares, considerados os emolumentos que podem cobrar. Tem-se o artigo 1º, e aí o Judiciário como que se torna um verdadeiro sócio do titular, minoritário é certo, mas um sócio do titular do Cartório, ao prever-se, sem se mencionar inclusive a que título, participação no que percebido pelo titular do cartório em termos de emolumentos. Segundo a legislação de regência, vinte por cento, quase um quarto, serão dedicados ao famigerado - e assim o tenho – FUNAJURIS – Fundo de Apoio ao Judiciário. E eu teria até dificuldades em definir a personalidade desse fundo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Um fundo meramente contábil, não tem personalidade jurídica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É decorrência da quadra vivida, é um fundo fantasma.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não, ele existe. São verbas orçamentárias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não há parâmetros rígidos quanto à atuação desse Fundo, quanto à prestação de contas por esse Fundo.

Lamento que o Judiciário tenha chegado a essa quadra que o leva a caminhar no sentido de um verdadeiro, para mim, com a devida vênua dos Colegas, driblar aos parâmetros constitucionais. O Judiciário, se ele não pode atuar a partir do orçamento, deve ser fechado para balanço, como o próprio Estado. O Judiciário deve atuar a partir, repito, do orçamento, cujas balizas são rígidas.

Peço vênia, Senhor Presidente, ao relator, muito embora perceba que o objetivo de Sua Excelência é o melhor possível, para entender que a lei, que já nasceu com um vício inafastável, o de iniciativa, porque não reconheço a iniciativa do Judiciário para encaminhamento de projeto objetivando alcançar recursos, conflita com a Lei Fundamental.

Assim, julgo procedente o pedido formulado.

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Carlos Britto (Relator).

VOTO - O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, também acompanho o voto do emittente Relator. Dado o tom apodítico com que contestada a iniciativa legislativa do Tribunal de Justiça, neste caso, apenas como já adiantara durante a discussão - e, agora, acaba de mostrar com precisão o Ministro Celso de Mello -, o caso me parece um exemplo escolar de poder implícito. A iniciativa legislativa do Judiciário é restrita, não há dúvida, mas lhe é concedida não em termos de racionalidade do processo legislativo, mas como instrumento de sua independência. E de nada vale dar-lhe a iniciativa para propor a própria organização judiciária, se não se lhe dá a iniciativa para propor o custeio necessário a essa organização.

Por isso, entendo que o caso é, sim, de iniciativa, ainda que não exclusiva, do Poder Judiciário.

No mais, reporto-me aos votos proferidos em casos similares na ADI n.º 2.059-PR, da qual Vossa Excelência foi Relator, e mesmo na ADI n.º 2.159, em que houve um problema que me reservei para análise melhor, porque se colocava o produto dessa taxa de polícia, não genericamente num fundo de apoio ao Poder Judiciário, mas, lembra-se Vossa Excelência, num fundo de financiamento de custeio dos Juizados Especiais. Aqui, não, é um fundo genérico, dir-se-á – daí a intervenção do Advogado da tribuna – não

ser integralmente destinado ao serviço de policiamento. É outro problema sobre o qual já tive oportunidade de expender considerações neste Tribunal: a taxa é um preço político; a sua destinação não a desfigura e nada exige limitá-la ao financiamento exclusivo da atividade de fiscalização que a legitima.

São essas as minhas breves considerações.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Haveria dificuldade de fazer esta precisão. O Ministro Nelson Jobim falou do fundo contábil. A rigor, aqui se faz encontro de contas.

O que se poderia discutir, mas aparentemente a questão não veio a termo – e a Corte já se pronunciou sobre isto naquele célebre acórdão do Ministro Moreira Alves –, é quanto à eventual desproporcionalidade de uma taxa.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - É verdade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Se não correspondesse a uma contraprestação.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - A própria lei estabeleceu uma gradação quanto a isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isto é pertinente e o Tribunal fixou orientação nesse sentido.

TRIBUNAL PLENO VOTO - O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Também acompanho o Relator e chamo a atenção do Tribunal, com as considerações feitas, que esses fundos instituídos em alguns Tribunais de Justiça – e grande parte deles estão criando essa modalidade de fundos – são, todos eles, rubricas orçamentárias, criados por lei e destinados exclusivamente a determinados tipos de investimentos. Não se pode, inclusive, destinar esses fundos ao pagamento de pessoal. A sua destinação é exatamente suprir o Judiciário de uma série de carências que o sistema de arrecadação não atende. É um siste-

ma inteligente no sentido de uma solução financeira para as carências que encontramos no sistema judiciário nacional, considerando exatamente o problema dos recursos.

Brasília, 08 de junho de 2005 – Min. Carlos Ayres Britto, relator.

3.1.1.2 EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.

Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 327.904-1 São Paulo, Rel. Min. CARLOS BRITTO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 15/08/2006, Publicado DJU 28/08/2006).

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Perence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário, mas lhe negar provimento.

RELATÓRIO - O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator):

- 1 Cuida-se de recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Magna Carta, manejado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão cuja ementa é a seguinte (fl. 419):

“Indenizatória - Ilegitimidade passiva do agente político.

Prática de atos próprios da função Legitimidade passiva da pessoa jurídica de direito público (entendimento do art. 37, § 6º, da C. Federal) – Recurso Improvido.”

- 2 Pois bem, a recorrente (Associação de Caridade Santa Casa de Misericórdia de Assis) sustenta que o recorrido (José Santilli Sobrinho), ex-Prefeito do Município de Assis (SP), editou o Decreto de Intervenção n.º 2.664/1993, em face de hospital e maternidade de propriedade dela, associação. Ato, esse, que resultou em Prejuízos financeiros à entidade beneficente e justificou a propositura de ação indenizatória, com pedido de ressarcimento de perdas e danos em face do próprio recorrido.
- 3 Da leitura dos autos, observo que o processo foi extinto sem julgamento do mérito, sob o fundamento de ilegitimidade passiva do réu. Mantido esse decisor em grau de apelação, é que foi interposto o

presente recurso extraordinário, com a alegação de desrespeito ao § 6º do art. 37 da Magna Carta.

- 4 Prossigo neste relato para dizer que a parte recorrente defende a tese de que é permitido ao “lesado mover a ação de indenização diretamente contra o agente, prescindindo de responsabilizar o Estado ou quem lhe faça as vezes ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo ou culpa...” (fl. 429). Daí sustentar que, fundamentada a causa na conduta culposa do agente político, a ação pode ser dirigida diretamente à pessoa do ex-Prefeito (José Santilli Sobrinho), independentemente da responsabilidade do Município por ele então governado.
- 5 A seu turno, a douta Procuradoria Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo não-conhecimento do recurso. Todavia, acaso superado o óbice ao conhecimento do apelo extremo, entendeu que o recurso tinha de ser provido.

É o relatório.

VOTO – O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator):

De saída, leio o § 6º do art. 37 da Magna Carta:

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

(Sem destaques no original)

- 9 À luz do dispositivo transcrito, a conclusão a que chego é única: somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito pri-

vado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.

- 10 Quanto à questão da ação regressiva, uma coisa é assegurar ao ente público (ou quem lhe faça as vezes) o direito de se ressarcir perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa; coisa bem diferente é querer imputar à pessoa física do próprio agente estatal, de forma direta e imediata, a responsabilidade civil pelo suposto dano a terceiros.
- 11 Com efeito, se o eventual prejuízo ocorreu por força de um atuar tipicamente administrativo, como no caso presente, não vejo como extrair do § 6º do art. 37 da Lei das Leis a responsabilidade “per saltum” da pessoa natural do agente. Tal responsabilidade, se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao Erário (ação regressiva, portanto), depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público, ou de quem lhe faça as vezes. Vale dizer: ação regressiva é ação de “volta” ou de “retorno” contra aquele agente que praticou ato juridicamente imputável ao Estado, mas causador de dano a terceiro. Logo, trata-se de ação de ressarcimento, a pressupor, lógico, a recuperação de um desembolso. Donde a clara ilação de que não pode fazer uso de uma ação de egresso aquele que não fez a “viagem financeira de ida”; ou seja, em prol de quem não pagou a ninguém, mas, ao contrário, quer receber de alguém e pela vez primeira.
- 12 Vê-se, então, que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal consagra uma dupla garantia: uma, em fa-

vor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente, perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

- 13 Nesse rumo de idéias, acolho o magistério de José Afonso da Silva, in Comentário contextual à Constituição, Editora Malheiros — 2005, página 349, in verbis:

“(...)

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

(...)”

- 14 No caso dos autos, argumenta-se que o hipotético prejuízo decorreu do citado Decreto n.º 2.664, de 1993. Decreto que, vale lembrar, teve como lastro o inciso II do art. 23, bem como o art. 197, ambos da Carta de Outubro, e foi subscrito pelo então Prefeito José Santilli Sobrinho.
- 15 Ora bem, trata-se de ato típico da Administração Pública (Decreto de Intervenção), dado que as ações relacionadas à “Saúde” estão compreendidas em área de interesse que a própria Carta da República elegeu como “direito de todos e dever do Estado”

(art. 196). Apenas a título de ilustração, leio o conteúdo do art. 2º do referido Decreto de Intervenção:

“Art. 2º - A intervenção do Poder Público objetiva garantir o restabelecimento da prestação dos serviços do pronto-socorro da entidade, bem como a eficiência desejável na prestação dos demais serviços hospitalares;”.

- 16 Presente esta ampla moldura, trago à colação o sempre douto magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 19ª edição), para quem:

“ (...)

38. Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias. Estas, só os seres físicos as possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, juridicamente falando. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos nesta qualidade.

(...)

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado.

Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional - pouco importa se bem ou mal desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou

(ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

(...)”

- 17 Não bastassem todos esses fundamentos, cito, no mesmo sentido, o AI 167.659-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgado pela Segunda Turma desta Casa de Justiça. Julgamento, esse, que se deu à luz da Constituição de 1988.
- 18 Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário, mas lhe nego provimento.

Brasília, 15 de agosto de 2006 – Min. Carlos Ayres Britto, relator.

3.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.2.1 ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

3.2.1.1 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, § 3º E 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMEN-

TO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.

- 1 É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes.
- 2 Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.
- 3 Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.
- 4 Recurso especial a que se dá provimento.

(Resp 840.782 – RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 08/08/2006, Publicado DJU 28/08/2006).

ACÓRDÃO - Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

RELATÓRIO - Trata-se de recurso especial (fls. 73-91) interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em demanda visando ao fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da autora, deu provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinara o bloqueio de verbas do Estado, decidindo, em síntese, que a medida é inaplicável aos entes públicos.

No recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado, fundado na alínea a do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) art. 461, caput e § 5º, do CPC, pois o dispositivo “apenas exemplifica medidas que seriam hábeis a garantir a efetividade do provimento jurisdicional, não estando excluída, portanto, a possibilidade de adoção do bloqueio de valores” (fl. 78) e (b) art. 730 do CPC, em razão da inaplicabilidade do regime de precatórios ao caso.

Apresentadas contra-razões (fls. 93-99), o recorrido sustenta a inadmissibilidade do recurso, ante a ausência de

prequestionamento. No mérito, alega que a medida carece de amparo legal.

É o relatório.

VOTO - 1 Não merece prosperar a alegação de ausência de prequestionamento, uma vez que o Tribunal de origem apreciou, explicitamente, a questão relativa à possibilidade de bloqueio de verbas públicas.

2 É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor ao demandado o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: EDcl no Ag 645565/RS (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005); AgRg no Ag 646240/RS (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005); RESP 592132/RS (5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005); RESP 537269/RS (5ª Turma, Min. Felix Fischer, DJ de 28.10.2003); AgRg no AG 511956/SP (5ª Turma, Min. Gilson Dipp, DJ de 13.10.2003); AgRg no RESP 554776/SP (6ª Turma, Min. Paulo Medina, DJ de 6.10.2003); RESP 155174/SP (6ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 06.04.1998); AgRg no Resp 718011/TO (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005).

3 É certo, por outro lado, que não se pode confundir astreintes com bloqueio ou seqüestro de verbas públicas. Embora pertençam, ambos, à categoria de meios executivos, sua natureza é inteiramente diversa. Como se sabe, o cumprimento (= a execu-

ção) da sentença ou, se for o caso, da medida antecipatória de tutela é promovido mediante diferentes meios executivos, definidos por Chiovenda como “as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito”, e por ele assim classificados: a) meios de coação, com os quais “os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com a participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve”; e b) meios de sub-rogação, “aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado” (Instituições de Direito Processual Civil, 3ª ed., trad. J. Guimarães Menegale, Saraiva, 1969, vol. I, p. 288). A multa diária (astreintes) é típico meio executivo de coação. Atuando sobre a vontade do devedor, ela visa a fazer com que o devedor satisfaça, sob pressão, a prestação que deveria espontaneamente entregar ao seu credor. Daí afirmar-se que a execução por meios coativos é forma de execução forçada indireta, já que o cumprimento da obrigação ocorre, não diretamente pela ação do Judiciário, mas pela do próprio devedor. Os meios de sub-rogação, ao contrário, são os que o Estado utiliza para, ele mesmo, entregar ao credor o objeto da prestação, independentemente da vontade ou da colaboração do devedor. Há, aqui, portanto, caracterizadamente, execução forçada direta. Em três subespécies classificam-se ditos meios executivos: (a) meios de desapossamento, (b) meios de transformação e (c) meios de expropriação. Os primeiros, consistentes em

providências para retirar o bem da posse do devedor ou de terceiro que o detenha, são utilizados para a execução forçada de obrigação de entregar coisa. Os meios de transformação prestam-se ao atendimento de obrigações de fazer e de não fazer. Por eles, o Estado providencia medidas para que a obra ou o serviço ou o desfazimento, reclamados pelo credor, sejam realizados por outrem, que não o devedor renitente. E, finalmente, os meios executivos de expropriação consistem em atos de invasão forçada do patrimônio do executado para dele separar um ou mais bens, que serão destinados a cumprir obrigação de pagar quantia. A satisfação do crédito se dará pela entrega do dinheiro produzido com a alienação dos bens em hasta pública, ou, eventualmente, pela adjudicação dos bens penhorados ou, ainda, pelo usufruto do imóvel ou da empresa (CPC, art. 708). O seqüestro e o bloqueio de dinheiro, bem se percebe, constituem típico meio executivo de sub-rogação por expropriação. Ora, em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

- 4 Todavia, o regime constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos e da submissão dos gastos públicos decorrentes de ordem judicial a prévia indicação orçamentária deve ser conciliado com os demais valores e princípios consagrados pela Consti-

tuição. Estabelecendo-se, entre eles, conflito específico e insuperável, há de se fazer um juízo de ponderação para determinar qual dos valores conflitantes merece ser específica e concretamente prestigiado. Ora, a jurisprudência do STF tem enfatizado, reiteradamente, que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo. É o que demonstrou o Min. Celso de Mello, em decisão proferida no RE 393.175, de 1702/06 (transcrita no Informativo 414, do STF):

“Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os

entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 'Poder Constituinte e Poder Popular', p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadim-

plemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes ainda mais se se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU - AI 537.237/PE, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - RE 237.367/RS,

Rel. MAURÍCIO CORRÊA - RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO - RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO - AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

‘PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.
- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”

- 5 Nessa linha de entendimento, deve-se concluir que em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde da demandante, não teria sen-

tido algum submetê-la ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Assim, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. Assinale-se que, no caso concreto, não se põe em dúvida a necessidade e a urgência da aquisição do medicamento.

- 6 Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a decisão da fl. 32.

É o voto.

Brasília, 08 de agosto de 2006 – Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, relator.

3.2.1.2 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFRMM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. CONVERSÃO EM RENDA. PRECEDENTES.

- 1 Com o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 479.725/BA (relator Ministro José Delgado), firmou-se, na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, na hipótese de extinção do mandado de segurança sem julgamento de mérito, em face da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, os depósitos efetuados pelo contribuinte para suspen-

der a exigibilidade do crédito tributário devem ser convertidos em renda da Fazenda Pública.

- 2 Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.

(Agravo de instrumento 743.097 – SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 18/05/2006, Publicado DJU 03/08/2006).

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, dar provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

RELATÓRIO - Trata-se de agravo regimental interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão monocrática de minha lavra que negou provimento a agravo de instrumento sob o fundamento de que, extinto o processo sem julgamento do mérito, é de ser deferido o levantamento de depósito efetuado pelo contribuinte.

Colaciona a agravante, em seu arrazoado, recentes julgados da Primeira Seção desta Corte no sentido de que, na hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito, o valor do depósito deve ser convertido em renda para a União Federal.

Alega, ainda, o seguinte:

“Além disso, no caso da AFRMM, importante salientar que os contribuintes, em regra, assim como ocorre no caso

vertente, só conseguem o desembaraço aduaneiro sem o pagamento do referido tributo porque fazem o depósito da importância devida e é deferida a liminar” (fl. 78)

Postula ao final a reconsideração da decisão agravada. É o relatório.

VOTO - O apelo merece prosperar.

O objeto da controvérsia suscitada no presente recurso especial cinge-se à discussão se é possível ou não o levantamento dos depósitos efetuados para o fim de suspender a exigibilidade do A.F.R.M.M. (Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante) nos casos em que o processo é extinto sem julgamento de mérito em face da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

Como consta dos autos, os depósitos judiciais efetivados pela ora recorrida foram voluntários na intenção de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional. O art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/80, por sua vez, estabelece como requisito para levantamento do depósito judicial o trânsito em julgado da decisão.

No presente caso, o mandado de segurança, sede da decisão interlocutória impugnada pelo presente recurso, foi extinto sem julgamento do mérito. Nesses casos, no tocante aos depósitos judiciais, esta Corte tinha posicionamento nos dois sentidos: ora permitindo o levantamento do depósito efetuado pelo contribuinte, ora determinando a conversão em renda em favor da Fazenda Nacional.

Recentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça dissipou definitivamente a divergência jurisprudencial então existente, decidindo que, se a ação intentada, por qualquer motivo, resultar sem êxito, deve o depósito ser convertido em renda da Fazenda Pública. Confira-se, a

seguir, excerto do voto proferido pelo Ministro José Delgado no julgamento dos EREsp n. 479.725/BA (publicado no DJ de 26.9.2005), que bem resume a questão:

“Efetivamente, afigura-se muito maior a facilidade de a Fazenda Nacional, por meio da execução forçada, ressarcir-se dos valores que entende devidos e não pagos do que o contribuinte reavê-los no caso de ilegalidade da exação cobrada. Ocorre que o cumprimento da obrigação tributária só pode ser excluído por força de lei ou suspenso de acordo com o que determina o art. 151 do CTN. Fora desse contexto, o contribuinte está obrigado a recolher o tributo. No caso de o devedor pretender discutir a obrigação tributária em juízo, permite a lei que faça o depósito integral da quantia devida para que seja suspensa a exigibilidade. Se a ação intentada, por qualquer motivo, resultar sem êxito, deve o depósito ser convertido em renda da Fazenda Pública. A meu entender, é essa a interpretação que deve prevalecer. O depósito é simples garantia impeditiva do fisco para agilizar a cobrança judicial da dívida, em face da instauração em juízo de litígio sobre a legalidade da sua exigência. Extinto o processo sem exame do mérito contra o contribuinte, têm-se uma decisão desfavorável. O passo seguinte, após o trânsito em julgado, é o recolhimento do tributo.”

No mesmo diapasão, confirmam-se os seguintes julgados:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO ART. 535, I E II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, II, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DO JUÍZO. FINALIDADE DÚPLICE. PRECEDENTES.

- 1 O juízo ad quem não está adstrito aos fundamentos expendidos em Primeiro Grau, uma vez que a finalidade do Duplo Grau de Jurisdição é reapurar a juridicidade da decisão.

- 2 A garantia prevista no art. 151, II, do CTN tem natureza dúplice, porquanto ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, porquanto a conversão em renda do depósito judicial equivale ao pagamento previsto no art. 156, do CTN, encerrando modalidade de extinção do crédito tributário.
- 3 Permitir o levantamento do depósito judicial sem a anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública, por isso que se revela inaplicável, in casu, o preceito contido no art. 17 da Lei 9.779/99, com a redação dada pela MP 2.158-35/2001.
- 4 Precedentes.
- 5 Recurso especial conhecido e improvido” (Primeira Turma, REsp n. 490.641/PR, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 3.11.2003).

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEPÓSITO. CONCESSÃO DE LIMINAR. A.F.R.M.M. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. LEVANTAMENTO DE IMPORTÂNCIA DEPOSITADA. ILEGALIDADE. - Sendo devido o pagamento, o desembaraço da mercadoria só foi possível por força da liminar concedida. Isso, entretanto, não autoriza o levantamento do depósito, que consistiria em verdadeira isenção, contrariando a lei” (Segunda Turma, REsp n. 163.045/SP, relator Ministro Hélio Mosimann, DJ de 9.11.98)

“AFRMM - CRÉDITO - SUSPENSÃO - EXIGIBILIDADE - DEPÓSITO - LEVANTAMENTO - SENTENÇA - TRÂNSITO EM JULGADO. O depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário é feito também em garantia da Fazenda e só pode ser levantado após sentença final transitada em julgado, se favorável ao contribuinte. Se o desembaraço aduaneiro de mercadorias ocorreu sem o recolhimento do AFRMM,

em razão de liminar deferindo o pedido de depósito da importância correspondente a esta exação, caso extinto o processo, fica sem efeito a liminar, não autorizando o levantamento do depósito que deve ser convertido em renda da União. Recurso provido” (Primeira Turma, REsp n. 251.350/SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 12.3.2001).

“AFRMM - CRÉDITO - SUSPENSÃO - EXIGIBILIDADE - DEPÓSITO - LEVANTAMENTO - SENTENÇA - TRÂNSITO EM JULGADO. O depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário é feito também em garantia da Fazenda e só pode ser levantado após sentença final transitada em julgado, se favorável ao contribuinte. Se o desembaraço aduaneiro de mercadorias ocorreu sem o recolhimento do AFRMM, em razão de liminar deferindo o pedido de depósito da importância correspondente a esta exação, caso extinto o processo, fica sem efeito a liminar, não autorizando o levantamento do depósito que deve ser convertido em renda da União. Recurso provido” (Primeira Turma, REsp n. 227.958/SP, relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 7.2.2000).

“TRIBUTÁRIO. AFRMM. CONVERSÃO DE DEPÓSITO EM RENDA DA UNIÃO FEDERAL. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

- 1 Ainda que extinto o processo sem julgamento do mérito, entende-se que o depósito, efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário, deve ser convertido em renda da União Federal, ainda mais tendo em vista que, em razão de liminar, foi a mercadoria desembaraçada sem o pagamento da exação devida.
- 2 Precedentes da Primeira Turma.
- 3 Recurso provido” (Primeira Turma, REsp n. 258.752/SP, relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 25.2.2002).

Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada e dou provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial a fim de determinar que os depósitos efetuados pelo contribuinte para suspender a exigibilidade do crédito tributário sejam convertidos em renda da Fazenda Pública.

É como voto.

Brasília, 18 de maio de 2006 – Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, relator.

3.2.1.3 PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL. NULIDADE DE LICENCIAMENTO. INSTALAÇÃO DE RELAMINADORA DE AÇOS. LEIS 4.771/65 E 6.938/81. ATUAÇÃO DO IBAMA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA.

- I. Em razão de sua competência supletiva, é legítima a presença do IBAMA em autos de ação civil pública movida com fins de decretação de nulidade de licenciamento ambiental que permitia a instalação de relaminadora de aços no município de Araucária, não se caracterizando a apontada afronta às Leis 4.771/65 e 6.938/81.
- II. “A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais” (REsp n.º 588.022/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 05/04/2004).
- III. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(Resp 818.666 – PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 25/04/2006, Publicado DJU 28/09/2006).

ACÓRDÃO - Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI e DENISE ARRUDA votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro JOSÉ DELGADO. Custas, como de lei.

RELATÓRIO - Trata-se de recurso especial interposto por INDÚSTRIA NACIONAL DE AÇOS LAMINADOS INAL S/A, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, visando reformar decisão assim proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em autos de apelação cível em ação civil pública:

“PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE EXCLUI LITIS-CONSORTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. LEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APRECIÇÃO EX OFFICIO. MA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA. LEI N.º 6.938/81. SUPRESSÃO PARCIAL OU TOTAL DE FLORESTAS. ART. 3º, § 1º, da Lei n.º 1.885/38, de 29.06.99. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO FEDERAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ART. 1º, III, DA LEI N.º 4.771/65. INTERESSE COMUM.

1. A decisão que exclui um dos litisconsortes passivos, prossequindo o feito quanto aos demais, é atacável por meio de agravo de instrumento, em face da continuidade do processo em relação aos outros demandantes. Recursos de apelação não conhecidos.

2. Tratando-se de tema ordem pública, que deve ser apreciado *ex officio* pelo julgador, é de ser analisada a legitimidade passiva IBAMA, mesmo que não conhecidos os recursos de apelação.
3. O artigo 10, caput, da Lei n.º 6.938/81 prevê que o licenciará em caráter supletivo, em relação ao órgão estadual ambiental. A atuação supletiva do IBAMA apesar de a lei não indicar os seus parâmetros, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se o órgão estadual ambiental foi inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omissor. A ação supletiva do IBAMA, como do órgão existente ao tempo da elaboração da lei 6.938/81, a SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente, justifica-se pela inexistência de quadros funcionais e para possibilitar que os Estados tomassem à frente a gestão ambiental.
4. Dispõe o artigo 3º, § 1º, da Lei n.º 1.885/38, de 29.06.99, que a supressão total ou parcial de florestas e demais formas de vegetação permanente de que trata esta lei, devidamente caracterizada em procedimento administrativo próprio e com prévia autorização do órgão federal de meio ambiente, somente será admitida quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.
5. Por se tratar na presente actio de áreas de preservação permanente (consoante evidencia a vistoria efetuada, às fls. 94/103, pelo CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA PROMOTÓRIA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ), incidindo o disposto no artigo 1º, III, da Lei n.º 4.771/65, o qual as considera bens de interesse comum a todos os habitantes do país, relativamente a eles exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem, mais

um motivo a atrair a competência federal, com fulcro no artigo 109, I, da Constituição". (fl. 2474).

Originariamente cuida-se de ação civil pública de nulidade de licenciamento ambiental, ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE DE ARAUCÁRIA – AMAR, contra cinco entidades elencadas à fl. 03 dos autos, visando, em síntese, à nulidade das licenças que permitiram a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN – IMSA Aços Revestidos S/A – CISA instalar relaminadora de aços no município de Araucária, bem como a condenação dos requeridos na obrigação de absterem-se de quaisquer atividades que viessem a propiciar a continuidade da degradação ambiental. A sentença monocrática, reconhecendo a ilegitimidade passiva do IBAMA, extinguiu o feito sem julgamento de mérito, determinando sua remessa ao juízo estadual (fl. 2369).

Ao julgar a apelação interposta contra aquela decisão, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região culminou por decidir pela manutenção do IBAMA no feito, anulando a decisão monocrática, nos termos da ementa supratranscrita.

No presente apelo, sustenta a recorrente que o decisor teria afrontado o disposto no § 1º do artigo 3º da Lei n.º 1.885/38 ou 4.771/65, bem como o artigo 10 e seu § 4º da Lei n.º 6.938/81, alegando que a atuação do IBAMA é supletiva e diz respeito apenas à autorização para supressão de vegetação em área de preservação permanente, não sendo essencial ou decisiva sua participação no licenciamento ambiental da recorrida, competindo ao órgão estadual, o IAP, o licenciamento da recorrente.

Afirma não ser correta a aplicação da Medida Provisória n.º 2166-67 ao caso, uma vez que na época dos fatos a norma vigente (art. 3º, § 1º, do Código Florestal) considerava que a supressão de vegetação em área de preservação permanente poderia ocorrer quando fosse necessária para

a execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

É o relatório.

VOTO - Inicialmente cumpre salientar que, apesar de o recurso vir embasado também na alínea “c” do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, a recorrente não logrou apontar qualquer decisão como paradigma, deixando de satisfazer ao disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, não merecendo seguimento o recurso no que diz respeito à divergência jurisprudencial.

No tocante à alínea “a”, o apelo encontra-se voltado contra a declaração de legitimidade do IBAMA no presente feito e, conseqüentemente, na alegada incompetência da Justiça Federal para a respectiva ação civil ambiental, entendendo violados os seguintes dispositivos federais:

LEI N.º 4.771, DE 15 DE SETEMBRO DE 1965, (com os termos expendidos pela Medida Provisória n.º 1888-038, de 29.06.99 - época da Autorização respectiva):

“Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

(...) omissis

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas e demais formas de vegetação permanente de que trata esta Lei, devidamente caracterizada em procedimento administrativo próprio e com previa autorização do órgão federal de meio ambiente, somente será admitida quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, sem prejuízo do licenciamento a ser procedido pelo órgão ambiental competente.”

LEI N.º 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981 (com a redação dada pela Lei n.º 7.804/89):

“Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

(...) omissis

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.”

O aresto recorrido, baseado no parecer ministerial, entendeu pela competência supletiva do IBAMA, motivada pela inépcia do órgão estadual competente ao emitir licença ambiental, inobstante reconhecida a necessidade de complementação do EIA/RIMA.

Ao tratar do tema, Paulo Affonso Leme Machado assim considerou:

“4.2. Licenciamento ambiental supletivo pelo IBAMA. O art. 10, caput, da Lei 6.938/81 prevê que o IBAMA licenciará em caráter supletivo, em relação ao órgão estadual ambiental.

A atuação supletiva do IBAMA, apesar de a lei não indicar os seus parâmetros, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se o órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omissis.

A ação supletiva do IBAMA, como do órgão existente ao tempo da elaboração da Lei 6.983/81, a SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente, justifica-se pela

inexistência de quadros funcionais e para possibilitar que os Estados tomassem à frente a gestão ambiental.

Essa possibilidade de intervenção do IBAMA no licenciamento, diante de seu caráter incerto e subjetivo, não está sendo eficaz para a proteção do meio ambiente.” (In “Direito Ambiental Brasileiro”, 13ª ed, Malheiros Editores, pág. 270).

Dessa forma, percebe-se que o aresto recorrido encontra-se em perfeita sintonia com tal entendimento, tendo sido categórico ao afirmar sobre a inépcia do órgão estadual respectivo, questão que sequer caberia aqui rediscutir, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte de Justiça.

Assim considerado, tem-se como cabível e até mesmo necessária a atuação do IBAMA na presente hipótese, conforme bem delineado pela instância ordinária, onde a autora AMAR preocupava-se com “...o dano às nascentes e área ripária e potencial dano à saúde e o bem estar da população...” (fl. 30), não se configurando a apontada infringência à legislação federal.

Em situação análoga, esta colenda Primeira Turma, por meio do voto do exmo. Sr. Ministro JOSÉ DELGADO, relator no RESp n.º 588.022/SC, deliberou:

“O Direito Ambiental integra a terceira geração de direitos fundamentais, ao lado do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e do direito de comunicação.

(...)

Após quinze anos de vigência da Constituição Federal, o que preocupa a sociedade brasileira é esse sistema nacional de proteção ao meio ambiente, não obstante os melhores princípios e regras que estão presentes na nossa legislação, não ter conseguido alcançar, com o êxito necessário, um estágio de eficácia e efetividade.

Não se pode ignorar quão tem sido valiosa a contribuição doutrinária para o aperfeiçoamento dos princípios e normas que protegem o meio ambiente. Os autores têm apresentado sugestões que se voltam para uma compreensão integral dos valores ecológicos e que alcançam os propósitos de valorização da cidadania e da dignidade humana.

A sociedade testemunha, contudo, que há, ainda, uma apatia do Estado com relação ao problema e uma ausência de conscientização educacional para a valorização do meio ambiente.

Do quadro legal que dispõe, percebe-se que o Brasil está preparado para aplicar os efeitos desse direito fundamental: o de proteção ao meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida.

O Poder Judiciário assume, portanto, uma gradual e intensificada responsabilidade para que os propósitos do Direito Ambiental vigente sejam alcançados. Cumpre-lhe a missão de, com apoio na valorização dos princípios aplicados a esse ramo da ciência jurídica, fazer com que as suas regras alcancem o que a cidadania merece e está exigindo: um meio ambiente equilibrado convivendo em harmonia com o necessário desenvolvimento econômico.

A Constituição define o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial ao futuro da humanidade. Estabelece direitos e deveres para a sociedade civil e para o Estado. Podemos dizer que o acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não é só um direito, mas também um dever de todos. Desse modo, tem obrigação de defender o ambiente não só o Estado, mas, igualmente, a comunidade.

Todo País deve ter uma política ambiental. A nossa “Política Nacional do Meio Ambiente” foi instituída pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulando as ações e condutas em defesa do meio ambiente e o procedimento

de licenciamento ambiental, constituindo ainda o SIS-NAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente e o Cadastro de Defesa Ambiental. Além dela, a Constituição Federal, conforme já anteriormente exposto, dispôs seus princípios e diversas resoluções e decretos regulamentadores existentes a respeito.

Devem ser acrescentados também o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), os quais, relacionados, formam procedimentos e instrumentos administrativos de controle prévios dos mais importantes para a proteção do meio ambiente.

(...)

As alegativas de afronta ao teor do art. 10, da Lei 6.938/81, desencadeadas pelos recorrentes, parecem afetar, à primeira vista, o debate ao esclarecimento da questão sobre ser o Rio Itajaí-Açu federal ou estadual, advindo dessa constatação a definição do órgão responsável pelo licenciamento das obras/atividades de dragagem e desassoreamento do canal do Porto de Itajaí e do local denominado Saco da Fazenda.

Inobstante o alongado arrazoado sobre o reconhecimento do mesmo ser estadual e da sentença e acórdão afirmarem o caráter federal da questão, tenho que, sob essa ótica, não merece grande relevo a discussão. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais.

Como exposto na sentença, a preocupação que motiva a presente causa não é unicamente com o rio, mas, principalmente, com o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.

Os empreendimentos e atividades considerados potencialmente causadores de significativa degradação do

meio ambiente dependem de licença ambiental, geralmente precedida de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), com a publicidade necessária para garantir a participação popular nas audiências públicas, obedecendo ao princípio da informação.”

(...)

Concluindo, como bem explanado na sentença, está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva.

Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.

Desse modo, é de se manter a competência do IBAMA para o licenciamento das atividades de desassoreamento no Rio Itajaí-Açu, com fulcro no art. 10, § 4º da Lei 6.938/81.

Por conseguinte, irretocáveis as considerações tecidas pelas decisões ordinárias, que merecem plena manutenção.” (DJ de 05/04/2004, pág. 217).

Em razão do exposto, conheço parcialmente do presente recurso e, nessa parte, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

É o voto.

Brasília, 25 de abril de 2006 – Min. Francisco Falcão, relator.

3.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

3.3.1 *EMENTÁRIOS*

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. NATUREZA INDENIZATÓRIA. COMPROVAÇÃO DA DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA DO APELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. REGULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PELA LEI VIGENTE AO TEMPO DO BENEFÍCIO AO TEMPO DO FATO QUE LHESS DETERMINOU A INCIDÊNCIA AO CASO CONCRETO. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 9.528/97. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 8.213/91, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL. IMPOSIÇÃO DO PAGAMENTO DO AUXÍLIO-ACIDENTE A PARTIR DO DIA SEGUINTE AO DA CASSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. INCIDÊNCIA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS APENAS SOBRE AS PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS ATÉ A DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

- 1 A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, nos termos estabelecidos na Constituição Federal de 1988. O Benefício do auxílio-acidente vem regulamentado no art. 86 da Lei n.º 8.213/91 e no art. 104 do Decreto n.º 3.048/99, de modo que ambos condicionam a concessão do auxílio-acidente à comprovação da diminuição da capacidade laborativa do segurado empregado, de maneira que tal benefício deve ser concedido como indenização ao

segurado empregado (exceto o doméstico), ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam.

- 2 O caso em análise apresenta uma particularidade que deve ser destacada, porquanto ensejará interpretação e aplicação diferenciadas da norma jurídica então aplicada ao caso concreto, em atenção ao princípio “Tempus Regit Actum”. Com a edição da Lei n.º 9.528, em 10 de dezembro de 1997, para concessão do auxílio-acidente, passou a ser indispensável que do acidente de trabalho resultasse efetiva redução da capacidade para o trabalho que o segurado habitualmente recebia, não bastando, para tanto, o mero dispêndio de maior esforço pelo empregado para o desempenho das atividades laborais.
- 3 O acidente teve lugar quando ainda não estava em vigor a Lei n.º 9.528/97, pelo que deve ser reconhecido o direito do apelado à percepção do auxílio-acidente, em face da sua necessidade de investir maior esforço para o exercício das atividades laborativas então desempenhadas, incidindo ao caso concreto a Lei n.º 8.213/91, na sua redação original. Quanto ao tempo inicial do pagamento do auxílio-acidente, restou comprovado nos autos que o apelado gozou o benefício do auxílio-doença, de modo que o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cassação do auxílio-doença (art. 86, § 2º, da Lei n.º 8.213/99), e não da data em que se protocolou a inicial. Precedentes do C. STJ.

- 4 Quanto ao capítulo dos honorários advocatícios, deve ser aplicada a súmula n.º 111 do C. STJ que prescreve que “os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vincendas”, de maneira que a r. sentença deve ser reformada para que os honorários advocatícios incidam apenas sobre as parcelas previdenciárias devidas até a data da prolação da sentença.

(Remessa ex-officio n.º 15010000329, Rel. Des. CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL, 1ª CÂMARA CIVIL, Julgado em 06/07/2006, Publicado no DJ 17/08/2006).

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1 Preliminar rejeitada: não há de se reclamar de cerceamento de defesa, se, ao Juiz, a demanda pareceu suficientemente instruída para a prestação jurisdicional, mesmo porque as partes expressamente manifestaram o desinteresse da prova oral. Constantes nos autos os elementos de provas suficientes para formar o convencimento do julgador incorre cerceamento de defesa, se julgada a controvérsia de plano, ainda que tenha havido contestação quanto ao valor principal da dívida.
- 2 Mérito: a) Depreende-se dos autos que a CDA – Cédula de Dívida Ativa – não padece de nulidade, uma vez que preenchido os requisitos legais, já que verifica-se nesta o discriminativo de origem do débito, indi-

cando ainda como fundamento legal dos juros o art. 577 do RCTES, restando também apresentada a forma de calcular a multa, onde se aplicou o art. 77, inciso I, alínea “b” da Lei n.º 2.964/74; b) A multa moratória não tem caráter punitivo, com suporte em lei, visando reprimir o inadimplemento de uma obrigação tributária (principal ou acessória). Assim, se a multa é prevista em lei estadual, legal é a sua cobrança; c) No que tange à redução do percentual cobrado pelo Estado a título de multa moratória, deve-se aplicar a Lei Estadual n.º 7.000/2001, mais especificamente no art. 75, § 1º, inciso I, que em suma, reduz o percentual da multa moratória para 40% (quarenta por cento), já que o art. 106 do CTN admite a retroatividade da Lei mais benigna, nos casos definitivamente não julgados; d) Recurso parcialmente provido.

(Apelação Cível n.º 11990275601, Rel. Des. ELPÍDIO JOSÉ DUQUE, 2ª CÂMARA CIVIL, Julgado em 04/07/2006, Publicado no DJ 16/08/2006).

APELAÇÃO CÍVEL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. IMPOSSIBILIDADE DE DECORRER DO MESMO FATO GERADOR.

- 1 A percepção do auxílio-acidente está condicionada à redução da capacidade laborativa para o trabalho; ora, se o apelante foi aposentado por invalidez, a conclusão a que se chega é que sua incapacidade foi total, logo não há nenhuma possibilidade do requerente receber um benefício por invalidez e ao mesmo tempo um benefício por redução laborativa.

- 2 Se torna inócua a discussão acerca da data da eclosão da moléstia, se antes ou depois da Lei n.º 9.528/97, por se tratar de benefícios decorrentes de idêntico fato gerador; logo, não há que se falar em acúmulo.
- 3 Indevido é, portanto, o benefício previdenciário pleiteado. Recurso conhecido e improvido.

(Apelação Cível n.º 24059007682, Rel. Des. RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, 3ª CÂMARA CIVIL, Julgado em 08/08/2006, Publicado no DJ 16/08/2006).

CIVIL/PROC. CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO CONDICIONADO AO PARCELAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

- 1 A agravante afirma que o processo não foi extinto, mas tão somente encontra-se suspenso enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário em virtude do parcelamento do débito, razão pela qual não há que se falar em pagamento dos ônus sucumbenciais.
- 2 O parcelamento é, de acordo com o disposto no art. 151, VI, do Código Tributário Nacional, causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Preceitua o art. 155-A do CTN que o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.
- 3 No presente caso, aplica-se o disposto na Lei Estadual n.º 7.002/2001, que dispõe expressamente em

seu art. 4º, parágrafo único, I, que em se tratando de créditos tributários de qualquer natureza objetos de demanda judicial, o deferimento do pedido de pagamento único ou parcelado fica condicionado ao comprovante de pagamento das custas processuais e honorários de advogados acordados ou fixados judicialmente.

4 Deste modo, não procedem as alegações da agravante de que são indevidos os ônus sucumbenciais, assim como o pleiteado parcelamento destes, por estar presente o princípio da causalidade.

5 Recurso improvido.

(AI n.º 24049006604, Rel. Des. Subst. FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, 2ª CÂMARA CÍVEL, Julgado em 15/08/2006, Publicado no DJ 18/09/2006).

AÇÃO ORDINÁRIA. 1) ROYALTIES DO PETRÓLEO. ART. 7º, DA LEI N.º 7.990/89. NOVA REDAÇÃO A OUTRO DISPOSITIVO. AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO LEGAL OU DEVER DE CONDUITA. REVOGAÇÃO DA NORMA ANTERIOR. “ESVAZIAMENTO” DO DISPOSITIVO. 2) LEI DO PETRÓLEO. ANTINOMIA REAL DE NORMAS. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES DA LEI N.º 2.004/53. CONCOMITANTE REVOGAÇÃO DA CITADA LEI. 3) CRITÉRIO DO JUSTUM. MODELO DE SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS. PRESERVADA A APLICABILIDADE DO ART. 48, DA LEI N.º 9.478/97. RECEBIMENTO DIRETO. PARCELA DO VALOR DO ROYALTY. PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO. 5% DA PRODUÇÃO. MONTANTE MÍNIMO REFERIDO NO § 1º, DO ART. 47,

DA LEI N.º 9.478/97. 4) PERDA DE EFICÁCIA NORMATIVA DO ART. 9º, DA LEI 7.990/89. REFERÊNCIA A DISPOSITIVO NÃO MAIS APLICÁVEL. REPASSE DE 25% DA RECEITA COM ROYALTIES À MUNICIPALIDADE. CONCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL A OBRIGAR O ESTADO. PEDIDO AUTORAL IMPROCEDENTE.

- 1 Como o art. 7º, da Lei 7.990/89, apenas deu nova redação ao art. 27, da Lei 2.004/53, sem trazer qualquer imposição legal genérica – não houve dever de conduta imposto –, significando dizer que a eficácia daquele primeiro dispositivo fora “esvaziada” ante a revogação da norma a que se referia.
- 2 A própria Lei do Petróleo criou uma antinomia real de normas, visto que adotou indiretamente o critério de distribuição de royalties da Lei 2.004/53, por meio de uma remissão expressa ao art. 7º, da Lei 7.990/89, e, ao mesmo tempo, acabou com este mesmo critério quando revogou a Lei de 1953, ficando, assim, vazio o enredo do art. 48, da Lei 9.478/97.
- 3 Supedaneando-se no critério do *justum* e no modelo de solução de antinomias propugnado por Bobbio, tem-se que, diante da antinomia real de normas que se nos apresenta, o art. 48, da Lei n.º 9.478/97 (“imperativo-impositivo), permanece com sua aplicabilidade devidamente preservada, considerando-se que absorvera o critério de distribuição de royalties preconizado pelo art. 7º, da Lei 7.990/89, sendo-lhe permitida tal preceituação, o que justifica o atual recebimento direto, pelos entes federados, de parcela do valor do royalty, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da pro-

dução correspondente ao montante mínimo referido no § 1º, do art. 47, da Lei 9.478/97.

- 4 Como o art. 9º, da Lei 7.990/89, reporta-se a um dispositivo não mais aplicável, o que faz cessar, por conseguinte, a própria eficácia normativa daquele, conclui-se que não há, atualmente, norma legal que obrigue o Estado a repassar 25% (vinte e cinco por cento) de sua receita com royalties à Municipalidade. Pedido autoral improcedente.

(Ação ordinária 100.05.003219-0, Rel. DES. RÔMULO TADDEI, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 03/11/2005, Publicado no DJ 31/03/2006).

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE INATIVOS. INCIDÊNCIA DOS VALORES DE VANTAGENS PESSOAIS JÁ PERCEBIDAS NO CÔMPUTO DO TETO REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003. APELO PROVIDO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. PRELIMINAR DE ERRÔNEA INDICAÇÃO DO APELADO: REJEITADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DO *MANDAMUS* : REJEITADA. MÉRITO: RECURSO EM QUE SE VISLUMBRAM AS PRETENSÕES DOS RECORRENTES DIRECIONANDO-SE TÃO SOMENTE PARA IMPUGNAR A PARTE DO COMANDO SENTENCIAL QUE DENEGOU A SEGURANÇA ALMEJADA NOS AUTOS ORIGINÁRIOS NO SENTIDO DE QUE OS VALORES DAS VANTAGENS PES-

SOAIS JÁ PERCEBIDAS PELOS APELANTES FOSSEM CONSIDERADOS NO CÔMPUTO DO TETO REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIOS. CLÁUSULAS PÉTREAS. DIREITO ADQUIRIDO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003 QUE SE VOLTAM PARA SITUAÇÕES FUTURAS E COM CARACTERÍSTICAS *EX NUNC*, A PARTIR DE SUA EDIÇÃO. INOVAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM ADENTRAR NA SEARA DE DIREITOS ADQUIRIDOS E CONSOLIDADOS CONFORME OS MOLDES DE LEIS E DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS VIGENTES À ÉPOCA DO FATO QUE RENDEU ENSEJO À PERCEPÇÃO DOS VALORES DAS VANTAGENS PESSOAIS. PRECEDENTE ORIUNDO DA CORTE SUPREMA QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE ESTABELECEER EFEITO VINCULANTE, DIANTE, INCLUSIVE, DE OUTROS PRONUNCIAMENTOS EMANADOS DAQUELA CORTE SUPREMA, QUE CAMINHARAM NO SENTIDO DE ACOLHER PRETENSÕES COMO TAIS. PRECEDENTES DESTE SODALÍCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA CONCEDER EM PARTE A SEGURANÇA ALMEJADA NOS AUTOS ORIGINÁRIOS, A FIM DE QUE, COM EFEITOS A CONTAR DA DATA DA IMPETRAÇÃO DO *MANDAMUS*, A AUTORIDADE IMPETRADA SE ABSTENHA DE PRATICAR QUALQUER ATO QUE POSSA INCLUIR VALORES REFERENTES ÀS VANTAGENS PESSOAIS PERCEBIDAS PELOS APELANTES NA CONTAGEM DO TETO REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003.

- 1 Rejeita-se a preliminar de errônea indicação do Sr. Prefeito Municipal para figurar no pólo passivo do recurso, tendo em vista que, em se tratando de ação mandamental de natureza preventiva contra ato iminente, ainda não praticado pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, resta patente que os efeitos da possível concessão da segurança, *in totum*, se direcionariam a atingir não só para esfera do Ente Público a que representa, mas para lhe impor uma obrigação de não fazer intimamente relacionadas com as funções que ocupa.
- 2 Também hão de ser rejeitados os argumentos preliminares externados nos sentido de não ser parte legítima o Sr. Prefeito Municipal, para figurar no pólo passivo da ação mandamental originária, uma vez que, exercendo a direção superior e irrestrita da administração Municipal, nada mais acertado o afirmar de que, deveras, o Prefeito Municipal possui competência para determinar, corrigir, alterar ou até mesmo se abster de praticar o ato apontado como ilegal, como deixar de computar os valores referentes às vantagens pessoais percebidas pelos apelantes na contagem do teto remuneratório estabelecido pela emenda constitucional n.º 41/2003.
- 3 Quanto ao mérito, verificando-se que as pretensões dos recorrentes se direcionam, tão somente, para impugnar a parte do comando sentencial que denegou a segurança, no sentido de que os valores das vantagens pessoais que já percebiam fossem considerados para o cômputo do teto remuneratório estabelecido pela emenda constitucional n.º 41/2003, conhece-se do recurso para conceder o provimento almejado em nome de Preceitos Constitucionais Originários, de cláusula pétrea de direito adquirido

e em face da disposição Constitucional que determina a irredutibilidade de vencimentos.

- 4 Efeitos da Emenda Constitucional n.º 41/2003 que se voltam para situações futuras e com características ex nunc, a partir de sua edição.
- 5 Precedente oriundo da Corte Suprema que não possui o condão de estabelecer efeito vinculante, diante, inclusive, de outros pronunciamentos emanados daquela Corte que caminharam no sentido de acolher pretensões como tais.
- 6 Precedentes deste Sodalício.
- 7 Recurso conhecido e provido para conceder em parte a segurança almejada nos autos originários, a fim de que, com efeitos a partir da impetração, a autoridade impetrada se abstenha de incluir valores referentes às vantagens de natureza pessoal dos recorrentes na contagem do teto remuneratório.

(Apelação Cível n.º 240400017964, Rel. CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL, 1ª CÂMARA CÍVEL, Julgado em 03/08/2006, Publicado no DJ 03.10.2006).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA NECESSÁRIA. RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO ACOLHIDA EM PARTE. PREJUDICIAL DE MÉRITO ACOLHIDA EM PARTE. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. ART. 18, DA LEI N.º 1.533/51. REVISÃO DOS PROVENTOS. ATO DE

EFEITO CONCRETO. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO ESPECIAL. LEI MUNICIPAL N.º 3.272/85. GRATIFICAÇÃO DE NATUREZA DE ADICIONAL DE FUNÇÃO (*ex facto officii*). NÃO INCORPORÁVEL AOS PROVENTOS. LEI MUNICIPAL n.º 4.399/97. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXIGÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DO PRAZO NONAGESIMAL. ART. 195 § 6º DA CARTA MAGNA. AUSÊNCIA DE AFRONTA À IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS E A DIREITO ADQUIRIDO. REFORMAR PARTE DA SENTENÇA EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE.

- 1 O Município de Vitória sustenta ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, tendo em vista que o Secretário Municipal de Administração não é a autoridade responsável pelo pagamento dos proventos aos impetrantes, bem como pelos descontos legais, razão pela qual sequer lhe cabe desfazer o ato acoimado ilegal. Ocorre que a presente ação mandamental tem por escopo, além da discussão acerca dos descontos nos proventos dos impetrantes da contribuição previdenciária instituída pela Lei n.º 4.399/97, acoimada ilegal, também garantir-se aos impetrantes a percepção na inatividade do mesmo valor que recebiam na atividade – especificamente em relação à três impetrantes, os quais foram aposentados por invalidez. Observa-se que, segundo a legislação aplicável à época – posto que houve alteração legislativa posterior que modificou tal sistemática, passando a ser competência do IPAMV a fixação dos proventos (Lei n.º 5466/2002) –, era atribuição da entidade empregadora encaminhar ao IPA-

MV o processo para fins de inclusão do servidor na folha de pagamento dos inativos (art. 18, da Lei n.º 4.399/97). E consoante o parágrafo único do referido dispositivo legal, cabia àquela, sempre que houvesse alteração nos proventos dos inativos, comunicar ao IPAMV. Veja-se que o procedimento de concessão e revisão dos proventos também era feito na seara da municipalidade, muito embora fosse o IPAMV a autarquia responsável pelo pagamento das folhas de inativos (art. 41, III, da Lei n.º 4.399/97).

- 2 No que tange ao suposto ato ilegal e abusivo praticado pela autoridade acoimada coatora que, no cálculo dos proventos dos impetrantes, não considerou as vantagens permanentes percebidas na atividade, sustentam os impetrados que inexistente direito líquido e certo. Registra-se, inicialmente, que muito embora ainda subsista controvérsia acerca da conceituação de direito líquido e certo, o direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo. Compulsando detidamente os autos, constata-se que razão assiste em parte aos impetrados, porquanto há nos autos, em relação à pretensão da revisão de seus proventos, somente prova pré-constituída em relação à pretensão de um dos impetrantes, notadamente em relação à gratificação de função especializada. Diante disso, cabe analisar adentrando no mérito do *mandamus*, se efetivamente a referida gratificação deve ser incorporada aos proventos do impetrante. Em relação aos demais, não é possível, na via estreita da ação mandamental, analisar quais as verbas e vantagens inseridas no

contra-cheque dos impetrantes são efetivamente incorporáveis ou não a seus proventos.

- 3 Os impetrados sustentam que a impetração da presente ação mandamental não se consumou no prazo de 120 dias, na forma preceituada no artigo 18, da Lei n.º 1.533/51, tendo ocorrido a decadência do direito de impetrar o mandado de segurança. Com efeito, tal matéria deve ser apreciada tomando em consideração três hipóteses distintas: A) Do suposto ato ilegal e abusivo praticado pela autoridade acimada coatora que, no cálculo dos proventos do impetrante, não considerou a gratificação de função especializada; B) Do suposto ato ilegal e abusivo praticado pela autoridade apontada coatora que, com fulcro na Lei Municipal n.º 4.399/97, instituiu a contribuição previdenciária dos inativos sem respeitar o prazo nonagesimal; C) Do suposto ato ilegal e abusivo praticado pela indigitada autoridade coatora que majorou a alíquota da contribuição previdenciária, com fulcro na Lei Municipal n.º 4.399/97.
- 4 No que concerne ao apontado item A, ou seja, à revisão dos proventos, resta saber quando os impetrantes tiveram ciência inequívoca dos efeitos concretos do ato atacado – que pretensamente teria lesionado seu direito – posto que se trata de ato de efeito concreto, não implicando no reinício da fluência do prazo decadencial. Nesse particular, já decidiu a Quinta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 11.725/GO, de relatoria do Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado no Diário da Justiça de 02/04/2001, que a partir do ato de aposentadoria do impetrante, conta-se o prazo decadencial para se impetrar mandado

de segurança visando revisão de proventos. Assim sendo, tomando em consideração a data de impletação da ação mandamental e da publicação do ato de aposentação do impetrante que pretende a revisão de seus proventos, não há que se falar em decadência do direito de impetrar o mandado de segurança.

- 5 No que tange a matéria atinente à dedução nos proventos dos impetrantes da contribuição previdenciária instituída pela Lei n.º 4.399/97 – os aludidos itens B e C –, não resta dúvida de que em razão de serem pagos mês a mês, igualmente o prazo decadencial se renova periodicamente, configurando-se o que a doutrina e jurisprudência denomina de ato administrativo de execução sucessiva, não havendo que se falar, portanto, em incidência do artigo 18, da Lei n.º 1.533/51.
- 6 No mérito, ao que se refere ao supra mencionado item (A), resta saber se a denominada gratificação de função especializada, instituída pela Lei Municipal n.º 3.272/85, incorporou-se aos vencimentos do servidor, e, por conseguinte, ao cálculo de seus proventos. Analisando-se detidamente os dispositivos legais atinentes à gratificação de função especializada, constata-se que a mesma se caracteriza como vantagem condicional ou modal, conquanto ela é devida aos “operários municipais especializados, e que efetivamente exerçam essa especialização, devidamente anotada em sua carteira profissional”. Trata-se de uma gratificação de natureza de adicional de função (*ex facto officii*), portanto, não incorporável aos vencimentos e, conseqüentemente, aos proventos.

- 7 Com relação ao suposto ato ilegal e abusivo praticado pela autoridade apontada coatora que, com fulcro na Lei Municipal n.º 4.399/97, instituiu a contribuição previdenciária dos inativos sem respeitar o prazo nonagesimal, razão assiste aos impetrantes. O art. 67, da Lei Municipal n.º 4.399/97, preceitua que as contribuições devidas por força dessa Lei serão recolhidas ao IPAMV a partir do mês subsequente ao de sua publicação. Percebe-se pela singela leitura do referido dispositivo legal a manifesta afronta ao disposto no § 6º do art. 195, da Carta Magna, posto que desrespeita o prazo nonagesimal para instituição da contribuição previdenciária prevista na referida lei municipal.
- 8 Em relação ao suposto ato ilegal e abusivo praticado pela indigitada autoridade coatora que majorou a alíquota da contribuição previdenciária, com fulcro na Lei Municipal n.º 4.399/97, merece reforma a sentença, haja vista que não há que se falar em afronta à irredutibilidade dos vencimentos a majoração da alíquota da contribuição previdenciária. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 790/DF, sedimentou esse entendimento. Registra-se que, no caso sub examine, não está em discussão a legalidade ou não da contribuição previdenciária dos inativos, mas sim a alíquota instituída por lei publicada após o ato de aposentação dos impetrantes.
- 9 Conhece-se da remessa necessária e dos recursos de apelação, para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e acolher em parte a de ausência de direito líquido e certo, no que tange especificamente à pretensa revisão de seus proventos, e acolher em parte a prejudicial de mérito da decadência do

direito de impetrar o mandado de segurança e, no mérito, denegar a segurança pleiteada em relação à incorporação da gratificação de função especial aos proventos do terceiro impetrante, bem como denegar a segurança no que concerne à alíquota instituída pela Lei Municipal n.º 4.399/97, mantendo incólumes os demais pontos do *decisum* proferido pelo Juízo de primeiro grau.

(Remessa Ex-officio n.º 24970138871, Rel. ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, Rel. subs. FERNANDO ESTEVAN BRAVIM RUY, 2ª CÂMARA CÍVEL, Julgado em 12/09/2006, Publicado no DJ 05.10.2006).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. CARÊNCIA DA AÇÃO. MATÉRIA DE MÉRITO. DECADÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. PRELIMINARES REJEITADAS. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 109/97. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA.

- 1 A presença ou não do direito líquido e certo invocado pelo impetrante deve ser resolvida no mérito, razão pela qual rejeita-se a preliminar de carência da ação.
- 2 Havendo relação jurídica continuativa ou de trato sucessivo, o prazo para impetração do *mandamus* renova-se mês a mês, ou seja, a cada desconto previdenciário efetuado na remuneração do impetrante. Precedentes desta Corte e do STJ. Preliminar de decadência rejeitada.

- 3 Os artigos 149, § 1º, 167, XI, e 195, § 5º, da Constituição Federal devem ser interpretados no sentido de que é vedada a utilização das contribuições previdenciárias para outro fim que não seja a manutenção dos benefícios mantidos pelo sistema (exceto na hipótese prevista no artigo 76 do ADCT, com redação dada pela EC n.º 42/2003). Em outras palavras, não se pode destinar o produto da cobrança de contribuição social dos servidores para despesas estranhas das relativas à manutenção dos benefícios previdenciários oferecidos.
- 4 Sob esse prisma, a Lei Complementar estadual n.º 109/97 não viola as normas constitucionais, uma vez que destina a arrecadação com as contribuições dos servidores estaduais exclusivamente ao custeio do seu regime próprio de previdência social. O fato de a aposentadoria do impetrante ser custeada pelo Tesouro Estadual, até que seja absorvida pelo Fundo Previdenciário criado pela norma estadual, não a torna inconstitucional, por se tratar de regra de transição entre regimes jurídicos diversos, sem desvirtuar a finalidade previdenciária do produto da cobrança das contribuições sociais. Se essa arrecadação fosse destinada a fins diversos, como na administração do Estado, aí sim teríamos uma violação direta ao texto constitucional, o que não ocorre na hipótese dos autos.
- 5 De igual modo, não há qualquer violação aos artigos 167, inciso IV, e 155, da Carta Política, cuja aplicação limita-se aos impostos, e não às contribuições cobradas dos servidores públicos para custeio do seu regime previdenciário, sujeitas à disciplina própria (art. 149 da CF).

- 6 Por fim, não se vislumbra ofensa ao princípio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, V, § único, CF), segundo o qual as pessoas que estiverem em situação idêntica deverão contribuir da mesma forma para a manutenção do sistema previdenciário. Cuida-se de um desdobramento do princípio da igualdade, tendo sido respeitado pela LC n.º 109/97, que instituiu a mesma alíquota de 10% (dez por cento) incidente sobre o salário de contribuição para todos os servidores estaduais.
- 7 Segurança denegada.
- 8 Custas pelo impetrante.
- 9 Honorários indevidos (Súmula n.º 512 do STF; Súmula n.º 105 do STJ).

(MS n.º 100030019721, Rel. CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 04/09/2006, Publicado no DJ 02.10.2006).

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. COBRANÇA DE TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO NO MUNICÍPIO DE VILA VELHA. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA. BASE DE CÁLCULO. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. INFRAÇÃO AO ARTIGO 145, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

- 1 É possível aos municípios cobrar taxa de licença para localização e funcionamento de estabelecimentos, por se tratar de exercício do poder de polícia. Para

caracterização do poder de polícia não se faz necessária a efetiva demonstração da atividade fiscalizadora, pois este é perpetrado por diferentes órgãos da Administração Pública. Diante desta notoriedade do exercício do poder de polícia pela universalidade dos setores da municipalidade, é que restou revogada a Súmula 157, do Superior Tribunal de Justiça, que proibia a discutida cobrança.

- 2 A base de cálculo das taxas deve ter sentido diverso das bases utilizadas em impostos, conforme dispõe o artigo 145, § 2º da CF/88, bem como o parágrafo único do artigo 77 do Código Tributário Nacional. A base de cálculo da Taxa de Licença para Localização e Funcionamento não pode diferenciar os contribuintes que exercitam idênticas atividades, somente por localizarem-se em zonas fiscais distintas, por infringir o princípio da isonomia previsto no artigo 150, II da Constituição Federal de 1988.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA N.º 035.980.288.134

A Lei Municipal n.º 3.375/97 do município de Vila Velha, ao utilizar a base de cálculo por segregação de atividades em zonas fiscais, infringe ao disposto no artigo 145, § 2º da Constituição Federal de 1988, pois a localização do estabelecimento não encontra-se dentro das regras de prestação do serviço público, circunstância que infecta de inconstitucionalidade a base de cálculo da taxa de licença.

- 3 Inconstitucionalidade julgada procedente.

(Incidente de Inconstitucionalidade n.º 35980288134, Rel. JOSÉ LUIZ BARRETO VIVAS, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 14/09/2006, Publicado no DJ 09.10.2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA ANTECIPATÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. VEDAÇÃO INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, DA LEI N.º 9.494/97. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E COM TEMPERAMENTOS. RECLASSIFICAÇÃO, EQUIPARAÇÃO, AUMENTO OU EXTENSÃO DE VANTAGEM. HIPÓTESES NÃO EVIDENCIADAS. AUSÊNCIA DE ÓBICE. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. PEDIDO DE RENÚNCIA. REGULARIDADE. MANIFESTAÇÃO SUPERVENIENTE. IRRETRATABILIDADE. DESCABIMENTO. APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. APERFEIÇOAMENTO. REGISTRO NO TRIBUNAL DE CONTAS. INOCORRÊNCIA. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

- 1 É possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública quando não se tratar das hipóteses previstas no art. 1º da Lei n.º 9.494/97, já que tal norma deve ser interpretada restritivamente, sob pena de extirpar do juiz o poder de acautelar o direito das partes e de fornecer a adequada prestação jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV), máxime quando as determinações emanadas do Juízo *a quo* não importam em reclassificação ou equiparação da servidora, tampouco em concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias à mesma, razão pela qual não subsiste o pretense óbice à concessão da medida antecipatória.
- 2 É regular o pedido de renúncia de aposentação voluntária formulado pela recorrida, visto que possível a manifestação superveniente ao pedido de aposentadoria voluntária, no qual o servidor pretende desistir do pedido primevo, inexistente o caráter de irrevogabilidade ou irreversibilidade do pedido voluntário de aposentadoria.

- 3 Não seduz o argumento de que o pedido de desistência fora veiculado tardiamente em razão da anterior expedição da Portaria n.º 501, pois, como se sabe, o ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante o Tribunal de Contas.
- 4 *In casu*, a Egrégia Corte de Contas do Estado teve ciência do pedido de desistência por parte da ora agravada ainda antes de homologar a sua aposentadoria e, ato contínuo, determinou o retorno dos autos ao Instituto ora agravante, com isso não havendo o aperfeiçoamento do ato, razão da flagrante possibilidade da renúncia desejada pela autora (ora agravada). Recurso improvido.

(AI n.º 24069009181, Rel. RÔMULO TADDEI, 3ª CÂMARA CÍVEL, Julgado em 10/10/2006, Publicado no DJ 25.10.2006).

APELAÇÕES CÍVEIS. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR PARA EFEITOS DE VENCIMENTOS E VANTAGENS PECUNIÁRIAS. REJEITADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO MUNICIPAL. ACOLHIDA. PREJUDICIAL DE DECADÊNCIA. REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LEGALIDADE DO DESCONTO PREVIDENCIÁRIO AOS APOSENTADOS INATIVOS. CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 4º E 5º DA EC N.º 41/2003. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 282/2004. ILEGALIDADE DO DESCONTO ATÉ EXAURIDO O PRAZO NONAGEZIMAL. PROVIMENTO PARCIAL.

- 1 Infundada a argüição de preliminar de impossibilidade de concessão de liminar quando esta não foi concedida.
- 2 O Sr. Prefeito Municipal de Vitória não é a autoridade coatora para fins de impetração de Mandado de Segurança, pois não possui competência para corrigir o ato tido por ilegal.
- 3 Por tratar-se de relação com caráter continuado, renova-se o prazo decadencial para impetração do Mandado de Segurança a cada desconto mensal praticado.
- 4 A EC n.º 41/2003, regulamentada pela Lei Complementar Estadual n.º 282/2004, autoriza a incidência do desconto da contribuição previdenciária apenas sobre a parcela dos proventos dos apelados que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, somente podendo ser descontado a partir do dia 26 de julho de 2004, após transcorrido o prazo nonagesimal.
- 5 Apelações parcialmente providas.

(Remessa Ex-officio n.º 24069009181, Rel. FREDERICO GUILHERME PIMENTEL, 1ª CÂMARA CÍVEL, Julgado em 17/10/2006, Publicado no DJ 26.10.2006).

3.3.2 DECISÃO MONOCRÁTICA

DECISÃO - Tratam os autos de embargos de declaração opostos pelo ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, em que este requer a sanação de omissões constantes no acórdão de fls. 73/78, que concedeu a segurança pleiteada

pelo ora embargado, MAICON DELARMINA SALVAT CIPRIANO.

Conforme se lê no pedido recursal, deduzido em fl. 90, quer o embargante “a manifestação expressa deste Egrégio Pleno do TJ-ES quanto à devida fundamentação do julgado em relação às preliminares previstas nos subitens II.a e II.b de fls. 55/59”, que fazem parte das informações prestadas, a seu tempo, pela autoridade coatora.

A análise do pedido recursal, em conformidade com seus fundamentos, demonstra, de forma mais clara, que a intenção do recorrente é obter o chamado “prequestionamento explícito”, visto que transcreve ementas de acórdãos do STF e do STJ, todas do ano de 2002, no intuito de defender que ambas as cortes superiores defendem que esse requisito de admissibilidade específico dos recursos extraordinários (gênero no qual se enquadram o extraordinário e o especial) devem ser dessa forma aperfeiçoados.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O prequestionamento é um requisito de admissibilidade específico dos recursos do gênero extraordinário, que são aqueles cuja destinação principal é a tutela do direito objetivo, ou seja, a uniformização do entendimento, em território brasileiro, de como devem ser aplicadas as normas federais infra-constitucionais e as normas constitucionais a “casos-tipo”, ou “situações-tipo”, cuja incidência costuma repetir-se.

Por essa simples narração, vê-se que o principal intuito desses dois recursos, dirigidos ao STJ e ao STF, não é a tutela do direito subjetivo, que se forma pela conjugação de elementos fáticos e normativos, mas sim a cristalização de como deve ser a norma jurídica aplicada naquele caso-padrão levado às instâncias superiores, gerando-se um modelo que deverá ser repetido quando eventos semelhantes ocorrerem.

Por essa sorte de considerações, tem-se que tanto o RESP quanto o RE terminam por proteger a situação individual do recorrente, de modo mediato, embora não seja esse seu fim maior. Tais considerações são importantes para demonstrar que o acesso a tais graus recursais não deve ser irrestrito, já que sua finalidade não é criar “um segundo ou terceiro” tempo de análise do direito subjetivo, mas sim manter a coesão do ordenamento jurídico, para que se garanta isonomia aos jurisdicionados.

O prequestionamento se insere nessa estrutura como sendo um dos mais profícuos e seguros freios ou restrições à interposição desses vetores recursais, sendo essencial ao processamento e julgamento dos recursos especial e extraordinário, viabilizando o labor dos tribunais que os manejam. Sem uma medida como essa, que sem dúvida corresponde a uma das mais corretas políticas processuais coligadas ao STJ e ao STF, tais instâncias seriam, na prática, inviáveis.

Após algumas polêmicas, principalmente relacionadas à mudança do padrão lingüístico que prevê, na Constituição de 1988, ambos os recursos extraordinários (RE e RESP), restabeleceu-se o entendimento de que o prequestionamento encontra assento constitucional, insculpido na cláusula “causa decidida” (arts. 102, III e 105, III da CF/88).

Dessa forma, pode-se dizer que é tamanha a importância desse requisito de admissibilidade que ele se encontra previsto na Carta Magna Federal. A forma como foi previsto, entretanto, é deveras insegura, visto que a locução “causa decidida” dá ensejo a inúmeras interpretações.

Essa incerteza sobre o real sentido de “causa decidida”, para fins de caracterização do prequestionamento, gerou clara dificuldade na jurisprudência e entre os operadores do direito, cunhando-se muitos termos para representar as variadas idéias que o STJ e o STF desenvolveram sobre o assunto. Dentre essas, com certeza as mais recorrentes

na prática são o prequestionamento implícito e o prequestionamento explícito, que explico:

O questionamento implícito corresponde à idéia de que tal requisito de admissibilidade se concretiza por meio do julgamento de uma determinada tese jurídica pelo acórdão proferido no tribunal de origem, do qual se recorre. Julgar a tese jurídica significa apreciar uma questão (ponto controvertido) à luz do ordenamento jurídico, *sem que haja a necessidade de que se faça menção expressa ao artigo de lei que embasou a decisão*.

O adjetivo “implícito” significa justamente que, embora tenha se discutido o ponto controvertido em confronto com as prescrições genéricas do ordenamento, o acórdão guerreado não fez menção expressa ao artigo de lei que contém a informação com base na qual se decidiu.

Tal idéia baseia-se no conceito de que as normas jurídicas são proposições que emanam de enunciados prescritivos (os artigos de lei), não havendo necessidade de transcrever ou enunciar os tais artigos, já que a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que a ninguém é lícito alegar o desconhecimento da lei, muito mais o órgão jurisdicional incumbido de sua homogeneização.

Contrária a essa idéia é a de “questionamento explícito”, em que se exige que o artigo de lei tenha sido citado pelo acórdão objeto de recurso.

Ambos os termos foram criados a partir de entendimentos que o STF e o STJ desenvolveram acerca do questionamento, e que, num primeiro momento afastaram os dois órgãos, no que tange ao tema. Até os dias de hoje, atribui-se, de forma genérica, o “questionamento explícito” ao STF e o “questionamento implícito” ao STJ.

Tal assertiva, entretanto, não mais corresponde à realidade das duas cortes, que hoje estão uniformizando seu entendimento, adotando o chamado “questionamento implícito”.

Transcrevo dois arestos do Superior Tribunal de Justiça, exarados recentemente, que confirmam a afirmação:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO.

AUXÍLIO SUPLEMENTAR. AUXÍLIO-ACIDENTE. TRANSFORMAÇÃO. LEI MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA.

- 1 Na linha do entendimento desta Corte, para preenchimento do requisito do prequestionamento é necessário que as matérias trazidas ao exame do Superior Tribunal de Justiça tenham sido efetivamente apreciadas pelo acórdão recorrido, não havendo falar na necessidade de expressa menção aos dispositivos legais tidos por violados.
- 2 É pacífico neste Tribunal que o auxílio suplementar foi transformado em auxílio-acidente pela Lei n.º 8.213/91, de incidência imediata, fazendo jus os segurados aos efeitos dessa transformação, de caráter mais benéfico.
- 3 Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 365.079/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 18.11.2004, DJ 02.10.2006 p. 317)

PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OCORRÊNCIA. PENHORA. EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSE ORIUNDA DE CONTRATO PARTICULAR DE PERMUTA E CESSÃO DE DIREITOS. LEGITIMIDADE ATIVA. EXISTÊNCIA. REGISTRO IMOBILIÁRIO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 84/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 1.046, § 1º, DO CPC E DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

- 1 A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestiona-

mento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução a esta Corte de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Hipótese em que, malgrado o acórdão recorrido não tenha feito expressa indicação ao art. 1.046, § 1º, do CPC, a tese jurídica defendida pelos recorrentes – possibilidade de oposição de embargos de terceiro possuidor de imóvel constricto com base em “contrato particular de permuta e cessão de direitos” – foi abordada no acórdão recorrido.

2 *omissis*

3 *omissis*.

4 Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 551.076/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 351)

No Supremo Tribunal Federal, a transformação do entendimento pode ser representada pelo contraste entre duas decisões relatadas pelo decano da Excelsa Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence, distantes entre si pelo lapso de um ano.

Em setembro de 2005, a Primeira Turma do STF rechaçou o prequestionamento implícito, em voto da lavra do citado ministro, nos seguintes termos:

EMENTA: Recurso extraordinário: descabimento: alegada violação dos artigos 5º, LV; 37, caput, XIII; 39; 61, § 1º, II, a e b; da Constituição - fundamento do RE - não discutida pelo acórdão recorrido, nem objeto de embargos de declaração, não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado “prequestionamento implícito” (Súmulas 282 e 356) (AI-AgR 508418/BA; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; Julgamento: 27/09/2005; Primeira Turma; Publicação: DJ 14-10-2005)

Já em setembro de 2006, o mesmo órgão julgador, em decisão da lavra do mesmo relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, modificou totalmente seu entendimento, aderindo à tese do *prequestionamento implícito* e rechaçando o *prequestionamento explícito*, como segue:

EMENTA: 1 Recurso extraordinário: descabimento: ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido por violado (CF, art. 5º, XXXVI), não admitido pela jurisprudência do Tribunal o chamado “prequestionamento implícito” (Súmula 282). 2. Recurso extraordinário e prequestionamento. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha. (AI-AgR 585604/RS; Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence; Julgamento: 05/09/2006; Primeira Turma; Publicação: DJ 29-09-2006)

As informações acima coligidas são essenciais para o exercício da função jurisdicional, nessa e em outras demandas, pelo fato de que é recorrente, como se deu no presente vetor recursal, o pedido de prequestionamento explícito.

Sabendo-se que o STJ, que já adotava o entendimento contrário e o próprio STF, que agora aderiu à forma implícita, exigem menção ao artigo de lei para que o prequestionamento seja caracterizado, tem-se que recursos de embargos de declaração com essa finalidade são pura e simplesmente protelatórios, devendo-se aplicar multa em caso de sua ocorrência.

O presente recurso de embargos de declaração seria claramente protelatório se sua única finalidade fosse a obtenção do “prequestionamento explícito”, como deflui das primeiras páginas das razões recursais.

No entanto, percebe-se que a recorrente tem clara razão acerca da ausência de julgamento das questões de

natureza processual contidas nos itens II.a e II.b deduzidas nas informações, que passo a apreciar.

A primeira das questões diz respeito à ilegitimidade passiva da autoridade coatora e a conseqüente incompetência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo para apreciar o *mandamus* que foi impetrado pelo ora embargado. Tal alegação não deve prosperar. Em primeiro lugar, o Edital que lançou o concurso do qual participou o impetrante e ora embargado foi lançado pela SEDU, cujo responsável é o Secretário de Educação. E foi por conta de um desvio nesse concurso que a impetração surgiu. Além disso, foi a SEDU que não classificou o candidato, que tinha direito a tanto. Por fim, pode ser utilizada a teoria da encampação, de ampla aceitação no STJ, pelo fato de que autoridade coatora também se defendeu no mérito, encampando o ato. Por todos esses argumentos, percebe-se que existe a legitimidade passiva e, por conseqüência, a competência do Tribunal Pleno para apreciar o *mandamus*.

A segunda e última das questões diz respeito à carência de interesse processual, pelo fato de que a contratação que o impetrante pleiteia se referia ao ano-base de 2005, para o exercício do cargo de professor temporário. Afirma a embargante que o fim de prazo de exercício do labor temporário, aliado à existência de novo concurso para temporários em 2006, acarreta na falta de interesse na demanda.

Entendo que não assiste razão à recorrente, visto que a existência de novo certame demonstra, pelo contrário, que há necessidade de profissionais. Além do mais, se fosse correto o raciocínio que desenvolve, nenhum ato ilícito poderia ser desfeito, visto que já haveria ato jurídico perfeito, impassível de mudança. A alegação não é plausível, sendo dever do judiciário reverter situações em que se tenha o desrespeito aos princípios e regras do ordenamento jurídico, como o presente caso.

Feitas essas considerações, estão sanadas as omissões apontadas, o que, no entanto, não modifica o resultado do julgamento. O presente julgamento pode ser feito monocraticamente, visto que, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, a decisão estava claramente omissa, o que fere a jurisprudência do STJ, que determina devam ser analisadas todas as questões essenciais ao deslinde da causa.

Pelo exposto, monocraticamente CONHEÇO e DOU PROVIMENTO aos embargos de declaração, sanando as omissões apontadas.

(ED 100050025624, Rel. Des. RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, DECISÃO MONOCRÁTICA, Julgado em 06/10/2006, Publicado DJ 19/10/2006).

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



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 CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

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,
- III - 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; *vírgula*; 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); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

<p>NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i>. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.</p>
--

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 o 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.