

Revista da AGU

Colaboradores:

Participação Especial

- María José Falcón y Tella

Institucional

- Jefferson Carús Guedes

Artigos

- Átila Da Rold Roesler
- Eliana Pires Rocha
- Jefferson Carús Guedes
- José Vicente Santiago Junqueira
- Jorge Batista Ferreira Júnior
- Leandro Ferreira Bernardo
- Marcelo Carita Correra
- Matheus Carneiro Assunção
- Ramon Lisboa
- Raphael Ramos Monteiro de Souza
- Rochelle Pastana Ribeiro
- Rômulo de Castro Souza Lima

Parecer

- Estanislau Viana de Almeida

Jurisprudência

- Kaline Ferreira David

25

REVISTA DA
AGU

ANO IX nº 25 - Brasília-DF, jul./set. 2010

Revista da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA-GERAL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

EDITOR RESPONSÁVEL

Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA DA REVISTA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy ; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Denise Lucena Cavalcante; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Clóvis Juarez Kemmerich; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; Felipe Camillo Dall’Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria Rosa Guimarães Loula; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; Robson Renaut Godinho; Valério Rodrigues Dias.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuzza Gomes Barbosa de Lima
ABNT_(ADAPTAÇÃO)/Diagramação Niuzza Gomes Barbosa de Lima
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União

Ano IX – Número 25 - Brasília-DF, jul./set. 2010

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial..... 5

PARTICIPAÇÃO ESPECIAL

Legitimidade, Validade e Eficácia do Castigo
Legitimacy, Validity and Effectiveness of Punishment
María José Falcón y Tella.....07

INSTITUCIONAL

Bibliografia (provisória) sobre Advocacia de Estado, Advocacia Pública, Orientação Legal e Defesa do Estado
Bibliography (provisional) over the State Attorney, Public Advocacy, Guidance Legal Defense and State
Jefferson Carús Guedes 31

ARTIGOS

O Reexame Necessário no Anteprojeto do Novo CPC
The Review Required in the New Code of Civil procedure
Átila Da Rold Roesler..... 73

Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais
Fundamental Rights and Civil Procedure in Brazil: some compensatory procedural techniques of social inequalities and judicial protection of fundamental rights
Eliana Pires Rocha
Jefferson Carús Guedes 87

Inovações Introduzidas pela Lei 11.941/09 na Execução das Contribuições Sociais Perante a Justiça do Trabalho
Innovations Introduced by Law 11.941/09 on Social Insurance Tax Collection by Labor Courts
José Vicente Santiago Junqueira..... 121

Imposto Predial e Territorial Urbano e a Imunidade Tributária dos Imóveis do INSS
Property Tax and Urban Land and the Tax Immunity of Properties of the INSS
Jorge Batista Fernandes Júnior 141

A Câmara de Conciliação e o Novo Papel da Advocacia-Geral da União
The Chamber of Conciliation and de New Role of the Advocacia-Geral da União
Leandro Ferreira Bernardo.....163

As Locadoras de Veículos e a Lei Paulista 13.296/2008 - Modificações na Incidência do IPVA <i>Car Rental Companies and São Paulo State Law 13.296/2008 – The New Car Tax System</i> Marcelo Carita Correra.....	185
Panorama Internacional da Tributação no Comércio Eletrônico <i>Electronic Commerce Taxation: an international overview</i> Matheus Carneiro Assunção.....	207
Convênio entre Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e Caixa Econômica Federal: (re)definindo competências na recuperação dos créditos FGTS <i>Agreement Between the Procuradoria Geral da Fazenda Nacional and Caixa Economica Federal: defining the powers of recovery credits FGTS</i> Ramon Lisboa.....	227
Fidelidade Partidária e as Eleições: uma nova peça no tabuleiro jurídico-político <i>Party Fidelity and Elections: a new piece on judicial and political board</i> Raphael Ramos Monteiro de Souza.....	259
Penas e Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal: em busca da eficiência do sistema persecutório para a segurança social <i>Patrimonial Sentences and Provisional Measures in the Brazilian Criminal Procedure – seeking efficiency of the criminal prosecution system for social safety.</i> Rochelle Pastana Ribeiro	301
A Proteção ao Meio Ambiente do Trabalho como forma de Prevenção e Reparação do Patrimônio Público <i>The Protection of the Labour Environment as Way of Prevention and Reparation of Public Property</i> Rômulo de Castro Souza Lima.....	339
PARECER	
CCAF. Conciliação. DNPM. FUNAI. Demarcação de terras indígenas PARECER nº 12/PGF/EA/2010 <i>Estanislau Viana de Almeida.....</i>	355
JURISPRUDÊNCIA	
Jurisprudência Comentada - Notas para um Debate acerca dos Limites ao Controle Judicial de “Políticas Públicas” <i>Kaline Ferreira David.....</i>	373

EDITORIAL

A 25ª edição da Revista da AGU mantém a tradição desta publicação Institucional, trazendo abordagens multidisciplinares e atuais de questões relevantes à realidade da Advocacia Pública Federal, disseminando excelentes trabalhos desenvolvidos por profissionais competentes da área.

Em meio aos temas de inúmeros ramos do Direito que aqui são tratados com extrema propriedade e riqueza, destaca-se nesta edição com participação especial, o artigo da professora *María José Falcón y Tella*, diretora do Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madri - Espanha sobre a Eficácia do Direito Sancionador, que tivemos o prazer de traduzir. Ainda em destaque a bibliografia provisória sobre a Advocacia de Estado, Advocacia Pública, Orientação Legal e Defesa do Estado.

Não bastasse a riqueza do material apresentado, os artigos cuidam de temas específicos, tratados aqui por diversos enfoques da área, á exemplo do artigo sobre Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil, que faz um contraponto entre as garantias processuais constitucionais brasileiras e as técnicas processuais civis que servem para a proteção ds direitos fundamentais do cidadão enquanto partes no processo.

Em suma, pode-se dizer que, a par da excelência dos trabalhos e riqueza dos temas trazidos por esta edição da Revista AGU, resta ao leitor conhecer melhor o fruto do exercício e das funções institucionais ou o labor acadêmico dos membros da Advocacia- Geral da União.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

LEGITIMIDADE, VALIDADE E EFICÁCIA DO CASTIGO¹

LEGITIMACY, VALIDITY AND EFFECTIVENESS OF PUNISHMENT

*María José Falcón y Tella
Professora titular de Filosofia do Direito
Diretora do Instituto de Direitos Humanos
Universidade Complutense de Madri*

SUMÁRIO: 1 Distinção Conceitual Entre os Termos Legitimidade, Validade, Eficácia, Efetividade e Eficiência; 2 São Legítimas, Válidas, Eficazes, Efetivas E Eficientes As Sanções Penais?; 2.1.2 A pena privativa da liberdade; 2.1.3 As multas; 2.2 As medidas de segurança; 2.2.1 Conceito moderno de medida de segurança frente ao conceito tradicional de pena; 2.2.2 São eficazes as medidas de segurança para obter a prevenção pretendida?; 2.3 As sanções compensatórias. Até uma privatização do Direito Penal; 2.3 As sanções compensatórias. Até uma privatização do Direito Penal.

1 Tradução para o português de Jefferson Carús Guedes.

RESUMO: Neste trabalho, estudamos a questão da eficácia das sanções penais, colocando-o em conexão com os conceitos relacionados, tais como eficácia e eficiência, que não são exatamente equivalentes. Também se refere à legitimidade e validade das sanções. Esse problema é analisado a partir das três dimensões de valores, regras e fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Punição. Legitimidade. Validade. Eficácia. Valores. Normas. Fatos

ABSTRACT: In this paper, we study the issue of the efficacy of punishment, in relation with the related concepts of its effectiveness and efficiency. We also study the topics of legitimacy and validity of sanctions. So we see the problem from the three-dimensional perspective of values, norms and facts.

KEYWORDS: Punishment, legitimacy, validity, effectiveness, values, norms, facts.

1 DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE OS TERMOS LEGITIMIDADE, VALIDADE, EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA

As discussões terminológicas envolvem em geral questões conceituais de fundo. Por isso, não é demais, como introdução, realizar um esclarecimento conceitual em relação a três noções que não são equivalentes e, não obstante, poucos utilizam corretamente. Estamos nos referindo às idéias de eficácia, efetividade e eficiência. As três se encadeiam no plano dos fatos, diante de noções que também estão relacionadas com as de *validade* e legitimidade.

Apesar de que cada um dos autores que se tem ocupado do tema propõe um conceito e uma terminologia nem sempre coincidentes, é possível, não obstante, encontrar um denominador comum para todas as teorias existentes na matéria.

- A LEGITIMIDADE. Uma norma é *legítima* quando possui um conteúdo conforme com os ideais de justiça.

- A VALIDADE. Por seu turno, diz-se que uma norma é *válida* quando pertence a um determinado ordenamento jurídico por ter sido produzida pelo órgão competente para isso e de acordo com o procedimento regular previsto pelo próprio ordenamento.

- A EFICÁCIA. Por fim, a *eficácia* se predica daquela disposição jurídica que é obedecida na prática pelos cidadãos e pelos tribunais.

Cada uma destas três noções – legitimidade, validade e eficácia – se enquadra no tridimensionalismo respectivo ao plano dos valores, das normas e dos fatos.

- A EFETIVIDADE. Detendo-nos no conceito que nos interessa – a eficácia –, convém distingui-la de *efetividade*. Mesmo que a primeira vista esta noção corresponda com a eficácia, não obstante, como deixam manifesto alguns autores, no sentido técnico não são termos exatamente equivalentes. Deve-se dizer que a “efetividade” do Direito é a condição necessária, porém não suficiente, de sua “eficácia”. A efetividade teria um aspecto formal ou técnico. Bastaria que se “cumprisse” a norma jurídica. No entanto, a essência da eficácia seria de caráter material, pois vai mais além, a que se “logre o fim” perseguido pela mesma. Assim, por exemplo, o cumprimento efetivo, inclusive o cem por cento, de uma lei em matéria de inflação pode, não obstante, não acabar com

esta e continuar a situação de crise econômica que através da dita lei tratava-se de evitar. O mesmo poderia dizer-se de um preceito jurídico que proíba o exercício público da prostituição. Ainda que tecnicamente cumprido, provavelmente não conseguiria a erradicação da mesma de uma determinada sociedade, que seria a finalidade em última instância perseguida. Em ambos os casos as normas que lutam contra a inflação ou a prostituição são formalmente observadas, são efetivas, porém não conseguem o objetivo materialmente perseguido. São ineficazes.

- A EFICIÊNCIA. Também poderiam assinalar-se algumas notas distintivas entre os conceitos de efetividade e *eficiência*. Diz-se que enquanto aquela é uma noção de caráter marcadamente jurídico, esta tem um matiz político-econômico. Não obstante, ambas as noções se encontram relacionadas. A eficiência da Sociedade é um pressuposto da efetividade elevada a critério jurídico.

2 SÃO LEGÍTIMAS, VÁLIDAS, EFICAZES, EFETIVAS E EFICIENTES AS SANÇÕES PENAIS?

A principal sanção jurídica é a pena. Não obstante, esta não é senão uma manifestação secundária da coatividade. Supõe o fracasso da forma normal e primária da mesma, a qual consistiria na imposição a todo modo da conduta devida ou no impedimento a todo custo da conduta proibida. Ademais, a pena não existe em todas as partes do ordenamento jurídico. Só atua no Direito penal, nas sanções administrativas ou nas cláusulas penais de determinados contratos. Na continuação ver-se-á se são legítimos, válidos, eficazes, efetivos e eficientes os principais tipos de penas, comparando-as com o outro grande modelo de sanção, que cada dia ganha terreno, a medida de segurança. O conceito de pena é o tradicional e não apresenta maiores problemas. Seriam penas, entre outras, a privativa de liberdade – prisão -, a capital – ou de morte – e as penas pecuniárias – multas -. Cada uma delas priva um bem: a liberdade, a vida ou a propriedade. Maior novidade apresenta o conceito de medida de segurança. Como exemplos poderíamos citar a internação em um centro psiquiátrico ou de reabilitação especial, a proibição de abandonar o território nacional, ou o confisco da carteira de motorista ou o porte de armas.

2.1 AS PENAS

2.1.1 A PENA CAPITAL

Sua LEGITIMIDADE. O tema da legitimidade ou não da pena capital nos leva a associar o argumento tradicional *cristão*, tão próximo

ao pensamento ocidental, da *dignidade* do homem, como valor básico, com a vida, como bem sagrado, da qual não cabe dispor ao ser humano, mas somente a Deus. Insiste-se na idéia de que não é absolutamente supérfluo se preocupar com a vida de *um* homem, apesar de que, diariamente, a *Humanidade* inteira se encontre imersa em desastres naturais, hecatombes bélicas e fomes, uma vez que não se trata de um problema quantitativo, mas sim qualitativo: a vida de apenas um homem já merece respeito.

Como podemos castigar, por exemplo, o assassinato, matando por sua vez o assassino, que não é senão outra pessoa? Diz-se: foi o assassino que começou. Porém isto não é suficiente. O mal não se soluciona com outro mal em sentido contrário, mas sim com o bem.

Além disso, deve-se ter em conta o imoral e o mórbido atrativo que a contemplação da pena capital traz para alguns, ou o criminoso e amoral da existência de uma figura como o *verdugo*, historicamente estigmatizado, por pensadores como Unamuno, como o defeito mais grave, como alguém que termina acostumando-se a matar, e o que é pior, não sente mais nada ao fazê-lo.¹

Sua VALIDADE. A origem da pena capital remonta à noite dos tempos. Já existem representações de execuções capitais em pinturas rupestres. Na evolução da pena de morte podem distinguir-se em duas etapas notadamente diferenciadas. Uma delas é o período anterior ao *século XVIII*, no qual se manifestam favoráveis a ela a generalidade das mentes preclaras – Sócrates, Platão, Santo Tomás de Aquino, Erasmo, Lutero, Goethe, Kant,... - . No *século XVIII* – Século das Luzes, da Ilustração – quando começa a se erguer uma corrente crítica contra a pena de morte, que dará origem ao *movimento abolicionista*². É a época das

1 BARBERO SANTOS, Marino, "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuesto para su reforma", *Nuevo Pensamiento*, 1975. *Pena de muerte: (el ocaso de un mito)*, De Palma, Buenos Aires, 1985. AMNESTY INTERNATIONAL, *United States of America: The Death Penalty*, Amnesty International Publications, London, 1987. BEDAU, Hugo Adam, *Death is Different: Studies in the Morality, Law and Politics of Capital Punishment*, Northeastern University Press, Boston, 1987. BEDAU, Hugo Adam (ed.), *The Death Penalty in America; an Anthology*, Anchor Books, Garden City, N.Y., 1964. CLAY, William L., *To Kill or not to Kill: Thoughts on Capital Punishment*. Editado por Michael y Mary Burgess, 1. ed. Borgo Press, San Bernardino, California, 1990. SORELL, Tom, *Moral Theory and Capital Punishment*, B. Blackwell em associação com a Open University, Oxford, U.K. – New York, USA, 1988. SUBRAMANYAN, Karattoluvu Ganapati (1903-), *Can the State Kill its Citizen?* Introdução de S. Mohan Kumarangalam, Madras Law Journal Office, Madras, 1969.

2 Este movimento abolicionista foi capitaneado pelas vozes de pensadores como Cesare Beccaria, marques de (1738-1794), em su obra clássica *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*. Curadoria di Franco Venturi, 1. ed. em NUE

Utopias – *A nova Atlântida* de Bacon, ou *A Cidade do Sol*, de Campanella –. Como consequência disso se produz uma diminuição em sua aplicação, assim como uma relativa humanização e racionalização da mesma, com a incorporação da guilhotina como método de execução e a supressão das torturas. A pena de morte deixa de ser a pena fundamental, papel que passa a ocupar a pena de privação da liberdade.

Portanto, pode-se dizer que durante séculos – até o Iluminismo – a validade desta sanção foi reconhecida. Mas ocorre que, todavia nos dias de hoje, há países que a admitem, seja de *iure*, seja de *fato*, em suas legislações penais, mesmo Estados democráticos – vejam-se alguns Estados dos EUA, que a aplicam-. Não obstante, em qualquer caso, a tendência é suprimi-la. O papel de pena rainha que ocupou durante séculos cedeu sua coroa à pena privativa de liberdade.

Ainda que algo tenha sido sempre de um modo – argumento histórico – este é um fundamento pouco convincente. Insistindo precisamente na sua antiguidade e no profundo enraizamento nas distintas etapas e períodos históricos, alguns se manifestam a favor dela. Se existiu desde sempre por algum motivo o será, parece que assim querem dizer seus defensores. Porém todo argumento tem seu contra-argumento, a saber, que a justiça de uma instituição não depende de sua antiguidade, que não se trata de um problema quantitativo, mas sim qualitativo e, por outro lado, que a história da pena é em muitas de suas páginas tão desonrosa para a Humanidade como a dos delitos. Até Galileu, Copérnico e Kepler se acreditava que o Sol girava em torno da Terra e não o inverso. Deveríamos, por isso, continuar acreditando? Ademais, no momento atual a pena de morte é anacrônica, mesmo que ainda existam Direitos Penais no mundo que a permitam.

Sua EFICÁCIA. Um terceiro elemento a levar em conta, que é importante destacar neste trabalho, uma vez que se relaciona diretamente

nuova serie, G. Einaudi, Torino, 1978. Trad. espanhola de J. A. de las Casas, Alianza Ed., Madrid 1968; e tradução, introdução e notas de Francisco Tomás y Valiente, em Ed. Aguilar, Madrid, 1969. BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1. ed. London, 1789; Clarendon Press, Oxford, 1823; ed. por H. L. A. Hart – J. H. Burns, London, 1970. Recentemente, ver BIANCHI, Herman –VAN SWANINGEN, René. Com contribuição de Elisabeth BARKER (e outros), *Abolitionism, Towards a Non Repressive Approach to Crime: Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition*, Free University Press, Amsterdam, 1986. RODIÈRE, Michèle, *L'abolition de la peine de mort*, Documentation Française, Paris, 1987. SELLIN, Thorsten, *Capital Punishment*, New York, 1967.

Sobre o tema ver, EHRlich, Isaac, "The Deterrent Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death", em *Am. Ec. Rev.*, 65, 1975. p. 397-417.

com o tema do mesmo – o da eficácia da sanção penal –, tem a ver se, por meio da mesma, se cumpre sua pretendida finalidade intimidatória – de prevenção geral – preventiva, utilitária e retributiva.³

Mesmo que a primeira vista poderia parecer que a pena de morte *intimide* o futuro delincente, e muito, uma vez que o priva do máximo bem, a vida, este aparente argumento a favor da mesma é desmentido pelos dados estatísticos. Estes demonstram que a pena de morte não intimida àqueles que são seus principais destinatários, aos dois grupos de delinquentes aos quais costumam aplicar: os assassinos e os delinquentes políticos. Não intimida os assassinos uma vez que 25% se suicidam depois de cometido o crime – inútil intimidá-los com a morte, pois – 50% são delinquentes passionais – que atuam em uma situação sem saída, sem se deter para refletir sobre a pena que se lhes imporá –, e o resto ou são psicopatas – incapazes de sentir a pressão psicológica da pena – ou são profissionais – que a contemplam como ossos do ofício, como um risco profissional -. Quanto aos delitos políticos, e principalmente nos casos de terroristas, está comprovado que, em relação à pena de morte, a única coisa que respeitam é o efeito da glória, que os eleva aos olhos de alguns à condição de verdadeiros mártires que se imolam por uma pátria melhor.

O que dizer em relação à eficácia *preventiva geral*? Esta é também questionável. É só pensar na última execução capital na Espanha, em 27 de setembro de 1975, e a imediata reação posterior, na forma de atentados.

O benefício da finalidade utilitária também admite algumas considerações. É útil para a segurança dos cidadãos a pena de morte? Poderia parecer que sim, mas esta resposta supõe igualar o homem ao animal daninho – o criminoso nato, *l'uomo delinquente* do qual falara Garofalo –, em oposição à consideração do homem como um ser suscetível de melhora, na linha cristã ocidental. Que o delincente não tenha sido corrigido é uma coisa, e outra, bem distinta, é que seja incorrigível. Ademais, ocorre o paradoxo de querer proteger a vida dos homens matando alguns deles.

Quanto ao argumento retributivo, *de talião*, expiatório – “olho por olho, dente por dente”, “aquele que faz que o pague” – do imperativo categórico kantiano, de que a pena capital serve ao menos para compensar ou expiar um mal com outro mal, o mesmo não é aplicável

3 Sobre o tema, EHRLICH, Isaac, “The Deterrent Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death”, em *Am. Ec. Rev.*, 65, 1975. p. 397-417.

tampouco a todo tipo de delitos – é impossível na rebelião ou na violação de sepulturas, por exemplo-; prescinde de instituições modernas como o arrependimento espontâneo, o indulto ou a prescrição; esquece-se que muitas vezes o delinquente ao atuar não é livre, mas sim que está em grande parte pré-determinado a delinquir por fatores genéticos, familiares e sociais de diferentes tipos; e ignora que o mal só se repara ontologicamente com o bem.

Sua EFETIVIDADE. No que diz respeito à efetividade, ou seja, ao cumprimento técnico da lei, existe um inconveniente: a possibilidade de *erros judiciais irreparáveis*. Os casos de Joana D'Arc, Jesus Cristo, o casal Rosenberg – acusado de revelar os segredos da bomba atômica – ou Saco e Vanzetti – castigados por propagar a peste de Milão nos Estados Unidos, são algumas das muitas suposições nas quais um inocente pagou com sua vida por um crime que não havia cometido, erros judiciais que ademais têm o agravante de ser irreparáveis: não é possível devolver a vida a ninguém.

Sua EFICIÊNCIA. Finalmente, com relação à eficiência e a correlação custos/benefícios, ao anterior deve-se acrescentar uma série de argumentos práticos de diversa índole, alguns obviamente irracionais, como a pena capital é mais barata que a prisão, ou o risco que esta corre de fuga, ou do que a prisão pode resultar, dependendo do caso, mas aflitiva inclusive que a privação da vida.

2.1.2 A PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE

Sua LEGITIMIDADE. A seguir, realizaremos uma série de considerações que questionam a pretendida legitimidade ou justiça da pena privativa de liberdade. Uma coisa é que ela seja o remédio menos penoso existente, um mal menor, e outra é que ela seja boa; uma coisa é que seja escusável, outra que esteja justificada.

A privação de liberdade acentua a teoria da *diferenciação entre bons e maus*. As produções dramáticas tradicionais tendem a perpetuar esta idéia simplista de que há bons de um lado e maus de outro, quando o certo é um enfoque muito mais matizado das pessoas e das situações, que restam muito mais *complexas* do que a dicotomia parece dar a entender. Na realidade todos nós podemos ser, às vezes, bons ou maus, segundo o momento. A arte, a literatura e o cinema contemporâneos se esforçam por mostrar a complexidade do real e a falácia dos *discursos em branco e preto*.

Quase sempre se condena a penas de prisão, às vezes muito longas, em *poucos minutos*, com base em uma simples certidão da polícia. Há o sentimento de terem sido bem julgados todos aqueles homens, em sua maior parte jovens, muitas vezes imigrantes, culpados principalmente de carecer de contatos sociais? E aqueles outros, entre os quais se encontram os que não são culpados, inocentes ou não, que passam longos meses em prisão preventiva antes de iniciados seus processos? Sentiram-se protegidos dos perigos dos quais nossas leis pretendem preservar-nos, ou melhor, tiveram a sensação de ter caído em uma armadilha aqueles motoristas que, devido a uma simples resposta veemente a um policial, foram levados diante de um tribunal correccional por desacato a um agente da força pública? Apenas estes exemplos servem para colocar de manifesto o *caráter muitas vezes cego da máquina estatal*.

Agora esforcemo-nos um instante em imaginar e interiorizar o que é o encarceramento em uma prisão. Esqueçamos por um momento do ponto de vista puramente abstrato, o qual nos ensinaram a pensar na prisão –, a colocar em primeiro lugar a ordem, a segurança pública, o interesse geral, a defesa dos valores sociais etc.- Não é pouco privar alguém de sua liberdade. É um mal extremamente penoso estar preso, não poder ir e vir aonde nos dá prazer, não estar ao ar livre, não encontrar os nossos conhecidos. Trata-se de um contra-senso, que se choca com a personalidade e a sociabilidade humanas, a imposição de um sofrimento estéril.

Além disso, há poucos absolutos no mundo. A *relatividade* impregna quase todas as parcelas da vida cotidiana. Fatos como a homossexualidade, o vício das drogas ou a bigamia são punidas em determinados países e não em outros. Condutas como a blasfêmia, a bruxaria ou a tentativa de suicídio eram puníveis no passado e não são mais. Evidencia-se a relatividade do conceito de infração, o qual varia *no tempo e no espaço*, de maneira que o delitivo [de] ontem pode não sê-lo hoje e o aceitável em um contexto pode não ser em outro. Pelo fato de ter nascido em um lugar e não em outro, ou em uma época e não em outra, é-se merecedor de encarceramento.⁴

A necessidade de se encontrar sempre um culpado – *o necessário culpado* –, de encontrar alguém contra o qual se deve colocar em marcha o mecanismo legal e condenar, como um bode expiatório, passa por alto a possível parte da culpa que no fato delitivo e no delinquente tenha

4 Ver IIVSON, Duncan, "Justifying Punishment in Intercultural Contexts: Whose Norms? Which Values?", em MATRAVERS, Matt (ed.), *Punishment and Political Theory*. p. 88-108

tido seu contorno, educação, carências econômicas e familiares. A cosmologia do castigo implica a existência de um ponto absoluto – um Deus onipotente e onisciente –, idéia esta filha da Escolástica e de uma justiça herdada da *Teologia do juízo final*.

Sua VALIDADE. A validade da pena privativa da liberdade é hoje indiscutível, encontrando-se na generalidade os sistemas jurídicos. Como dissemos, desde o século XVIII, este tipo de sanção suplantou a pena capital. Mesmo que a prisão esteja hoje em crise, assim como também estão as medidas re-educadoras e de inserção social, apesar de tudo não parece possível nem oportuno prescindir no momento completamente dela.⁵

Não obstante, é possível assinalar umas exigências que a pena de prisão deve cumprir no Direito penal moderno para ser válida: seu uso econômico, como *ultima ratio*, de *extrema ratio*; a consideração de que estar privado da liberdade não deve significar que o condenado careça de todos os direitos individuais que um Estado social e democrático de Direito reconhece. Do mesmo modo que a pena capital não é mais utilizada com crueldade, pois já há bastante crueldade por si só em privar da vida para acrescer ademais esta ação de outros aditamentos, do mesmo modo a prisão deve limitar-se a ser a privação da liberdade, mas *não a privação de todo direito*.⁶ Finalmente deve-se assinalar a louvável *tendência* moderna à *redução* das penas de prisão e a proibição da prisão perpétua – salvo em alguns casos que poderia ser indicada, como no terrorismo –. Assim como a tendência atual à substituição da pena privativa de liberdade por outras opções menos aflitivas, como as multas.⁷

Sua EFICÁCIA. O que dizer do estigma que em grande número de casos, a experiência do processo e o encarceramento posterior produzem nos condenados, sem esquecer o repúdio social depois do cumprimento da pena, tudo isso pode determinar no sujeito ativo do delito a percepção de si mesmo como um ser realmente desviado e o impulsionar a viver conforme essa imagem, como se estivesse situado

5 DODGE, Calvert R. *A World Without Prisons: Alternatives to Incarceration throughout the World*. Lexington Books, Lexington, Mass. 1979.

6 MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid: 1991. p. 48-51. Ver también PINATEL, “Le traitement des délinquants”, em *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1964. “La prison, peut-elle être transformée en institution de traitement?”, em *Annales Internationales de Criminologie*, 1969. PERROT, Michelle (ed.), *L'impossible prison*, Seuil, Paris, 1980.

7 MAPELLI CAFFARENA, Borja –TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 1996. p. 20.

à margem da lei? Termos como “delinquente” ou similares já implicam uma carga emotiva desfavorável, um *juízo pejorativo*. A exclusão que a pena provoca se vê claramente no caso dos *junkies* – nome que se dá às pessoas que se drogam com heroína –, que queriam ver castigado o comportamento dos que vendem a droga e diziam: “não é a nós, é aos traficantes que se deve perseguir...”. *Para escapar do repúdio, aderiram ao repúdio dos outros*. Para poder viver impunemente de seu modo, eles mesmos se colocavam no lado bom e aceitavam a idéia da existência de um lado mau ao qual outros pertenceriam.

O sistema penal tem efeitos totalmente contrários aos que desejaria obter certo discurso oficial, que pretende alcançar a correção do condenado. O que realmente se obtém é que o sistema endureça com o réu em suas relações com a ordem social ao qual se quer reincorporá-lo, o que faz dele *uma nova vítima*. Pelo dito anteriormente que alguns pensadores abolicionistas, como Louk Hulsman, perguntam a si mesmo: porque não poderiam se assemelhar a uma catástrofe natural – relegando-se ao *âmbito do acidental*, desde o ponto de vista das perdas materiais sofridas – alguns acontecimentos *catastróficos* ou gravemente danosos que na atualidade atribuem-se a determinadas pessoas? Não caberia recorrer às regras *civis* da indenização que já se aplicam em muitos âmbitos nos quais se recorre a esse conceito ambíguo que é a *culpabilidade*.

Em 14 de maio de 1981 o Papa João Paulo II foi atingido no ventre por três balas de revólver. No domingo seguinte – dia em que cumpria 61 anos – dirigiu aos fiéis que se haviam reunido para orar na Praça de São Pedro de Roma, da clínica que estava convalescente, uma curta mensagem na qual dizia: “rogo pelo *irmão* que me feriu e a quem sinceramente perdoei”. Nem a imprensa comum nem o rádio repetiram estes termos. Pode-se ler e escutar: o Santo Padre perdeu seu adversário; João Paulo II perdoou o *homicida*... A palavra irmão era muito surpreendente e incômoda para ser reproduzida em tais circunstâncias. Era necessário encaixar o acontecimento com a etiqueta habitualmente usada. Era uma tentativa de assassinato e não se chama de irmão a um assassino. Era, não obstante, esta palavra a que o Papa tinha buscado intencionalmente, evitando definir-se como vítima frente ao agressor, situando-se assim em *outro universo* distinto ao da justiça criminal.⁸

Sainz Cantero assinala uma série de fatores motivadores do fracasso da pena privativa de liberdade. Dentre eles destacamos os

8 HULSMAN, Louk - BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984. p. 44-80.

seguintes: a. - Que a mesma *nem intimidada* a maioria dos delinquentes – precisamente os mais perigosos e habituais acostumaram-se a sofrê-la -, *nem* tão pouco *corrige*; b. - O *abuso* que, desde sua invenção como pena, se tem feito da privação de liberdade; c. - o fato da sociedade *desconfiar* daquele que sai da cadeia.⁹

Aos argumentos anteriores deve-se acrescentar que a pena privativa de liberdade é perturbadora e *estigmatizadora* para o sujeito e para a família e muito *dispendiosa* para a sociedade, assim como o insuportável custo econômico da gestão carcerária e a ingovernabilidade das prisões.¹⁰

Por outro lado, a prisão submete o indivíduo a um terrível isolamento que destrói sua *sociabilidade*;¹¹ reduz o condenado a uma *imobilidade* que é dificilmente suportável para alguns sujeitos muito ativos; priva o delinquente de sua *atividade sexual* normal, privação que se estende ao seu cônjuge e que o impulsiona dentro da prisão ao exercício de práticas homossexuais; em alguns casos gera uma lembrança do cárcere ou *psicose carcerária*, cujos efeitos e sequelas psíquicas podem durar por toda a vida; no nível *familiar* afeta o preso e seus parentes mais próximos pela privação de sua companhia, destruindo em alguns casos a unidade conjugal; o cárcere termina sendo *escola de delinquentes*.¹²

Mas nem tudo é elemento negativo na pena privativa de liberdade. A pena de prisão é, todavia, necessária para neutralizar os indivíduos perigosos que ameaçam à comunidade e à segurança dos cidadãos. Atualmente é difícil tornar realidade a supressão da pena privativa de liberdade, ao menos a curto prazo. Pode-se dizer que é um mal, porém

9 SAINZ CANTERO, José Antonio, "La sustitución de la pena de privación de libertad", em *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978. p. 221 e seg. ROTHMAN, D., "Prisons: The Failure Model", em *The Nation*, 21 de dezembro de 1974.

10 Sobre a prisão destaca-se a análise de NORMANDEU, André, "Halte à la croissance des prisons !", em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1977. "Le mythe de la réhabilitation", em *Revue de Droit Penale et de Criminologie*, 1978.

11 Price-Lapedis, "Jail Inmates Also Are People Who Need People", em *Federal Probation*, setembro 1965.

12 SAINZ CANTERO, José Antonio, "La sustitución de la pena de privación de libertad", *cit.*, p. 227. AMATO, Nicolò, *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milano, 1987. *Nueva defensa social*, Buenos Aires, 1961. ANCEL, Marc, "Le problème de la peine de prison", em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1977. DOLCINI, Emilio, "La 'Rieducazione del condannato' tra mito e realtà", em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979.

um *mal menor*, que cumpre uma função social não realizada hoje por outras instituições.¹³

Sua EFETIVIDADE. Existe uma grande quantidade de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou descuida. É a chamada *cifra obscura* da criminalidade. Isto quer dizer que o sistema penal, longe de funcionar em todos os casos para os quais teria competência, deixa sem castigo muitas hipóteses, quebrando princípios e valores sobre os quais repousa todo o ordenamento jurídico, tais como a igualdade, a segurança e a justiça, que se encontram radicalmente *falseados* se só se aplicam a um número ínfimo de situações, ou seja, aos casos *registrados*.

Sua EFICIÊNCIA. A primeira vista poderia parecer que uma “*pena ou sentença exemplar*” dissuadiria da prática do delito. No entanto não é assim: não é certo que somente as penas muito severas podem intimidar. Como somente se manifestam em casos excepcionais, os criminosos potenciais dirão, com razão, que tal coisa não chegará a lhes ocorrer. Quanto maior for a *regularidade* no funcionamento do sistema na hora de impor sanções aos delinquentes, maior será seu efeito de dissuasão. Para isso é necessário que o delinquente saiba que será caçado e castigado; que considere a sanção penal como uma espécie de corolário do delito, necessariamente ligado a ele. Beccaria já afirmava que “*a certeza da pena tem maior valor intimidatório que sua severidade*”. Por exemplo, as pessoas se sentirão mais intimidadas diante de 10% de probabilidade de serem submetidas um ano de prisão, que diante de 5% de probabilidade de serem submetidas a dois anos de prisão. Será maior o temor por acreditarem que serão encarceradas, ainda que apenas por um dia. Nesse caso, a duração da pena, terá uma importância secundária. Ainda mais, pelo que se sabe da experiência carcerária, o mais duro dela são os primeiros dias e meses, muito mais que os dias e meses seguintes.

A este respeito, merece ser destacado que *a frequência das penas tende a diminuir quando sua severidade aumenta*. Já Mostesquieu o assinalava. A atrocidade das leis impede sua execução. Quando a pena é desmedida é preferível a impunidade. Portanto, *ou se castiga algumas vezes ou se castiga duramente. Ambas as realidades não ocorrem ao mesmo tempo*. Pelo menos é assim nos países democráticos. As leis consideradas

13 JACOBS, James B., *New Perspectives on Prisons and Imprisonment*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1983. MORRIS, Norval, *The Future of Imprisonment*. Chicago: University of Chicago Press, 1974. Do mesmo autor se destacam também “Punishment, Desert and Rehabilitation”, em GROSS, Hyman – VON HIRSCH, Andrew (eds.), *Sentencing*, Oxford University Press, New York, 1981. *Madness and the Criminal Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

demasiado severas raramente serão aplicadas. E, ao inverso, aumentará a frequência das sanções penais quando sua severidade for menor.

Cusson se refere à neutralização, basicamente através da prisão.¹⁴ Diz que a neutralização não deve ocorrer senão na hipótese em que se possa prever que o delinquente realizará novos delitos por estar em liberdade. Os criminologistas americanos estão há muitos anos interessados na neutralização, mas sob determinadas “condições”: que os delinquentes neutralizados não sejam substituídos por outros dentro dos grupos nos quais operam; que a prisão não exerça sobre eles um efeito criminógeno, que recrudesça sua atividade criminal ao sair da prisão.

Além do mais, a neutralização tem seus “custos”, tanto monetários – custa dinheiro manter os delinquentes atrás das grades –, como sofrimento – para o encarcerado e seu entorno.

A neutralização tem sido historicamente uma prática corrente. Em todas as épocas se tem desejado tornar inócuos os indivíduos inquietos e imprevisíveis. Expulsava-se-lhes, mutilava-se-lhes, matava-se-lhes. Ainda em nossos dias, a vontade de por em lugar seguro os sujeitos perigosos se faz sentir em todas as etapas do processo penal: a policial, a judicial...

A questão é: como identificar os riscos de reincidência futura que aconselham a neutralização na prisão? Cada indivíduo é um mundo. Não existem dois delinquentes iguais. Os criminologistas americanos falam a este respeito de neutralização seletiva. – “selective incapacitation” –. O problema gira em torno da capacidade de prever, pois a previsão em mãos humanas tem seus limites. Surgem dois problemas a esse respeito: os “*falsos positivos*” – consistentes em prever que um indivíduo reincidirá e ocorrer o caso contrário –. E os “*falsos negativos*” – quando se dá por certo que alguém não reincidirá e logo reincide. Neste sentido, os criminologistas estão mais preocupados, em sua maior parte, com os encarceramentos que poderiam ter sido evitados, que com as vitimizações que poderiam ter sido impedidas. Os problemas de erros de previsão parecem mais agudos nos crimes violentos, não só por sua maior gravidade, mas também porque são mais difíceis de prever. Os crimes violentos são raros e quanto mais raro é um fenômeno, mais imprevisível o é.

A conduta criminoso não é totalmente previsível nem totalmente imprevisível. No estado atual da matéria são mais úteis, para efeitos de

14 CUSSON, Maurice, *Pourquoi punir?*, Dalloz, Paris: 1987. p. 117-125, a citação na p. 124 ; pp. 125-150.

previsão, as “*tabelas de previsão*” que a experiência clínica – geralmente psiquiátrica –. As tabelas de previsão são instrumentos que relacionam as características de vários grupos de delinquentes. Algumas das conclusões as quais se tem chegado por meio delas estabelecem uma série de variáveis geralmente associadas à reincidência:

- *A delinquência anterior.* Quanto mais delito cometeu um delinquente no passado, maior será o risco de delinquir no futuro. O passado garante o futuro. Quanto mais enraizado está um hábito, mais difícil será acabar com ele.
- *A precocidade da delinquência.* Quanto mais jovem é o delinquente na hora de cometer o seu primeiro delito, maior será sua tendência a reincidir.
- *A idade.* Quanto mais jovem é um delinquente, será maior sua tendência a cometer novos delitos. Com o passar do tempo as paixões se acalmam.
- *A instabilidade no trabalho.* Quanto mais frequentemente um delinquente muda de trabalho, maior será o risco de delinquir de novo. A pessoa que tem um emprego estável e interessante tem mais a perder se for pega com as “mãos na massa”.
- *Os excitantes.* Quanto mais droga e álcool consuma um delinquente maior será sua tendência a reincidir. O consumo excessivo de álcool e drogas não favorece um bom controle de si mesmo e cria necessidades de dinheiro.

2.1.3 AS MULTAS

As multas são o terceiro grande tipo de sanção, que ganha adeptos na atualidade. Diante da dificuldade de ressocialização do delinquente surge a questão da conveniência de substituir a privação da liberdade pela da propriedade, o que usualmente se conhece como multas, especialmente em relação a alguns tipos de delinquência como, por exemplo, a delinquência econômica, também chamada de “de colarinho branco”.

Sua LEGITIMIDADE. As sanções penais diante dos delitos econômicos apresentam, portanto, uma ética discutível. Alguns atos tipificados como delito econômico não encontram uma reprovção geral

suficientemente forte; assim ocorre com a fraude fiscal. Em outros casos considera-se que a sanção civil ou administrativa seria mais apropriada que a sanção penal.¹⁵

Se são pessoas “decentes”, pessoas “formais”, “bem consideradas” e “economicamente fortes” parece que não teria em princípio que ressocializá-las ou reeducá-las, comparando-se com os delinquentes comuns criados geralmente em ambientes marginais, pertencentes à classe média ou baixa e com uma socialização defeituosa. Chega-se inclusive ao paradoxo da existência de uma “moral de fronteira”, com seu frequente desvio individualista, que conduz, às vezes, a considerar heróis estes delinquentes de colarinho branco: “roubar a Fazenda Pública é como não roubar”, escuta-se na boca dos homens da rua.

Sua VALIDADE. É cada vez mais ampla a legislação que impõe sanções pecuniárias, multas, especialmente com relação à chamada delinquência econômica. Ao nos referir a esta, não entram em nosso campo de estudo o roubo, o furto e os demais delitos clássicos contra a propriedade, mesmo que muitos sejam delitos do colarinho branco. Tecnicamente falando, a delinquência econômica é uma espécie de crime de colarinho branco, chegando, inclusive, *ambas* a serem equiparados por alguns autores. Os *white collar crimes* são delitos cometidos por pessoas respeitáveis e de alta sociedade no exercício de sua profissão, mediante fraudes, desvios, monopólios, etc., e não pela violência.¹⁶

Sua EFICÁCIA. Talvez sejam adequadas para os delinquentes econômicos as sanções econômicas – multas –: para que privá-los da liberdade? Que eles devolvam o roubado e paguem uma dispendiosa multa, para que assim diminuam as diferenças econômicas e sociais. Ou caso se imponha a pena de prisão, sua duração deveria ser breve – para servir de exemplo – e acompanhada dessas outras sanções de tipo econômico.

Ainda que pouco se tenha estudado empiricamente o tema da necessidade e eficiência das sanções de delinquência econômica, parece que as mesmas são benéficas no terreno da prevenção geral – e ao menos – em alguns aspectos da prevenção especial. A doutrina costuma negar a possibilidade de re-educação destes sujeitos, principalmente porque se

15 Na Inglaterra e na Austrália surgiram críticas específicas com respeito à ética da sanção penal no campo da legislação *antitruste*.

16 SUTHERLAND, *White Collar Crime*. 2. ed. New York: 1961, pp. 9 e seg. POSNER, Richard A, “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, em *American Criminal Law Review*, 17, 1980. p. 409.

considera que tem um alto grau de socialização.¹⁷ São pessoas bem educadas, pessoas “*of respectability and high social status*” - Sutherland – “*well-to-do-individuals*” – Posner -, “cavalheiros honrados” da melhor sociedade.

A peculiar re-personalização dos delinquentes de colarinho branco deve ser conquistada por vias distintas das empregadas com o delincente comum: talvez pelo “susto” e a “estigmatização” de uma condenação judicial, pelo “golpe” da privação de um direito profissional ou de liberdade.

Sua EFETIVIDADE. Em relação à questão da efetividade das multas, especialmente com respeito aos delitos econômicos e os delinquentes de colarinho branco, existe outro problema que continua sendo debatido entre especialistas contemporâneos no tema, o da impossibilidade de impor determinadas sanções penais às *peessoas jurídicas*. Isto se soluciona, em parte, atuando, nesses casos, mediatamente contra os representantes, gerentes ou pessoas naturais responsáveis pela empresa, pois são eles os verdadeiros autores do delito. Além disso, os delinquentes econômicos podem ocultar seus bens dentro ou fora de seu país, para assim elidir os prejuízos das multas. Isto se solucionaria em parte com uma moderna legislação que limitasse o segredo bancário.

Sua EFICIÊNCIA. O que acabamos de dizer para as penas privativas de liberdade – intimida mais uma pena menos severa, mas que se sabe que se vai impor inexoravelmente – não é aplicável às sanções pecuniárias, às quais as pessoas são mais sensíveis a sua severidade – e quantia – que a probabilidade das mesmas. Por exemplo, nos sentiremos mais intimidados com a probabilidade de 5% de imposição de uma multa de 2.000 Euros, do que a probabilidade de 10% de imposição de uma multa de 1.000 Euros.

Mas, mesmo que as multas provavelmente devam ser mais aplicadas que a prisão para os autores de delitos econômicos, já que menos desumanas, mais eficazes e mais aplicáveis a pessoas jurídicas, não obstante, corre-se o risco de, com elas, beneficiar os delinquentes de colarinho branco, comparativamente aos delinquentes comuns. Também a estes deveriam ser aplicadas mais sanções econômicas e menos sanções privativas de liberdade. Quanto ao inconveniente de que “compensa” fraudar, pois a multa imposta é muito baixa em comparação

17 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978. p. 81 e seg.

com a quantia fraudada, se deveria elevar a quantia das multas para fazê-las mais eficientes.

2.2 AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

2.2.1 CONCEITO MODERNO DE MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE AO CONCEITO TRADICIONAL DE PENA

A idéia que justifica a pena é a *justiça*: dar a cada um o que é seu; a noção que fundamenta a medida de segurança [é] a *utilidade*: impedir que volte a delinquir. A pena se baseia no aspecto *objetivo*, no *delito*, considerado, por sua vez, em sua dimensão jurídica, como infração de uma norma jurídica. Pelo contrário, a medida de segurança acentua a vertente *subjetiva*. Atende mais ao *delinquente* e, dentro do delito, ao seu aspecto social, ou seja, o delito considerado como infração de ordem social.

Não quanto ao fundamento, mas sim quanto à *função*, a pena visa mais ao sentido, o *porquê* da sanção, enquanto a medida de segurança, à finalidade, o para quê da mesma. Diz-se que a função daquela é fundamentalmente *retributiva*, a desta, preventiva. A pena é em teoria repressiva, presta-se à expiação, à vingança. É a lei de talião, a idéia de remediar um mal com outro, de que o que vive pela espada morra pela espada, como expressa graficamente o axioma “olho por olho, dente por dente”. Pelo contrário, a medida de segurança fixa-se mais, como seu nome indica, na idéia de segurança. A pena visa em princípio ao *passado*, a medida, ao *futuro*. Na primeira se castiga porque se delinuiu (“*punitur quia peccatum est*”), na segunda para que não se volte a delinquir (“*punitur ut ne peccetur*”).

2.2.2 SÃO EFICAZES AS MEDIDAS DE SEGURANÇA PARA OBTER A PREVENÇÃO PRETENDIDA?

Em geral pode-se afirmar que as *medidas de segurança* não têm um efeito intimidatório notável, especialmente para os delinquentes reincidentes.

A prevenção especial oferece como maior vantagem o atuar sobre o delinquente, possibilitando, ou ao menos tentando possibilitar, que no futuro leve uma vida conforme o Direito. É a idéia de ressocialização, em torno da qual gira a prevenção especial. Isto supõe a humanização da sanção penal, que se dirige a um indivíduo concreto e trata de reformá-lo.

Mas nem todas são vantagens no movimento preventivo-especial. Contra o mesmo argumenta-se que não possibilita uma *delimitação* do direito de castigar, pois se o decisivo na hora de impor as sanções é a periculosidade, pode ocorrer que esta seja grande, apesar do delito praticado não ser grave. Nestes casos o princípio de culpabilidade e o de periculosidade aconselharia medidas de diferente rigor. Outra coisa ocorreria nos casos em que a ressocialização não fosse possível, o que aconselharia a inutilização perpétua.

Se o castigo imposto ao sujeito ativo do delito deve durar até que esteja ressocializado, os limites do *ius puniendi* algumas vezes se encontrarão superados, porque a periculosidade assim o aconselha, com o que se suporia o rompimento das margens fixadas pelo princípio da legalidade e pelo da culpabilidade. A *contrario sensu*, quando se cometerem ofensas graves, mas o sujeito não apresentar uma grande periculosidade e esteja corretamente adaptado, se se observasse rigorosamente a doutrina da prevenção especial e a periculosidade e re-inserção como critérios de valoração na hora de impor sanções, nos encontraríamos com o paradoxo de não ter que sancionar com penas graves, apesar de que os delitos cometidos assim o sejam, simplesmente porque se tratam de sujeitos com um grau bom de adaptação.

Além disso, se o fator decisivo é a periculosidade, caberia, nos casos em que ela ocorresse, mesmo que ainda não tenha acontecido ato delitivo ainda, impor *medidas pré-delitivas*, o que implica em violação do princípio de legalidade, ao castigar por fatos ainda não executados. Porque esperar que se cometa um crime se é possível se antecipar e evitá-lo? É o que parece dizer-nos a teoria preventivo-especial levada às suas últimas consequências. A resposta deveria indicar que isto seria incompatível com presunção de inocência e a segurança jurídica. Menosprezaria o respeito às liberdades individuais de todo ser humano, reconhecidas pela Constituição.

Estas doutrinas, ao conceber o Estado como pedagogo, tutor ou terapeuta e o delito como uma patologia – pouco importa que seja moral, natural ou social –, são mais antiliberais e anti-garantistas e justificam o modelo de Direito Penal tendencialmente ilimitado. Não importa se é com o auxílio do sacerdote ou com o do psiquiatra, a questão é que o delinquente vê como sua liberdade moral e interior se vê perturbada, ao mesmo tempo em que sua liberdade física ou exterior, por meio da pena privativa de liberdade. Se o tratamento não é compartilhado

pelo condenado isto se torna uma aflição acrescentada a sua reclusão.¹⁸ Talvez por isso as doutrinas de tratamento tenham tido seu apogeu nos regimes totalitários de período entre-guerras.

A idéia ressocializadora está atualmente em crise.¹⁹ Não pode por si só justificar o Direito Penal. Hoje em dia existe um debate sobre o abandono da ideologia do tratamento e a ressocialização. Muitos reprovam nesta idéia seu caráter *sentimentalista e pusilânime* com relação aos delinquentes, e pode chegar a colocar em perigo a Sociedade. Outros vão mais além e afirmam que com ela se deseja regenerar as almas e não só os corpos, para melhor assegurar a *dominação* dos homens pelo poder e pelo sistema. O que legitima à *maioria* da população a impor sua visão das coisas à minoria de sujeitos desviados? Com base em que achamos legítimo influir sobre a educação e sobre o destino de seres adultos, contra sua vontade? Porque as pessoas não podem viver do seu modo à margem da sociedade? É o que dizem os que são contra a idéia ressocializadora e do tratamento.

Indo ainda mais além, há quem afirme que *a sociedade é que deve ser ressocializada, eliminando as injustiças nela existentes e das quais surgem as infrações normativas*. As teorias psicanalíticas consideram que o castigo aos delinquentes não é senão um modo pelo qual a sociedade os converte em *bodes expiatórios*, em *cabeças de turco*, nos quais a população descarrega os impulsos anti-sociais e fica recompensada por não ter ela mesma infringido a lei.

De qualquer modo, continua aberto o debate em torno da questão se se *deve ressocializar para a "moralidade" ou para a "legalidade"*. É suficiente que a conduta externa do indivíduo não contrarie as normas sociais ou tem que corrigi-lo também no foro interno? No nosso juízo seria suficiente o primeiro. O pensamento não delinque e no âmbito interno o sujeito é livre da coação estatal. Só a Moral ou a Religião

18 Os efeitos curadores da sanção penal no delinquente são muito limitados, uma vez que a maioria deles carecem de uma consciência moral saldável, de tal maneira que em vez de produzir uma melhora nestes indivíduos o que se consegue é justamente o contrário, endurecê-los e fazê-los mais frios. A reprovação moral que a sanção carrega nem sequer origina neles arrependimentos, sentimento de culpa ou de reprovação. E ainda mais, quanto mais frequente for o castigo menos efetivo será, tendendo a destruir pouco sentimento de vingança e culpabilidade que no sujeito autor do delito possa ficar.

19 Ver GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo", em *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32, setembro-dezembro 1979, p. 645-700. Também seus *Estudios Penales*. Barcelona: Bosch, 1984. MUÑOZ CONDE, Francisco, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", em *Cuadernos de Política Criminal*, 1979; também em *La reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Bellaterra, 1980.

poderiam imiscuir-se nessas esferas, mas sempre de modo orientador, não como medidas externas de coação. Impor a alguém a correção moral é incompatível com esse valor elementar de civilização que é o respeito à pessoa humana, e *contradiz irremediavelmente o princípio da liberdade e a autonomia da consciência*. Em si mesmo, em sua mente, o indivíduo é soberano. Do contrário, a aparente filantropia degenera em um despotismo inócuo.

As outras ideologias correcionais – a positivista italiana e a da diferenciação do Programa de Marburgo – contradizem, além do valor da liberdade, o da igualdade, ao interiorizar uma concepção do delinquente como ser anormal e inferior, e levadas a suas últimas consequências, originam doutrinas desumanas a da *criança* ou a eliminação *eugênicas*, baseadas na idéia de que o Estado deveria auxiliar a natureza levando a cabo, ao lado da seleção natural, uma seleção penal do tipo artificial, do tipo orwelliano. Ao lado dos valores da liberdade e da igualdade, as doutrinas em questão ferem a *dignidade* do sujeito tratado e um dos princípios básicos do Estado democrático do Direito, o da *tolerância* e do igual respeito às diferenças, violando o primeiro direito de cada homem: a liberdade de ser ele mesmo e de seguir sendo como é.

A tentativa de inculcar valores morais no delinquente é incompatível com uma *sociedade pluralista*. Se impuséssemos credos religiosos e códigos éticos o que faríamos seria difundir o sistema de valores *dominante*, que não necessariamente pode ser o melhor. Seria um modo de manipular a partir do poder. Não esqueçamos que as sociedades ocidentais nas quais vivemos são em sua imensa maioria sociedades burguesas, nas quais as leis penais representam os interesses e valores das classes dominantes. O princípio democrático das maiorias deveria se compatibilizar com o *respeito às minorias*. Como disse em seu tempo Henry David Thoreau, em protesto contra o sistema norte-americano que impunha uma guerra injusta: “uma minoria de um com mais razão que seus concidadãos já é uma maioria de um”. Talvez este não seja o caso da maior parte dos atos delituosos, mas de certo modo deveríamos ter flexibilidade suficiente para poder nos situar, mesmo que fosse apenas hipoteticamente, no lugar do delinquente para pensar se nós tivéssemos vivido sua infância, tivéssemos suas carências econômicas, familiares, educativas e de todo tipo, não teríamos também reagido como ele nos opondo ao sistema. Há situações em que a legalidade é injusta. Nem todas as leis são justas. Há hipóteses legítimas nas quais o sujeito deve opor-se ante uma lei injusta ou, inclusive, chegado ao caso, desobedecê-la.

Diante das soluções extremas, há posturas intermediárias e conciliadoras. Por exemplo, certo autor propõe oferecimento para o delinquente não de conteúdos morais e valorativos concretos, mas sim uma *pluralidade de caminhos*, a mesma pluralidade que se encontra em uma sociedade heterogênea, para seja o próprio sujeito que decida. Em uma linha similar outros oferecem uma terapia social emancipadora, que propõe um trabalho pedagógico para o delinquente, porém sem doutrinarmos. Há quem se oponha a essas doutrinas, que deixam o delinquente à sua sorte, que são demasiado liberais. Considera-se o criminoso como uma criança que deve ser guiada em seus passos até a ressocialização para não se perder.

Outra crítica à prevenção especial seria porque ela centra exclusivamente no aspecto subjetivo, no delinquente, deixando de lado o aspecto objetivo, o delito. Assim se introduz grande *insegurança jurídica* ao não aplicar penas iguais a delitos iguais, por se tratar sempre de sujeitos distintos. A *incerteza* e a possível *arbitrariedade*, nas mãos dos psicólogos, educadores e psiquiatras, poderiam converter o delinquente em uma mera *cobaia* para experimentar os novos tratamentos. Além disso, um tratamento para curar a quem não quer curar-se é um contrasenso e uma violação da liberdade do indivíduo que é *condenado a ser ajudado*.

Isto originaria no plano da realidade modelos e práticas penais ilimitadamente repressivos, paternalistas, persuasivos, de aculturação forçada e de manipulação violenta da personalidade do condenado. Pense-se nas culturas autoritárias como a doutrina nazista. Lembre-se do mesmo modo da experiência dos manicômios penais soviéticos e as escolas de re-educação da China Popular. Estas são formas abusivas e degeneradas que essas doutrinas criaram.

No plano, não mais teórico, senão prático, argumenta-se que a ressocialização nem sempre se alcança, que é uma *utopia*. As teorias da prevenção especial apresentam-se como ineficazes para mudar a realidade e conseguir a consecução de suas metas. Não é irreal pretender que alguém se ressocialize na prisão? Que, além de ajudar esse fim, é em sua maioria *escola de delinquentes*, e onde com frequência há agressões dos próprios companheiros daquele que quer se readaptar? Porém, inclusive se o delinquente quiser cooperar e se curar e mesmo que as condições na prisão fossem idôneas, isto requereria meios e pessoal os quais carecem os estabelecimentos penitenciários. Não se trata de televisão, jogos e outras atividades similares, como se fossem o único

conteúdo de ressocialização. Há uma excessiva burocratização, há falta de meios. O panorama que oferecem os prisões atualidade é desolador no que se refere ao tratamento ressocializador. A prisão é um lugar de incitação ao delito. Repressão e educação são postulados incompatíveis, do mesmo modo que a privação da liberdade e a liberdade mesma, pressuposto e campo do cultivo ideal da verdadeira educação.

A idéia de ressocialização deveria fazer-se viável, pois não é mal como idéia. “*No se deve cair na armadilha – disse Morillas Cueva – do esquematismo que exige uma decisão clara: sim ou não em relação à ressocialização ou entre pena e tratamento. A concórdia é possível. A idéia de ressocialização não deve se extinguir nem se mitificar, mas sim deve unicamente se relativizar e conseqüentemente adequar-se às necessidades sociais. Assim como se compatibilizar com outras instâncias de controle social menos graves e com medidas globais de caráter político-social que propiciem uma sociedade mais justa e igualitária.*”²⁰ Pode-se unicamente pretender da prisão é que seja menos repressiva possível e, por conseguinte, menos dissocializadora e deseducadora.

2.3 AS SANÇÕES COMPENSATÓRIAS. ATÉ UMA PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Na vida cotidiana quando causamos dano a alguém tratamos de compensá-lo pelo mal estar que causamos. Por que o Estado não faz o mesmo nos países mais desenvolvidos? Ou, pelo menos, por que não estendemos ao agressor a capacidade de compensar a vítima e diminuimos assim o papel do Estado e do Direito Penal, deixando relegado a ser um último recurso, uma via final, quando a solução pacífica da disputa tenha falhado? Em todos os sistemas que não têm um Estado forte, a compensação da vítima parece o caminho mais seguido.²¹ O sujeito comum, toda a população, deveria converter-se em *participante* e não em mero espectador, em *produtor de soluções em vez de mero consumidor delas*. Deveria buscar acertos mais que dar ordens, compensar em vez de repreender, fazer o bem em vez do mal.²²

20 MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 30-31 e 38-42. ALLEN, F., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981. ANDENAES, J., “The Morality of Deterrence”, em *University of Chicago Law Review*, 37, 1970, p. 649-664, reimpr. em HAWKINS, G. – ZIMRING, F. (eds.), *The Pursuit of Criminal Justice*, The University of Chicago Press, Chicago, 1984. ANQUETIL, M. (et al.), *La peine, quel avenir?: approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire. Actes du Colloque des Centre Thomas More des 23-24 mai 1981*, Editions du Cerf, Paris, 1983.

21 CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. p. 128 e seg.

22 A respeito ver, UMBREIT, Mark S. (1949-), *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Abingdon Press, Nashville, 1985.

À título de conclusão, as seguintes propostas poderiam ser apresentadas: reservar o espaço da justiça penal repressiva aos temas transcendentais; envolver ativamente a vítima do conflito no processo de resolução e acordo, pois de sua atitude conciliadora depende, em grande medida, o êxito destas propostas alternativas; buscar penas alternativas à privação de liberdade; estabelecer critérios racionais para abandonar a persecução penal obrigatória e permitir persecução a requerimento da parte ofendida. Tratar-se-ia de estabelecer um sistema de comportas racionais, que permitam saber quais águas poderão passar ou não passar pelo dique que representa o sistema punitivo estatal. Tentemos! O que podemos perder?

**BIBLIOGRAFIA (PROVISÓRIA) SOBRE
ADVOCACIA DE ESTADO, ADVOCACIA
PÚBLICA, ORIENTAÇÃO LEGAL E DEFESA
DO ESTADO**

**BIBLIOGRAPHY (PROVISIONAL) OVER THE STATE
ATTORNEY, PUBLIC ADVOCACY, GUIDANCE LEGAL
DEFENSE AND STATE**

Jefferson Carús Guedes (Organizador)
Advogado da União (Brasília)
Doutor e Mestre em Processo Civil (PUC-SP)
Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União

1 INTRODUÇÃO

A crescente necessidade de busca de fontes bibliográficas, principalmente nacionais, que tratem, desde as suas origens, da ADVOCACIA DE ESTADO,¹ da ADVOCACIA PÚBLICA² da ORIENTAÇÃO LEGAL³ ou da DEFESA DO ESTADO⁴ faz necessário este esforço inicial de compilação das referências que permitam o aprofundamento das pesquisas pelos estudantes que se voltam a este tema.

O campo de busca restringiu-se a aspectos institucionais, funcionais e organizacionais, sem abranger outras áreas extensas como o *Processo Civil e Advocacia de Estado*, *Direito Administrativo e Advocacia de Estado* ou *Direito Constitucional e Advocacia de Estado* etc., que comportam outras bibliografias.

Dentro desse campo limitado, a listagem tem por base e ponto mais relevante a bibliografia brasileira, mas, também, as referências estrangeiras, mais acessíveis e mais próximas geneticamente do modelo brasileiro de Advocacia de Estado, que encontra nos modelos italiano, espanhol e hispano-americano seus referenciais.

Considera-se uma “bibliografia provisória” por duas razões: a *primeira* vinculada à dificuldade de levantamento das fontes, em vista de que muitos textos estão publicados em periódicos de pequena circulação, muitas vezes regionais e, a *segunda*, pela constante expansão da bibliografia, que imporá, sempre, correções, aperfeiçoamentos e atualizações.

- 1 *ADVOCACIA DE ESTADO* é expressão e conceito ainda não estabilizado nos debates da doutrina brasileira, embora corrente na Itália e Espanha. A *Advocacia de Estado* é habitualmente e inconvenientemente oposta a *Advocacia de Governo*, considerada esta um *minus*, por conter a instabilidade e transitoriedade própria dos governos. *Advocacia de Estado* é a advocacia exercida para o assessoramento ou consulta ao Poder Público e a representação do Estado em juízo e fora dele.
- 2 *ADVOCACIA PÚBLICA* é expressão que se ajusta à atividade de representação judicial e de orientação jurídica do Estado, mas pode nela comportar, também, as atividades de Defensoria Pública, que para outra parte da doutrina não é propriamente estatal. As atividades da Defensoria Pública não estão indicadas nesta coletânea.
- 3 *ORIENTAÇÃO LEGAL* é expressão correspondente às atividades de assessoramento, orientação e consultoria jurídica, prestada ao Estado e aos seus agentes, pelos advogados públicos; a expressão tem maior curso entre os países hispano-americanos.
- 4 *DEFESA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO ESTADO* é expressão que reúne a mais comum nos países hispano-americanos da América do Sul (Defesa do Estado) e a mais comum em língua portuguesa, sendo também criticável por não incorporar de modo estrito a orientação ou consultoria dada aos órgãos estatais e a seus dirigentes.

Seguiu-se uma divisão inicial em Bibliografia brasileira e Bibliografia estrangeira. No caso brasileiro fez-se uma divisão principal segundo a espécie de fonte (livro ou artigo) e nos períodos históricos, em vista da profunda modificação na concepção da advocacia de Estado da União,⁵ a partir da Constituição de 1988.

2 BIBLIOGRAFIA BRASILEIRA

Como dito, no caso brasileiro fez-se uma divisão segundo a espécie de fonte (livro ou artigo) e os períodos históricos, sendo posteriores a 1988 a maior parte dos textos aqui listados. Tal concentração se justifica porque a Advocacia de Estado ganha a partir da Constituição de 1988 seu espaço constitucional exclusivo, no plano da União, como já era, aliás, nos Estados da federação. Desde então se nota uma evidente multiplicação da produção literária, que ganha contornos ainda maiores nos anos iniciais do século XXI.

2.1 LIVROS

Os livros brasileiros estão divididos em períodos históricos, anteriores à República (1889); período republicano até a Constituição de 1988 (1889-1988) e os posteriores à Constituição de 1988.

2.1.1 HISTÓRICOS – ANTERIORES A 1889

BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. *Novo manual do procurador dos feitos da Fazenda*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1888.

MAIA, José Antônio da Silva. *Guia dos Procuradores da Coroa*. Rio de Janeiro, 1841.

MALHEIROS, Perdigão. *Manual do procurador dos feitos da Fazenda Nacional nos juízos de primeira instancia*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1859.

MALHEIROS, Perdigão. *Manual do Procurador dos feitos da Fazenda Nacional nos juízos de primeira instancia*. 2. ed. corr. e aum. Rio de Janeiro: E. & H. Laemmert, 1873.

⁵ Referimo-nos a separação entre a atividade da Advocacia de Estado da atividade do Ministério Público. A Advocacia de Estado na Administração Indireta da União (Autarquias públicas federais) e das unidades federativas (Estados, Distrito Federal e Municípios) já possuíam exemplos muito evidentes de separação das atividades ou de dualismo.

MALHEIROS, Perdigão. *Suplemento ao Manual do Procurador dos feitos da Fazenda Nacional*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1870.

2.1.2 LIVROS - A PARTIR DA REPÚBLICA -1889-1988

ACCIOLLY, Mario. *Execuções fiscais*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1923.

NUNES, Castro. *Da Fazenda Pública em juízo*: Tribunal Federal de Recursos, Juízo dos Feitos, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

PAIVA, José da Cunha Navarro de. *Manual do Ministério Público*. Porto: Antonio Jose da Silva Teixeira, 1900.

QUEIROZ, Cid Heráclito de. *O Processo Histórico-Evolutivo da Formação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e do Corpo de Procuradores da Fazenda Nacional, Legislação Orgânica – Estrutura – Competência da Procuradoria da Fazenda Nacional*. Brasília: Ministério da Fazenda, 1974.

2.1.3 LIVROS - POSTERIORES A 1988

BOLZAN, Fabrício; HOSHINO, Cássia. *Modelos de pareceres da Advocacia Pública: direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Advocacia Pública e Direito Econômico: o encontro das águas*. Porto Alegre: Fabris, 2009.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia Pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

COSTA Alexandre Bernardino; HAUSCHILD, Mauro Luciano. *Conclusões do Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Desafios éticos da Advocacia Pública*. Rio de Janeiro: Esplanada: ADCOAS, 2002. Coord. Guilherme José Purvin de Figueiredo.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; ORDACGY, André da Silva. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça*. Curitiba : Letra da Lei & IBAP, 2009. 496p.

GUEDES, Jefferson Carús (Org.); SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 686 p.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano ; COSTA, A. B. ; SILVA, A. M. ; SILVA, B. C. ; ROCHA, Eduardo G. ; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de ; TEMPERANI, P. B. *Nos Limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*. Brasília: Unip - Unafe, 2009. v. 1. 152 p.

LEITE JÚNIOR, Zany Estael. *Aspectos práticos da Advocacia Pública perante a justiça do trabalho*. Florianópolis: Conceito, 2008. 96 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil – Império*. São Paulo: Saraiva – Direito GV, 2010.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Forense: Rio de Janeiro.

NAVES, Rubens. *Advocacia em defesa do Estado*. São Paulo: Método, 2008.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *A União em juízo*. São Paulo: MP, 2005. Sergio Augusto Zampol Pavani (Org.).

PEREIRA, Helio Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REIS, Maria Lúcia Américo dos. *Quem defende a União?: reforma constitucional ao alcance de todos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SALGADO, Graça. *Fiscais e Meirinhos: a administração no Brasil Colonial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

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

SOUTO, João Carlos. *A União federal em juízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

XIMENES FILHO, Élder. *Prática de advocacia consultiva: a elaboração do parecer*. Fortaleza: ABC, 2003.

2. 2 ARTIGOS

Considerou-se como critério para a classificação como artigo a publicação em periódico ou coletânea, independentemente da extensão dos textos, que podem alcançar dezenas de páginas.

As fontes para a coleta dos artigos foram, preponderantemente, a Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)⁶ e a Rede Virtual de Bibliotecas (RVBI),⁷ do Congresso Nacional, que reúne Bibliotecas Jurídicas de Brasília, dentre as quais se encontra a Biblioteca Central da AGU – Biblioteca Teixeira de Freitas.

2. 2. 1 ARTIGOS PUBLICADOS EM PERÓDICOS – ATÉ 1988

BARROS JUNIOR, Carlos S. A Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas. Sua posição e funções. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 5, 1974, p. 49-52.

CARDOZO, J. J. de Faria. A Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 6, 1975, p. 305-310.

FARIA, Anacleto de Oliveira. O Regime da dedicação exclusiva e os procuradores do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 1. 1971.

6 Biblioteca da Faculdade de Direito da USP: <<http://143.107.2.22/fdusp/biblioteca.htm>>.

7 Rede Virtual de Bibliotecas: <<http://www.senado.gov.br/senado/biblioteca/rvbi.asp>>.

- FERREIRA, Pinto. O Ministério Público e a Advocacia de Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 96, p. 201-32, out./dez. 1987.
- GODINHO, Gualter. Dos sistemas jurídicos de defesa do Estado. *Revista de Direito Público, São Paulo*, v. 19, n. 80, p. 147-51, out. / dez. 1986.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Advocacia Pública e Direito Comparado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 30, dez./1988, p. 189-281.
- GUAZZELLI, Armando. A Representação da Fazenda Estadual pela Procuradoria Fiscal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.60, 1975, p. 311-316.
- MARINHO, Josaphat. Advocacia Pública, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 21, dez. 1983.
- PARÁ FILHO, Tomás . A dignidade da advocacia e o poder público. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 9, 1976, p. 87-101.
- PARÁ FILHO, Tomás. A Advocacia de Estado. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 5, p. 1-33.
- PARÁ FILHO, Tomás. A advocacia do Estado e o controle de legalidade da administração pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 5, 1974, p. 73-86.
- PARÁ FILHO, Tomás. A advocacia do Estado. *Anais do I Congresso Brasileiro de Advocacia de Estado*, São Paulo, 1969.
- PARGENDLER, Maria Isabel Souza. A cobrança judicial da dívida ativa da União pelo Ministério Público dos Estados. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 131-A, p. 23-31, set. 1985.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. A advocacia do Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, 1977, p. 73-99.
- TAVOLONI JUNIOR, Alexandre. Procurador do Estado - cargo privativo de advogado habilitado em concurso público - nulidade da

admissão sem concurso. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 8, n. 28, p. 37-44, jul. /set. 1984.

TEMER, Michel. O Procurador do Estado e os Tribunais de Contas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 7, 1975, p. 273-281.

TUMA, Wadih Aidar. Ministério Público e a advocacia do Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 1, 1971, p. 157-166. (Parecer)

2. 2. 2 ARTIGOS PUBLICADOS EM PERÓDICOS OU COLETÂNEAS - POSTERIORES A 1988

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira; SOUZA, Luciane Moessa de. Procuradoria do Banco Central do Brasil: realidade e perspectivas. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público. *Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região*, n. 85, p. 109-117, set. /out. 2007.

AIDAR, Carlos Miguel. A representação da Advocacia Pública pela Ordem dos Advogados do Brasil. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 7, n. 14, p. 10-12, jun. 2001.

ALMEIDA, Jerônimo Olinto de. A ética, o procurador do Estado e a realização da constituição brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, n. 11, p. 135-153, dez. 2003.

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz e Alves. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano 9, n. 23, jan./mar. 2010.

ALVES, Léo da Silva. O serviço jurídico na administração pública. *L & C: Revista de Direito e Administração Pública*, v. 8, n. 81, p. 4-8, mar. 2005.

AMORIM, Adriano Portella de. Dos subsídios para a defesa da União. *Revista Jurídica do Ministério da Defesa*, v. 1, n. 3, p. 97-100, jul. 2005.

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrentes. *Advocacia Pública: leituras complementares de Direito Administrativo*. Organização de Fernanda Marinela; Fabrício Bolzan. Salvador: JusPodivm, 2008. ANDRADA, José Bonifácio Borges de. O maior escritório de advocacia do Brasil. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 6, n. 137, p. 8-10, set. 2002.

ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre a capacidade postulatória do advogado público e a obrigatoriedade de que mantenha inscrição na OAB e pague anuidade. *Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região*, v. 20, n. 5, p. 40-45, maio 2008.

ANDRADE, Rogério Emilio de. Advocacia da União e Estado de Articulação jurídica das estruturas coletivas de gestão administrativa Justiça. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ANDRETTA Junior, Homero. Proibição na administração da justiça e na Advocacia Pública: o princípio da eficiência processual. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 7, n. 7, p. 109-118, out. 2008.

ANJOS, Luís Henrique Martins dos. As Procuradorias da União na viabilização das políticas públicas. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 7, n. 7, p. 37-56, out. 2008.

ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. O contraditório no mandato de segurança sob o enfoque da Advocacia Pública. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, n. 7, p. 261-256, abr. 2006.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. A carreira de Procurador Federal e a Procuradoria-Geral Federal: breves considerações. *Revista da AGU*, ano 2, n. 05, set./dez. 2004.

- BAHIA, Perpetua Ivo Valadão Casali. Exercício do controle de legalidade “latu sensu” pelo procurador do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, n. 23, p. 145-55, jan. /dez. 1997.
- BARBI, Humberto Agrícola. Advocacia Geral da União Advocacia e Defensoria Pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 439-49, 1991.
- BARBOSA, Flávia Queiroz. A referenda na Advocacia Pública: instrumento de acesso à justiça. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 31, n. 1/2, p. 217-36, dez. 2002.
- BERNARDINO, Juliana Helena Takaoka. Responsabilidade dos advogados públicos por pareceres jurídicos emitidos em processos de licitação e contratos. *Revista Zênite: ILC: Informativo de licitações e contratos*, v. 16, n. 189, p. 1013-1021, nov. 2009.
- BEZNOS, Clovis. Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 137-41, jan. /mar. 1990.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Funções essenciais a justiça: a jurisdição e a cidadania na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 138, p. 127-138, abr. /jun. 1998.
- BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. A Advocacia Geral da União como função essencial da justiça. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 29-42, jan. /mar. 2005.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Serviços advocatícios: contratação por conselho de fiscalização profissional: reembolso das despesas com deslocamentos de advogados: acompanhamento de ações judiciais em outras localidades: não inclusão de tais valores no contrato: ofensa ao art. 55, III, da Lei nº 8. 666/93: anulação da concorrência / Tribunal de Contas da União. *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 20, n. 11, p. 1080-1090, nov. 2007.
- BRITTO, Alzemeris Martins Ribeiro de. O procurador do Estado e o combate ao jeitinho brasileiro na administração: uma reflexão

- acerca da ética na Advocacia Pública. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 1261-74, dez. 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a Advocacia Pública. *Fórum Administrativo*, v. 10, n. 107, p. 36-37, jan. 2010.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Advocacia Pública enquanto função essencial à justiça. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 43-50, jan. /mar. 2005.
- CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. Apontamentos para estudo da história da advocacia fiscal brasileira e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – das origens lusitanas até o advento da Lei nº. 2642, de 09.11.1955. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, ano 8/9, nº 8/9, p. 25-85.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, p. 73-106, jun. 1994.
- CAMPOS, José Aloysio Cavalcante. Advocacia Pública profissional: ações e resultados. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, n. 10/11, p. 13-16, jan. /dez. 2004.
- CAMPOS, Katia. Contratação de advogado. *JAM Jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal*, v. 13, n. 1, p. 77-80, jan. 2008.
- CARDOSO, Cleia. O Controle interno de legalidade pelos Procuradores do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 118, p. 157-66, abr/jun. 1993.
- CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 6, n. 6, p. 09-40, out. 2007.
- CARVALHO, Juan Pablo Couto de. Advocacia-Geral da União: breve retrato do maior escritório de advocacia do país. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTILLO NETO, Arthur de. O futuro do advogado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 178, p. 13-17, abr. /jun. 2008.

CASTRO, Aldemario Araujo. A (centenária) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: seu papel e sua importância para a sociedade e para o Estado. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTRO, Aldemario Araújo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Revista da AGU*, v. 7, n. 15, p. 9-16, mar. 2008.

CASTRO, Aldemario Araujo. A importância institucional da Corregedoria-Geral da Advocacia da União no contexto da nova Advocacia Pública Federal. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. CASTRO, Aldemario Araujo. Da privacidade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus membros. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 63-80, jan. /mar. 2009.

CHINELATO, João Marcelo Torres. Lei de improbidade administrativa: a atuação da Advocacia Pública no combate à corrupção *Revista da AGU*, v. 4, n. 7, p. 95-97, ago. 2005.

COCCARO FILHO, Celso Augusto. Advocacia Pública e moralidade administrativa. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 21-32, 1998.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. Autonomia funcional da Advocacia Pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional Brasileiro. *Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito*. (Revista da APES – v. 2). Coordenação, Claudio Penedo Madureira. Salvador: JusPodivm, 2009.

CORDARO, César Antonio Alves, Autonomia da Advocacia Pública na opção pelo pólo processual nas ações populares e ações de improbidade administrativa. *Revista de Direito e Política*, v. 3, n. 9, p. 9-20, abr. /jun. 2006.

- CORDARO, Cesar Antonio Alves. A Advocacia Pública dos Municípios: necessidade de tratamento constitucional. *Advocacia de Estado*: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CORDEIRO, Maria de Fátima Rodrigues Travassos. Audiência preliminar nas ações de interesse da Fazenda Pública. *Direito Atual*, v. 1, n. 3, p. 79-93, jul. 1999.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O procurador de Estado e o pensamento jusfilosofico (percebendo o neoliberalismo). *Revista da Procuradoria Geral do Paraná*. Curitiba, v. 10, n. 5, p. 45-55, dez. 1996.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Procurador do Estado e o pensamento jusfilosofico (percebendo o neoliberalismo). *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Sao Paulo, n. 44, p. 91-104, dez. 1995.
- DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela administração publica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 49-57, out. /dez. 1998.
- DEIAB, Felipe. Uma nova experiência na Advocacia Pública brasileira: Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. *Revista da PGT: Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, p. 17-27, nov. 2005.
- DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. *A&C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 7, n. 27, p. 43-59, jan./mar. 2007.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Advocacia Pública. *Revista da Procuradoria Federal Especializada - INSS*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 23-72, out. /dez. 2002.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Fortalecimento Institucional da Advocacia Pública. *Revista Fórum Administrativo*, v. 2, n. 21, nov.2002, p. 1485-1486.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez. 1996.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 7, n. 7, p. 11-35, out. 2008.
- DIAS, Roberto. Da inconstitucionalidade da imposição da verba honorária em 20% por parte da Fazenda Nacional com base no Decreto-lei nº 1.025/69. *Consulex: Informativo Jurídico*, v. 15, n. 35, p. 7-8, 27 ago. 2001.
- DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Da inexigibilidade de licitações para a contratação de serviços advocatícios pela administração pública. *OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 33, n. 77, p. 79-97, jul. /dez, 2003.
- FARIA, Ana Paula Andrade Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A independência e a autonomia funcional do procurador de Estado. *Revista Forense*, n. 361, mai./jun. 2002.
- FARIA, Ana Paula de Andrade Borges. A consultoria jurídica como instrumento de controle dos atos do Poder Público. *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procurares de Estado: ética e Estado de justiça – novas dimensões*, Porto Alegre, vol. 1, Indústria Gráfica.
- FARIA, Darcio Augusto Chaves. A ética profissional dos Procuradores Públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 321, p. 21-39, jan. /mar. 1993.
- FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os interesses primários e secundários do Estado e a atuação proativa em defesa do Estado democrático de direito e da probidade administrativa. *Revista da AGU*, v. 7, n. 18, p. 9-28, out. /dez. 2008.
- FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Pretta. A Advocacia Pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*, v. 40, n. 7, p. 69-81, nov. /dez. 2006.
- FELIPE, Arley César. A Advocacia-Geral da União na Constituição Federal de 1988. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 34, n. 1/2, p. 107-128, jan. /dez. 2006.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Uma crônica da Advocacia Pública.

Advocacia Pública, v. 5, n. 7, p. 18-19, set. 1999.

FERNANDES, Iara de Toledo. A Advocacia Pública no processo civil.

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 23, p. 61-99, ago. / nov. 1998.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Advocacia cidadã e

a agenda ambiental da administração pública. *Revista da AGU*, v. 8, n. 21, p. 327-341, jul. /set. 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Ação civil pública e tutela

do patrimônio público e da moralidade administrativa pelos órgãos de Advocacia Pública. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 55-74, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia Pública:

interesse público x governante. *Advocacia Pública*, v. 8, n. 20, p. 19-20, out. /dez. 2002.

FILHO, Derly Barreto. *Advocacia Pública: competência constitucional*

dos estados-membros. ética e estado de justiça: novas dimensões.

Porto Alegre: Metrôpole Indústria Gráfica Ltda, 2002. Caderno de teses, p. 279-291.

FIORANELLI JUNIOR, Adelmo. A Procuradoria Geral do

Estado como Função Essencial à Justiça. *Revista de Direito da*

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 40, dez. 1993, p. 235-255.

FONTES, Ana Lucia de Castro. *Devido processo legal: princípio*

constitucional da administração pública brasileira. ética e estado de

justiça: novas dimensões. Porto Alegre: Metrôpole Indústria Gráfica

Ltda, 2002. Caderno de teses, p. 279-291.

FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa

das políticas e dos interesses públicos a cargo da Administração indireta.

Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um

Estado de Justiça. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane

Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. GARNER, Lydia M.

Os advogados do Conselho de Estado do Segundo Reinado, *Revista do*

Instituto dos Advogados Brasileiros, n° 81, 1° e 2° sem.1994, p. 26 e segs.

- GIOIA, Fúlvia Helena de. Funções essenciais à justiça. *Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 437-460.
- GONÇALVES, Alexsander Aparecido. *A Advocacia Pública e suas funções institucionais. Fórum Administrativo*, v. 10, n. 108, p. 43-46, fev. 2010.
- GRAF, Ana Cláudia Bento. Nossa luta comum por uma Advocacia Pública democrática. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 6, p. 9-11, jul. /set. 2005.
- GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. *Boletim de Doutrina ADCOAS*, São Paulo, v. 7, n. 23, p. 450-1, dez, 2004.
- GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia Pública: estudo classificatório de direito comparado. *Interesse Público*, v. 11, n. 54, p. 77-107, mar. /abr. 2009.
- GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Superação das antinomias entre a legislação e a Constituição no exercício da Advocacia Pública. *A & C: revista de direito administrativo & constitucional*, v. 7, n. 28, p. 45-75, abr. /jun. 2007.
- GRANZOTO, Cláudio. Advogado de Estado: defesa do interesse público, independência funcional mitigada. *Revista da AGU*, v. 6, n. 13, p. 19-36, ago. 2007.
- GRISI NETO, Afonso. A função institucional do advogado público no controle da legalidade do procedimento fiscal. *Advocacia Pública*, v. 7, n. 15, p. 4-5, set. 2001.
- GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado*

de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza (Coords.).

HAUSCHILD, Mauro Luciano. A nova Escola da Advocacia-Geral da União: vetor da formação e do aperfeiçoamento dos servidores e advogados públicos federais. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. .

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. A Advocacia Pública como tutora da ética e do resguardo dos direitos fundamentais *Revista da AGU*, v. 8, n. 20, p. 119-153, abr. /jun. 2009.

HOLLENBEN. Luiz Setembrino. *Advogado: contratação pelo poder público: aspectos peculiares na contratação de serviços advocatícios de interesse das prefeituras e câmaras municipais*. Coordenação, Luiz Setembrino von Holleben. et. al. Curitiba: Soluções Jurídicas, 2009.

IVO, Gabriel. Sobre a isonomia do procurador de Estado com advogado de autarquia. *Revista da APG*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 77-85.

KIRSCH, César do Vale. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, 2006.

KIRSCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KLEM, Rodrigo Lima. A ilegitimidade ativa da administração pública para a execução de honorários de sucumbência a título de receita própria. *Revista Zênite: IDAF informativo de direito*, v. 9, n. 101, p. 453-456, dez. 2009.

KOKKE, Marcelo. O papel da AGU no Estado Democrático de Direito. *Consulex: Informativo Jurídico*, Ano XIII, nº 291 –fev./2009.

- KYRIAKOS, Norma. *Procuradores do Estado: Função Essencial à Justiça, Formação Jurídica*. 2. ed. Coordenação, José Renato Nalini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LAMAC, Jaques. Advocacia Pública: atuação na área ambiental. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 7, p. 29-42, out. /dez 2005.
- LEMOS, Antônio Inácio Pimentel Rodrigues de. A União em juízo: as prerrogativas processuais da Fazenda Pública e o princípio da isonomia. *Revista da AGU*, v. 4, n. 6, p. 139-167, abr. 2005.
- LEMOS, Bruno Espiñeira. Ética, moralidade e Advocacia Pública (com um enfoque voltado à atividade dos procuradores dos Estados). *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 24, p. 109-22, jan. /dez. 1998.
- LIMA NETO, Alexandre Costa. Reposição ao Erário e boa-fé do servidor. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 6, n. 6, p. 149-166, out. 2007.
- LOCATELLI, Douglas Vitoriano. Aspectos históricos e perspectivas da Advocacia Pública na Constituição de 1988. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 2, n. 2, p. 202-205, out. 2003.
- LOPES, Pedro Câmara Raposo. A contratação de serviços advocatícios pela administração pública. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, RS, v. 5, n. 27, p. 249-57, set. /out. 2004.
- MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MACEDO, Wilson Teles de. Função de assessoramento superior - "anistia" dos ex-assessores em face da lei n. 8.878/94.- Impossibilidade. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo. v.11. n.2. p. 100-8. fev. 1995.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Apontamentos sobre o regime jurídico - constitucional do Ministério Público e da Advocacia

Pública: análise comparativa. *Em Tempo*: Revista da Faculdade de Direito de Marília, n. 6, p. 81-86, ago. 2004.

MACHADO, Rubens Approbato. *Da Defensoria e da Advocacia Pública. Constituição federal*: avanços contribuições e modificações no processo democrático brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2008. p. 429-431.

MACHADO, Rubens Approbato. O controle dos princípios da administração pública pela Advocacia Pública. *OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 21, n. 73, p. 83-91, jul. /dez. 2001.

MACHADO, Rubens Approbato. O novo perfil da Advocacia Pública. *OAB: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 74, p. 99-113, jan. /jun. 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia do setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 27-55, jan. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A singularidade da advocacia e ameaças às prerrogativas profissionais. *Revista do Advogado*, v. 27, n. 93, p. 39-42, set. 2007.

MARTINS, Alzemer; BRANDÃO, Cléia Costa dos Santos. Agência reguladora reflexões sobre o seu modelo, suas funções e o controle da procuradoria geral do Estado sobre sua atuação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v.26, p.77-93, jan./dez. 2000.

MARTINS, Alzemer; SOUZA, Marisa Idalência de. O princípio constitucional da eficiência: aplicação à função do procurador do Estado no exercício da consultoria jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 25, p. 59-98, jan. /dez. 1999.

MASSA, Patrícia Helena. O Papel do Advogado Público na Administração Democrática e o Controle de Legalidade, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, jan./dez. 1997.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Prestação de serviços advocatícios à administração pública diretamente, sem licitação, é lícita. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 2, n. 23, p. 7-24, nov. 2007.

MELO, Augusto Carlos Cavalcante. A Advocacia Geral do Estado e a extinção das procuradorias autárquicas estatais. *JAM jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal*, v. 12, n. 3, p. 12-17, mar. 2007.

MELO, Edelamare Barbosa. Atividade funcional e judicial do procurador de Estado no Estado democrático e de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, n. 14, p. 69-92, jul. / dez. 1990.

MELO, Mônica de. A eleição direta para procurador geral do Estado como garantia da efetivação da democracia participativa e do controle da legalidade e moralidade. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 275-294, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Centro de Estudos Victor Nunes Leal. *Revista da AGU*, v. 1, n. 1, p. 7-8, jun. 2002.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. A missão institucional da Secretaria-Geral de Contencioso e seus reflexos na defesa das políticas e dos interesses públicos. *Revista da AGU*, v. 8, n. 21, p. 9-35, jul./set. 2009.

MONTEIRO, José Joaquim. Função de assessoramento, *Revista da Consultoria Geral do Rio Grande do Sul*, n. 23. Porto Alegre, p. 159-164.

MOOG, Marcos Costa Vianna. O exercício da Advocacia Pública pelo procurador do Estado: um esforço de delimitação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, n. 12, p. 97-119, dez. 2004.

MORAIS, José Luís Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos: o acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da Advocacia Pública. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p. 183-218, mar. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 275-9, jan. /mar, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 4, n. 4, p. 36-65, out. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito.* (Revista da APES – v. 2). Salvador: JusPodivm, 2009. Coord. Claudio Penedo Madureira.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. *Interesse Público*, v. 1, n. 4, p. 9-22, out. / dez. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública: realidade e perspectivas para o próximo milênio. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 1283-94, dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública: realidade e perspectivas para o milênio. *Revista de Direitos Difusos*, v. 2, n. 10, p. 1283-1294, dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública: realidade e perspectivas para o milênio. *Revista de Direitos Difusos*: v.2, n. 10, dez. 2001, p.1283-1294.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais a Justiça. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*: n. 43, 1991, p. 30-40.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*: n. 36, dez. 1991, p. 11-43.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre os poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 26, n. 103, jul./set. 1989, p. 05-26.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A Advocacia Pública como instituição de controle interno da administração. *Revista Zênite*: IDAF informativo de direito, v. 9, n. 105, p. 836-841, abr. 2010.

MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, n. 14, p. 107-16, jul. /dez. 1990.

MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, set. 2001.

NARDELLI, Paulo Renato González. Para a retomada do prestígio dos advogados públicos. *Consullex: Revista Jurídica*, v. 13, n. 308, p. 14, nov. 2009.

NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do procurador municipal: função essencial e típica de Estado. *Interesse Público*, v. 12, n. 60, p. 243-260, mar. /abr. 2010.

NÓBREGA, Airton Rocha. Advocacia Pública: audiência de seus membros pelo TCU. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 22, n. 09, p. 1025-1029, set. 2006.

NOVAES, Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami; GIOLO JUNIOR, Cildo. Considerações sobre a advocacia privada e pública. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 2, n. 2, p. 70-9, jul. 1999.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. O papel do advogado público na questão ambiental. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 125-141, 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. O procurador do Estado e a plenitude do exercício da advocacia. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 11, p. 760-4, nov. 1997.

OLIVEIRA, Milton Luiz Gazaniga de. Políticas públicas e a exclusividade do exercício dos cargos na AGU: numa visão materialista. *Fórum Administrativo*, v. 10, n. 110, p. 21-23, abr. 2010.

OLSSON, Gentil Andre. A função do defensor dos interesses do Estado no processo administrativo - tributário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 10, p. 180-9, jul. 1994.

PANOEIRO, Cláudio de Castro; PANOEIRO, Jeane A. Esteves; RODRIGUES, Rafaella Ramalho. Atuação pró-ativa da Fazenda Pública no combate à improbidade administrativa. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*.

Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza.
Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PATARO, Gustavo. Advogado público: uma espécie ameaçada de extinção. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, v. 8, n. 26, p. 63-70, out. /dez. 2007.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. Honorários advocatícios: aspectos atuais da atuação do advogado público. *Revista de Direito e Política*, v. 3, n. 11, p. 189-200, out. /dez. 2006.

PAZOS, Antonio Marques. Limites da responsabilidade funcional dos advogados públicos. *L & C: Revista de Administração Pública e Política*, v.10, nº 105, p. 29-31, mar. de 2007

PEIXOTO, José Roberto da Cunha. A estatura constitucional da advocacia de Estado da União. *Fórum Administrativo*, v. 10, n. 107, p. 38-68, jan. 2010.

PEREIRA, Márcia Regina de Souza. A Advocacia Pública no Estado do Acre. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 21-22, jan./mar. 2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Acesso ao consumidor a Justiça e a Advocacia Pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, p. 49-65, abr./jun. 1999.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua aplicação no exercício da Advocacia Pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 77-94, dez. 1997.

PISCITELLI, Rui Magalhães. Dos honorários advocatícios em prol da Fazenda Pública Federal. *Revista da AGU*, v. 4, n. 7, p. 27-34, ago. 2005.

PONTES FILHO, Valmir. Procuradores de Estado: sua remuneração e a Emenda Constitucional n. 19. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 21, p. 38-45, 1998.

PONTES, Bruno César da Luz. A AGU, a “Lei da Mordça” e a sociedade. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 81-134, jan. /mar. 2009.

PROCHNOW JUNIOR, Jenz. O Estado em juízo e sua representação. *Argumentum Jure*, v. 2, n. 2, p. 85-103, jul. /dez. 2003.

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Funções Essenciais à Justiça: da advocacia do Estado. *Introdução ao Direito Previdenciário*, São Paulo: LTr, 1998, p. 226-236.

RAMALHO, Lívio de Oliveira. Breve estudo sobre a (im)possibilidade de efetivação da representação judicial de agente do estado pela Advocacia Pública. *Temas de Direito Público: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito.* (Revista da APES – v. 2). Coordenação, Claudio Penedo Madureira. Salvador: JusPodivm, 2009. .

RAMOS, Elival da Silva. Aposentadoria proporcional: verba honorária do Procurador do Estado. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 26, n. 5, p. 567-76, set. /out. 2002.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Organização federativa e sistemas de ensino: a inclusão da escola superior de advocacia da seccional de São Paulo, da OAB, no sistema de ensino do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 279-86, jul. /set. 2003.

REIS JÚNIOR, Antônio José dos. A obrigatoriedade do procurador do ente público propor a ação de improbidade administrativa. *Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 30, n. 357, p. 5-19, set. 2008.

RIBAS, Cristiane Góes Magalhães; MAIA, Lizea Magnavita. Procurador Geral do Estado: forma de provimento do cargo. *Revista da Procuradoria Geral dos Estado da Bahia*, Salvador, v. 26, p. 141-55. jan./dez. 2000.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Constituição e Procuradoria do Estado. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 147-53, mar. 1999

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Reforma administrativa: o novo regime constitucional do procurador do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 49/50, p. 15-35, jan./dez. 1998.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. A unicidade orgânica da representação judicial e da consultoria jurídica do Estado de Minas

Gerais. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 23, n. 171, p. 15-44, jul./ago. 1999.

RODRIGUES, Cristiano Lourenço. Funções essenciais à justiça: a Advocacia Pública. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 28, p. 3933-51, nov./dez. 2004.

RODRIGUES, Cristiano Lourenço. Funções essenciais à justiça: a Advocacia Pública. *Revista de Direitos Difusos*, v. 5, n. 28, p. 3933-3951, nov./dez. 2004.

SALLES, Abdar da Costa. O Procurador do Estado e o Defensor Público: incompatibilidade no exercício simultâneo de ambas funções. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 19, n. 132, p. 79-85, jan. 1995.

SANDIM, Emerson Odilon. Estado, cidadania e Advocacia Pública. *Argumentum jure*, v. 2, n. 1, p. 117-135, jan. /jun. 2003.

SANTANA, Ricardo Marcelino. O papel da Advocacia Pública no controle interno dos atos administrativos e o instrumento da recomendação. *Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 15, p. 618-614, 1. quinz. ago. 2008.

SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. O Estado contemporâneo e a Advocacia Pública federal: propostas para a alteração da Lei complementar da Advocacia-Geral da União apresentadas pela Procuradoria-Federal junto à UFF. *Revista de Direito e Política*, v. 4, n. 14, p. 141-152, jul. /set. 2007.

SANT'ANNA. Sérgio Luiz Pinheiro. Os desafios da Advocacia Pública no Estado contemporâneo: breve análise e reflexão de temas da proposta de nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza . Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 30, n. 117, jan/mar. 1993, p.187-202.

- SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, 2001.
- SICHEL, Ricardo Luiz. A responsabilidade do procurador quando do exame de minutas de edital e contato. *Temas atuais de Direito Público* Organização de Antonio Marcos Guerreiro Salmeirão; Leslie de Oliveira Bocchino. . Curitiba: UTFPR, 2007.
- SILVA FILHO, Derley Barreto. Advocacia Pública: competência constitucional dos Estados-membros. *Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e estado de justiça – novas dimensões*, vol. 1, Indústria Gráfica, 2002.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 143-154, jul. /set. 1998.
- SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-9, out. 2002.
- SILVA, José Afonso. A Advocacia Pública. *Revista Jurídica da APERGS: Advocacia do Estado*, ano 1, n. 1, set. 2001.
- SILVA, Léo da. Como advogar perante a administração pública. *Consulex: Informativo Jurídico*, v. 17, n. 30, p. 8-11, 28 jul. 2003.
- SILVA, Márcio Henrique Mendes da. Uma análise crítica e pragmática do projeto de reforma da Lei de Execução Fiscal e suas implicações para a Advocacia Pública. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 83-92, jan./mar. 2005.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. A função social do procurador do Estado. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 18, n. 34, p. 52-60, jul. 1997.
- SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Institucionalização dos órgãos da Advocacia Pública. *Advocacia Pública & Sociedade*, v. 2, n. 2, p. 295-299, 1998.
- SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações

e contratações. *Debates em Direito Público*: revista de Direito dos Advogados da União, v. 7, n. 7, p. 59-91, out. 2008.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Por uma nova Advocacia Pública: reflexões sobre o papel da consultoria jurídica nas licitações e contratações administrativas. *Temas de Direito Público*: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito. (Revista da APES – v. 2). Coordenação, Claudio Penedo Madureira. Salvador: JusPodivum, 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O Papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração. *Revista da PGT*: Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, n. 1, p. 28-44, nov. 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul - RS, v. 5, n. 28, p. 48-63, nov. /dez, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização do advogado ou procurador por pareceres. *Temas de Direito Público*: a importância da atuação da Advocacia Pública para a aplicação do direito. (Revista da APES – v. 2). Coordenação, Claudio Penedo Madureira. Salvador: JusPodivum, 2009. SOUZA, Gabriel Felipe de. O papel de uma ouvidoria no âmbito da Administração Pública federal: a experiência da Ouvidoria-Geral da AGU. *Advocacia de Estado*: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da Advocacia Pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. *Advocacia de Estado*: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da Advocacia Pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. *Advocacia de Estado*: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane

Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. *A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 8, n. 34, p. 141-174, out. /dez. 2008.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Os Procuradores da Fazenda Nacional, *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, número 2, 1998, p. 42-47.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. Exercício da advocacia privada pelo advogado público: ponderação entre riscos e benefícios. *Revista da Emerj*, v. 12, n. 46, p. 208-231, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. TRINDAD, Luciano José. O sistema de controle interno da administração pública e Advocacia Pública. *Revista de Direito e Política*, v. 2, n. 4, p. 61-74, jan. /mar. 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima. Independência e autonomia da Advocacia Pública em São Paulo. *Revista de direito e política*, v. 2, n. 4, p. 25-26, jan. /mar. 2005.

VALADÃO, Perpétua Leal Ivo; CARVALHO, Paulo Moreno. Novas formas de transferência da atividade pública ao setor privado: controle administrativo pela Procuradoria Geral do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v.25, p.117-34, jan./dez. 1999.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Luciane Moessa de Souza Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA Junior, Ronaldo Jorge Araujo. A Advocacia Pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, p. 9-40, jan. /mar. 2009.

VIEIRA, Jose Marcos Rodrigues et al. Dever-poder das procuradorias estaduais frente a ação civil publica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, n. 21, p. 63-76, jan. /dez. 1995.

WEINGARTNER, Lis. Ética e imagem: o advogado não está incólume. *Justilex*, v. 6, n. 69, p. 12-17, set. 2007.

WEINGÄRTNER, Lis. O Estado como cliente: o Brasil soma mais de 9 mil profissionais, entre procuradores e advogados da União, que têm como desafio diário a defesa do interesse público. *Justilex*, v. 6, n. 66, p. 20-25, Jun. 2007.

2.2.3 ARTIGOS PUBLICADOS EM MEIO ELETRÔNICO

ANDRADE, Marcio Pereira de; HOSSNE, Dennys Casellato; LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira; NAKAGUMA, Marcos Ossamu; NARITA, Katia Naomi; SANTOS, Diogo Palau Flores dos; *Manual de procedimentos de iniciativas administrativas e judiciais para atuação pró-ativa*. Coordenação André Luiz de Almeida Mendonça. Brasília: Escola da AGU, 2009. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas/Apostila/Apostila.aspx>>

ARAUJO, Thiago Cássio D'Ávila. Conceito e características da advocacia . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8324>>

KIRSCH, César do Vale. A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>>.

BARROS. Humberto Gomes de. *Probidade, concurso público e advocacia de estado*. Disponível em: <<http://apeg.org.br>>.

BICCA, Ronald Christian. *Advocacia Pública: autonomia necessária*. Disponível em:<<http://apeg.org.br/portal/>>

CASTRO, Aldemário Araújo. Pressupostos utilizados na regulamentação da advocacia pro bono, folha de registro de atividades e magistério no âmbito da Advocacia Pública Federal. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/pressupostos.pdf>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. A importância institucional da Corregedoria-Geral da Advocacia da União no contexto da nova advocacia pública federal. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/cgaucontexto.pdf>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. A (centenária) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: seu papel e sua importância para a sociedade e para o Estado. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/centenariapgn.pdf>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. Independência das comissões processantes em relação à Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/indecomiproc.pdf>>

CASTRO, Aldemário Araújo. A independência técnica do Advogado Público Federal. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/independencia.pdf>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus Membros (resumo). Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/resumoprivatividade.pdf>>

Carreiras da Advocacia Pública Federal: unificação ou especialização. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/ue>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da Administração Pública. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/controle>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. Remoções dos Membros da AGU (Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional). Definições básicas. Importância do Conselho Superior da AGU. Especificidades das carreiras. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/votorem.htm>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. Quem é o titular da competência para efetivar remoções de Procuradores da Fazenda Nacional? Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/votoremocoos.htm>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. Os Procuradores da Fazenda Nacional (Versão atualizada em 27/08/2004). Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/pfnsnovo.htm>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. Uma proposta de reestruturação da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/proagu.htm>>.

CASTRO, Aldemário Araújo. Pressupostos utilizados na Regulamentação da Advocacia Pro Bono, Folha de Registro de Atividades e Magistério no Âmbito da Advocacia Pública Federal, *Revista Virtual da AGU*, n. 93, out. 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/Template_Texto.aspx?idConteudo=102307&id_site=1115&ordenacao=1>.

COELHO NETO, Celso Barros; . *O cargo de procurador geral do estado do Piauí*. Disponível em: <www.appe.org.br/.../o-cargo-de-procurador-geral-do-estado-do-piaui-1883.asp>.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Defender o Estado é ser advogado de Governo*. 06/08/2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. A advocacia da Fazenda Pública, sua posição institucional e perspectivas no contexto brasileiro. *BDJur*, Brasília, DF, 5 mar. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27577>>.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *O Estado Democrático de Direito e a incipiente Advocacia Pública brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5580>>.

GRANDE JÚNIOR. Cláudio. *A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://apeg.org.br/portal/>>

[index.php?option=com_content&view=category&id=31:general&layout=blog&Itemid=46&layout=defaul](http://www.agu.gov.br/index.php?option=com_content&view=category&id=31:general&layout=blog&Itemid=46&layout=default)>.

MARTINS, Glaudiana Rosa Mendes. A Advocacia Pública do Processo Civil. *Revista Virtual da AGU*, n. 28, maio 2004. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=91875&id_site=1115&ordenacao=1>.

OLIVEIRA, Wagner Pires. O Estado Fiscal Justo e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Revista Virtual da AGU*, n. 8, mar. 2001. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=104462&id_site=1115&ordenacao=1>.

OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia Pública - algumas reflexões. Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.aspx?id=2111>>.

REIS JÚNIOR, Antônio José dos. *O procurador de estado é advogado do governador?*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 29, 31/05/2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1159>.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *A Unicidade Orgânica da Representação Judicial e da Consultoria Jurídica do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina>>.

SCHUBSKY, Cássio. Origem fidalga das profissões jurídicas (1); Origem fidalga das profissões jurídicas (2); Origem fidalga das profissões jurídicas (3); Origem fidalga das profissões jurídicas (4) Série de 1 a 4. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>.

SILVA, Marcos Luiz da. *A AGU e sua missão institucional*. Brasília: Centro de Estudos: Anauni: Disponível em: <www.anauni.org.br>. 2007.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Advocacia Pública e a crise do Estado – Nação*. 2000. Disponível em: <<http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=78&rv=Direito>>.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/Sistemas/Site/PaginasInternas/Download/institucional/historico/AGU_BREVE_HISTORICO_E_EVOLUCAO.pdf>.

2.2.4 MONOGRAFIAS DE PÓS-GRADUAÇÃO (ESPECIALIZAÇÃO, MESTRADO E DOUTORADO)

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Coalizões de advocacia na formulação da política nacional de biodiversidade e florestas*. 2007. 332 f. Dissertação (mestrado) - Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política.

BERTOLO, Patricia Batista.- *A transação do interesse público e o dogma de sua indisponibilidade: uma abordagem teórica a partir das experiências iniciais da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. 2010. Monografia de Curso de Especialização. CEAD – UnB / EAGU.

KIRSCH, César do Vale. *Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas*. 2003. Monografia de Curso de Especialização em Direito Público. IDP-DF. Brasília.

LEITE, Valdemar de Oliveira. *ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: instituição constitucional independente ou órgão do executivo?* 2003. Monografia. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP-DF. Brasília. Centro de Estudos: Anauni: Disponível em: <www.anauni.org.br>. 2003.

MENDES, Marcelo Barroso. *O papel da Advocacia Pública na construção do Estado Democrático de Direito*. 2010. p. 166. Dissertação de Mestrado. Universidade Epitácio de Sá.

MOCHNACZ, Marlon. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. 2010. Monografia de Curso de Especialização. CEAD – UnB / EAGU.

TORRES, Maurício Braga. *Considerações quanto à atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal em casos que envolvem empresas estatais federais*. 2010. Monografia de Curso de Especialização. CEAD – UnB / EAGU.

WERLE, Vera Inês. *A conciliação no âmbito da Advocacia-Geral da União: o papel do conciliador e limites da sua atuação*. 2010. Monografia de Curso de Especialização. CEAD – UnB / EAGU.

2.2.5 ARTIGOS PUBLICADOS NA IMPRENSA

MENDES, Gilmar Ferreira, 1955-. Medida provisória nº 2. 143 - 31/2001. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 13859, 30/04/ 2001, Caderno Direito e Justiça p. 1.

MEYER, Antonio Correa. Advocacia enfrenta a crise da justiça. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 36004, 16 maio 1992, caderno Justiça, p. 4-7.

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Da advocacia do Estado. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 11848, 09/10/1995, Caderno Direito e Justiça, p. 4-5.

ROCHA, Carlos Odon Lopes. Os caminhos da Advocacia Pública. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 16479, 30/06/ 2008, Caderno Direito e Justiça, p. 2.

SILVA, Alexandre Vitorino. O impasse no vestibular das universidades públicas. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 15114, 04/10/2004, Caderno Direito e Justiça, p. 3.

SOUTO, João Carlos. O pré-sal, a moralidade e a eficiência. *Folha de São Paulo*, São Paulo, n. 29119, p. A3, 23/12/ 2008.

TEIXEIRA, Patrícia Trunfo. O Advogado Público. *Correio do Povo*. Porto Alegre. 11/ago/2005.

TOFFOLI, José Antonio Dias, A excelência da Advocacia Pública na defesa do Estado e do cidadão. *Valor Econômico*, São Paulo, v. 9, n. 2191, p. A10, 04/ fev/ 2009.

2.3 ANAIS DE CONGRESSOS

1º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998.

Anais do XXXVI Congresso Nacional de Procuradores do Estado: 19 a 23 de outubro de 2008, Rio Quente Resorts, Goiás / Cláudia Marçal, Cleonice Alves Cordeiro, Maria Elisa Quacken (organizadoras) Goiânia: Kelps, 2008.

Congresso Nacional dos Procuradores de Estado (28. : 2002: Gramado, RS). *Caderno de Teses: ética e estado de justiça: novas dimensões* Porto Alegre: Metrópole, 2002.

2.4 REVISTAS DAS PROCURADORIAS E ADVOCACIAS DE ESTADO OU ADVOCACIAS PÚBLICAS E REVISTAS SOBRE ADVOCACIA DE ESTADO

Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União. Associação Nacional dos Advogados da União. ANAUNI. Brasília.

Revista da AGU. Escola da Advocacia-Geral da União. Advocacia-Geral da União. Brasília.

Revista da APES. Associação dos Procuradores de Estado do Espírito Santo. APES.

Revista da Consultoria Geral do Rio Grande do Sul. Consultoria Geral do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

Revista da PGT: Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

Revista da Procuradoria Federal Especializada - INSS, Instituto Nacional do Seguro Social. Brasília.

Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Salvador.

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Campo Grande.

Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: Centro de Estudos da PGE-SP. São Paulo.

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito. Vitória:
Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará. Procuradoria Geral do
Estado do Pará. Belém.

Revista da Procuradoria Geral do Paraná. Procuradoria Geral do
Paraná. Curitiba.

Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul. Procuradoria Geral
do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro.
Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro: Centro de
Estudos da PGM. Rio de Janeiro.

Revista de Direito e Política: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública
(IBAP) São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP.

Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Sindicato dos
Procuradores da Fazenda Nacional. SINPROFAZ – Rio de Janeiro:
Forense.

Revista Jurídica APERGS: Associação dos Procuradores do Estado do
Rio Grande do Sul. Porto Alegre: MetrÓpole Indústria Gráfica.

Revista Jurídica: Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.
Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte.

2.5 OUTRAS MÍDIAS ELETRÔNICAS

SILVA, Moacir Antonio Machado da. A Advocacia-Geral da União na
defesa dos interesses da Administração Militar [recurso eletrônico].
Brasília: Superior Tribunal Militar, [2005?]. DVD: son. , color.

3 BIBLIOGRAFIA ESTRANGEIRA

A bibliografia estrangeira sobre a *Advocacia do Estado* é extensa e tradicional em países como Itália, Espanha e Argentina, não sendo possível abarcar de modo representativo todas essas fontes. O que se fará aqui é listar com destaque trabalhos que têm sido referidos

nas pesquisas brasileiras ou que podem ser encontrados em nossas bibliotecas, sem a ambição de fazer um rol muito amplo.

Dentre as nações elencadas estão presentes, principalmente os países sul-americanos e europeus continentais, de tradição romano-germânica.

A) ARGENTINA⁸

AMARO, Alejandro P. *Reflexiones sobre la composición del cuerpo de abogados del Estado, RAP Doctrina Pública*, XXVII-2, Buenos Aires, 2006.

CIRIACO INICICCO, Oscar. Reflexiones en torno al abogado del Estado. *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*. Rosario. p. 26-8. ago. 1999.

CURÁ, José María, La formación de los abogados del Estado. Algunas objeciones en tiempo de crisis, *La Ley*, 2001-E: 1284.

FOLLARI, Rodolfo F. Reseña sobre el origen y evolución de la Procuración del Tesoro, “120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983. Buenos Aires: Eudeba, 1983.

GAMBIER, Beltrán. La potestad sancionatoria de la administración en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, merito o conveniencia del dictado del ato. (a propósito de una doctrina de la Procuración). *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*. Buenos Aires: PTN - La Ley, 1993.

GARCIA LEMA, Alberto Manuel. *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*. Buenos Aires: PTN-La Ley, 1993.

GARCÍA PULLÉS, Fernando. *La responsabilidad del abogado del Estado, en “responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 561.

GOANE, René Mario, El poder disciplinario de la administración pública (algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional).

⁸ Informações obtidas parcialmente no endereço: <<http://www.ptn.gov.ar>>.

Derecho Administrativo (Homenaje a Miguel S. Marienhoff) Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

HALPERÍN, David Andrés. Temas de promoción industrial y la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación. *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*. Buenos Aires: PTN – La Ley, 1993.

LÓPEZ OLACIREGUI, Martín; RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra. El rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los convenios económicos-financieros internacionales. *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*. Buenos Aires: PTN – La Ley, 1993.

LUQUI, Roberto Enrique. La defensa del estado en *Juicio*, La Ley 2002-D: 1211.

MAIORANO, Jorge Luis. La defensa del Estado en juicio y la Procuración del Tesoro. *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*. Buenos Aires: PTN – La Ley, 1993.

MURATORIO, Jorge I. El dictamen jurídico en la administración pública nacional, *Derecho Administrativo n. 41*, Lexis Nexis, 2002.

PALAZZO, Eugenio Luis. La abogacía Pública, ponencia presentada en el XV Congreso de Profesores de Derecho Constitucional realizado en Mar del Plata en noviembre de 2001. *La Abogacía Pública: El Derecho Constitucional*, 2001/2002.

PEREYRA, Luis Cruz; FERREIRA, María Andrea; ZAVATTI de ROUGIER, Adriana. *La apertura de los servicios profesionales de los abogados en el Mercosur*, Ponencia al Primer Encuentro de la Abogacía del Mercosur, San Isidro, 4 al 7 de Noviembre de 1998, Colegio de Abogados de Córdoba.

RODRÍGUEZ, María José. La responsabilidad del abogado del Estado. *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ediciones Rap, Buenos Aires, p. 123, 2007.

VACCAREZZA, Horacio, Una aclaración necesaria, *La Ley* 2001-E: 1287.

VAQUER, Carlos A. La Procuración del Tesoro de la Nación custodio de la Constitución Nacional. *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993*. Buenos Aires: PTN - La Ley, 1993.

B) PERU

AQUINO ESPINOZA, Herve Michell. El acto administrativo, la acción contenciosa administrativa y la defensa judicial del Estado: apuntes en torno a un trinomio normativo. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, v. 59, n. 1, p. 439-64, 2002.

ZEVALLOS-QUIÑONES PITA, Jorge. Defensa judicial del estado y veracidad procesal: tres casos de resistencia a la jurisprudencia (a propósito del amparo minero), *Revista peruana de Derecho Procesal*, n. 3, 1999, p. 291-308.

C) ESPANHA

ESPAÑA. *La Abogacía del Estado para una Administración del Siglo XXI*. Abogacía General del Estado – Dirección de Servicio Jurídico del Estado - Asociación de Abogados del Estado, XXVIII Jornadas de Estudios conmemorativas del 125 aniversario del Cuerpo de Abogados del Estado. Madrid, 2006.

FONT I LLOVET, Tomás. El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 21, n. 62, p. 57-75, mayo/ago. 2001.

LOSA CONTRERAS, Carmen. La administración consultiva en los inicios del Estado liberal: el funcionamiento del Consejo Real de España e Indias; sección de lo interior (1834-1836). *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, v. 2, n. 7, p. 457-70. 2000.

D) ITÁLIA

DE TILLA, Maurizio L'avvocatura garante costituzionale della società democratica l'avvocatura come soggetto politico. *Giustizia Civile*: Rivista Mensile di Giurisprudenza, v. 40, n. 2, p. 23-56, luglio/dic. 1990.

MARANDO, Giuseppe. Attualità dell'avvocatura pubblica. *Lavoro e Previdenza Oggi*. Milano, v. 23, n. 5, p. 841-60, Magg, 1996.

MENESTRINA, Francesco. L'Avvocatura dello Stato. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova, n. 3, p. 201-233, 1931.

PESCATORE, Gabriele. et. Al. Leggi amministrative fondamentali: annotate con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Cassazione e delle giurisdizioni amministrative. 5. ed. Milano: A. Giuffrè, 2005.

SCOCA, Salvatore. Avvocatura dello Stato. *Novissimo Digesto Italiano*. 4. ed. Torino: UTET, 1968. p. 1685-1690. Antonio Azara; Ernesto Eula.

E) COSTA RICA

ARTAVIA BARRANTES, Sergio. El papel de la procuraduría en el nuevo milenio Límites del estado en la aplicación de resolución alternativa de conflictos. El arbitraje en el estado y sus instituciones . *Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflictos*. San José, abril/2000.

BELTRAN, Leonardo. El papel de la procuraduría en el nuevo milenio El papel del estado frente a la resolución alternativa de conflictos. *Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflictos*. San José, abril/2000, p. 103-125. Número: 2.

SOBRADO GONZALEZ, Luis Antonio. La Procuraduría General, órgano constitucional o legal. *Seminario hace una nueva justicia administrativa*. San José: PGR, 2001.

F) EUA

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Tributário nos Estados Unidos*. São Paulo: Lex, 2004.

The immunity-conferring power of the office of legal counsel. *Harvard Law Review*, v. 121, n. 8, p. 2086-2109, June

Versão 1-A

Brasília, 20 de agosto de 2010.

O REEXAME NECESSÁRIO NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC

THE REVIEW REQUIRED IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Átila Da Rold Roesler
Procurador Federal,
Pós-graduado(especialista) em Direito Processual Cível
Autor do livro “Execução Cível – Aspectos Destacados”

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos gerais;
2 Modificações operadas pela Lei nº 10.352/2001;
3 Outras hipóteses previstas em lei; 4 O reexame
necessário no anteprojeto do novo CPC;
5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O artigo trata do instituto do reexame necessário em seus aspectos históricos e no panorama do atual Código de Processo Civil (art. 475). Em seguida, aborda de maneira crítica as alterações ao duplo grau de jurisdição obrigatório contidas no texto do anteprojeto do novo Código de Processo Civil (art. 478) encaminhado ao Senado Federal no início de junho de 2010. Ao final, reforça a importância da remessa obrigatória no atual cenário jurídico nacional como defesa da Fazenda Pública em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Reexame necessário. Fazenda Pública. Remessa obrigatória. Reforma. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The article deals with the Institute of review required in its historical and current overview of the Civil Procedure Code (art. 475). It then addresses critically the changes to the two levels of compulsory jurisdiction in the text of the draft of the new Civil Procedure Code (art. 478) referred to the Senate in early June 2010. In the end, reinforces the importance of remittance in the current compulsory national legal scene as a defense in court of exchequer.

KEYWORDS: Judicial review. Government. Reform. Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública é instituto que vigora desde longa data no direito processual brasileiro. Leonardo José Carneiro da Cunha nos conta que o instituto teria surgido como “recurso de ofício”, ocasião em que o juiz apelava de suas próprias sentenças ao tribunal sob pena de, não o fazendo, sofrer graves sanções¹. Historicamente, portanto, o reexame necessário originou-se do direito processual português e paulatinamente foi sendo incorporado ao processo civil brasileiro com a função de submeter aos órgãos colegiados todas as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública e em outros casos.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia que “a apelação necessária ou *ex officio* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença” (art. 822). Portanto, a figura era tratada como se fosse espécie de recurso mantendo-se fiel às origens do instituto no direito português. O “recurso de ofício” alcançava todas sentenças proferidas contra a União, o Estado e o Município e também as sentenças que anulavam o casamento ou que homologassem o desquite amigável. Nesse aspecto, a norma refletia a importância dada ao casamento na época em que o poder religioso ainda exercia forte influência na sociedade.

O atual CPC (1973) inovou em diversos aspectos ao tratar do assunto, mas ainda manteve a previsão do reexame necessário para a sentença que anulasse o casamento até que sobreveio a reforma introduzida pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, que excluiu tal previsão e reformulou parcialmente o instituto. Após a modificação, somente as sentenças gravosas à Fazenda Pública é que ficaram submetidas ao duplo grau de jurisdição obrigatório, com as exceções dos parágrafos 2º e 3º.

Com efeito, o Código *Buzaid* deu novo tratamento à matéria, colocando o reexame necessário fora do capítulo dos recursos e tratando-o como condição de eficácia da sentença. A bem da verdade, verifica-se que o instituto não contém mesmo os requisitos dos recursos previstos na lei processual, não podendo ser considerado como “apelação *ex legē*”. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que “o reexame necessário não constitui figura recursal,

1 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 174.

porque lhe falta a voluntariedade dos recursos. Trata-se de condição para eficácia da sentença”².

O reexame necessário sempre foi contestado por parte da doutrina nacional sob o fundamento de que se trata de privilégio injustificado em favor da Fazenda Pública, não merecendo acolhida em nosso direito positivo, especialmente sob a ótica da igualdade entre as partes (art. 125, inc. I, CPC) e da busca pela celeridade processual (art. 5.º, inc. LXXVIII, CF/88). A figura do reexame necessário tem por fundamento o princípio inquisitório e visa resguardar o interesse público fazendo com que as decisões proferidas contra a Fazenda Pública só sejam executadas após serem revistas pelo órgão colegiado. Portanto, trata-se de cautela recomendável no sentido de se conferir maior expressão de certeza à sentença sempre que esteja em risco o patrimônio do Estado.

1 ASPECTOS GERAIS

Atualmente, o reexame necessário é considerado como condição de eficácia da sentença que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. A propósito, Leonardo José Carneiro da Cunha aduz que “enquanto não for procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia”³.

As sentenças atualmente sujeitas ao reexame necessário encontram-se previstas no art. 475 do CPC atual, modificado pela Lei nº 10.352/2001, com a seguinte redação:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

² Código de Processo Civil Comentado. 1. ed. 3ª. tir. São Paulo: RT, 2009. p. 451.

³ CUNHA, op. cit., p. 179.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Como se vê, a exigência do reexame necessário alcança somente as sentenças, não atingindo as decisões interlocutórias proferidas contras as pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, já se decidiu: “Decisão interlocutória não se sujeita a reexame necessário” (STJ, AgRg no Ag 536.830/MG, j. 16.06.2005, DJ 08.08.2005). A doutrina controverte quanto às sentenças que extinguem o processo *sem* julgamento de mérito (art. 267, CPC). Uma interpretação literal ao dispositivo do art. 475 referindo-se à sentença proferida *contra* a Fazenda Pública parece mesmo não admitir o reexame necessário nas sentenças meramente terminativas. A jurisprudência do STJ acompanha esse entendimento: “É cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no artigo 475 do Código *Buzaid*, somente se aplica às sentenças de mérito” (REsp 659.200/DF, DJ 15.09.2003).

O reexame necessário opera o efeito translativo pleno, isto é, o tribunal fica autorizado a examinar integralmente a sentença, podendo modificá-la total ou parcialmente. Mas como se trata de instituto voltado à proteção dos interesses da Fazenda Pública, o STJ consagrou o entendimento de que “é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública” (Súmula 45, STJ). No mesmo sentido, a Súmula 14 do TRF 2: “a remessa necessária não pode ser provida para agravar a condenação imposta à Fazenda Pública, haja ou não recurso voluntário das partes”. No entanto, por conta do efeito translativo pleno, se entende que poderia o Tribunal examinar as matérias de ordem pública que não tenham sido analisadas pela instância inferior, ainda que isso prejudique a Fazenda. Salienta-se que o reexame necessário tem cabimento no tocante a qualquer condenação imposta contra a Fazenda Pública, ainda que se restrinja aos honorários de sucumbência (Súmula 325, STJ).

Da análise do artigo 475, pode se concluir que o inc. I limita-se à sentença proferida no processo de conhecimento, ao passo que o inc. II se refere expressamente à sentença que “julgar procedentes, no todo ou

em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública”. Isso significa que a sentença que julga improcedentes os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública em execução contra ela proposta não está sujeita ao reexame necessário justamente por não se enquadrar na hipótese do art. 585, inc. VI, CPC. Nesse sentido: STJ, AgRg no Rg 808.057/DF, j. 27.02.2007, *DJ* 02.04.2007.

A jurisprudência tem divergido sobre a possibilidade de interposição de embargos infringentes em decorrência de acórdão não-unânime redigido por ocasião de reexame necessário. No entanto, diante dos termos expressos do Código, que só admite o recurso em questão contra acórdão não unânime proferido no julgamento de apelação e ação rescisória (art. 530), não há de se cogitar de seu cabimento em sede de reexame necessário. Assim, já restou decidido conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que “não são cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, deu provimento à remessa necessária” (AgRg no REsp 823.905/SC, j. 03.08.2006, *DJ* 04.09.2006). Entretanto, tal discussão logo será esquecida já que o anteprojeto do novo CPC não mais contempla os embargos infringentes em seu rol de recursos (art. 907 do anteprojeto).

O procedimento no reexame necessário é semelhante ao da apelação, todavia, cabe ao juiz determinar expressamente na sentença a remessa dos autos ao tribunal ao qual esteja vinculado mesmo que não haja requerimento das partes nesse sentido. Se não houver a remessa, permite-se que o presidente do Tribunal possa avocar os autos. As questões serão apreciadas pelo relator independentemente de haver apelação ou contra-razões. O julgamento do reexame obrigatório deve ser colocado em pauta, a teor do art. 552 do CPC, sob pena de nulidade (Súmula 317, STJ). Não há prazo preclusivo para que se dê o reexame necessário, sendo aplicável no caso a Súmula 423 do STF, *verbis*: “não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”.

2 MODIFICAÇÕES OPERADAS PELA LEI Nº 10.352/2001

Como já mencionado, o artigo 475 sofreu modificações com a Lei nº 10.352, de 2.12.2001, sendo excluído o inciso I que aplicava a remessa necessária às sentenças declaratórias de nulidade de casamento, e reescritos os demais incisos com as modificações supervenientes. O inciso I passou a contemplar de maneira expressa as autarquias e fundações públicas, a teor do entendimento predominante da época.

Os parágrafos 2.º e 3.º passaram a prever hipóteses em que o reexame necessário haverá de ser dispensado pelo juiz.

Dessa forma, nas causas que contenham conteúdo econômico até 60 (sessenta) salários-mínimos não deve haver remessa necessária. A atual redação do parágrafo 2.º prevê acertadamente a dispensa do duplo grau de jurisdição obrigatório para ações que não representem elevado risco econômico para os cofres públicos. Para fins de dispensa, o valor estipulado deve ser considerado no momento em que a sentença for proferida e não o valor da causa que pode ser meramente estimativo.

O reexame necessário também não deve operar-se nos casos em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou em súmula do STF ou, ainda, em súmula de outro Tribunal Superior, conforme prevê o § 3.º do art. 475. Nota-se que a regra difere daquela contida no art. 557 do mesmo *Codex* e que se refere também à jurisprudência dominante ou súmula do *respectivo tribunal local* ou *regional*, ao qual é dirigido o recurso de apelação. Freddie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha afirmam que “ao reexame necessário aplica-se o art. 557 do CPC, podendo o relator, positivadas as hipóteses ali previstas, em decisão isolada, negar ou dar provimento à remessa”⁴. Com efeito, predomina o entendimento no sentido de que os poderes conferidos ao relator pelo art. 557 alcançam também a hipótese do reexame necessário. Nesse sentido, dispõe a Súmula 253 do STJ.

Além das hipóteses descritas nos parágrafos 2º e 3º do art. 475 do CPC com a nova redação dada pela Lei nº 10.352/2001, é possível haver a dispensa do reexame necessário na hipótese prevista pelo art. 12 da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 que prevê o seguinte:

Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.

Dessa forma, havendo recomendação no âmbito interno da Administração ao advogado público federal no sentido de não se interpor recurso, deverá este informar ao juiz para que haja expressa dispensa da

4 *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 491.

remessa necessária de forma a evitar o encaminhamento desnecessário dos autos ao Tribunal competente.

3 OUTRAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI

O instituto do reexame necessário não se limita apenas às hipóteses elencadas pelo art. 475 do CPC, pois existem outras situações previstas no ordenamento jurídico pátrio que determinam o duplo grau de jurisdição obrigatório.

A Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) prevê a remessa obrigatória quando a sentença concluir pela carência ou pela improcedência da ação (art. 19). Nesse caso, entretanto, o reexame necessário não protege simplesmente a Fazenda Pública em seu aspecto patrimonial, mas visa assegurar os interesses primários da sociedade que são exercidos, *na hipótese*, pelo cidadão-autor da ação popular.

A Lei nº 1.533/1951 previa no seu art. 12 a hipótese de reexame necessário da sentença concessiva do mandado de segurança. Essa situação foi mantida pela Lei nº 12.016, de 7.08.2009, cujo art. 14, §1º diz expressamente que “sendo concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição”. Com razão, Vicente Greco Filho aponta que “na esteira do direito anterior, a sentença concessiva do mandado está sujeita ao reexame necessário devendo o juiz, de ofício, determinar a remessa ao Tribunal competente para o segundo grau de jurisdição”⁵.

Ocorre também o reexame necessário na hipótese da Lei nº 7.853/89 que trata da ação coletiva para tutela das pessoas portadoras de necessidades especiais. O art. 4.º, §1.º prevê que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal”. Nesse caso, o legislador tratou de proteger os interesses indisponíveis das pessoas portadoras de necessidades especiais, inclusive quando o Poder Público for réu na demanda.

De acordo com a Lei Complementar nº 76/93, que trata da desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, é obrigatório o duplo grau de jurisdição das sentenças que condenem o expropriante em quantia superior a 50% da oblação inicial.

5 O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40-41.

Outras situações que implicam no reexame necessário são vislumbradas na legislação esparsa, como se vê a seguir: nas causas relativas à especificação da nacionalidade brasileira, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei nº 818/1949 (que regula a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos); no caso do Decreto-Lei nº 779/1969 (que dispõe sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas à União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Autarquias ou Fundações de direito público que não explorem atividade econômica); na Lei nº 8.437/1992 (que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público); e também na hipótese do Decreto-Lei nº 3.365/1941 (conhecido doutrinariamente como “Lei Geral das Desapropriações”).

4 O REEXAME NECESSÁRIO NO ANTEPROJETO DO NOVO CPC

O anteprojeto do novo CPC foi encaminhado ao Congresso Nacional no dia 08.06.2010 após conclusão dos trabalhos da Comissão especialmente constituída pelo Senado Federal para esse objetivo⁶. Conforme aduzido na Exposição de Motivos do Anteprojeto, os trabalhos tiveram por objetivo simplificar os procedimentos processuais de forma a garantir uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz⁷. Entretanto, o texto da Comissão não está imune às críticas dos operadores do direito pela forma como foi elaborado e em algumas questões pontuais. A propósito do assunto, o Advogado-Geral da União teme que as novas regras relativas aos honorários advocatícios e ao reexame necessário possam gerar custos desnecessários aos cofres públicos⁸.

Sobre o reexame necessário, é certo que os debates iniciais a respeito da elaboração do anteprojeto davam conta da extinção dessa figura sob a justificativa de se priorizar a celeridade processual e a efetividade do processo. Nesse sentido, parte da doutrina chegou a afirmar que “não mais se justifica a manutenção, em nosso ordenamento jurídico, desse instituto”⁹. Entretanto, tais opiniões acabaram sendo

6 Conforme informação disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-jun-08/anteprojeto-codigo-processo-civil-chega-senado-nesta-terca>>. Acesso em: 17. jun. 2010.

7 Conforme consulta à Exposição de Motivos do Anteprojeto, disponível em: <<http://professormedina.wordpress.com/2010/06/09/exposicao-de-motivos-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 17. jun. 2010.

8 informação está disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateMidiaTextoThumb.aspx?idConteudo=145348&id_site=3> Acesso em: 17. jun. 2010.

9 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59.

relevadas por conta do argumento de que “os descabros contra o Erário acontecem nas demandas de grande valor”¹⁰. Ao final, o anteprojeto do novo Código acolheu sugestão no sentido de contemplar com temperamentos o duplo grau de jurisdição obrigatório, sob a denominação de “remessa necessária”, nos seguintes termos:

Seção III

Da remessa necessária

Art. 478. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

§ 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação.

Como se vê do texto enviado ao Senado Federal, as disposições gerais acerca do reexame obrigatório não sofreram maiores alterações.

10 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 333.

Entretanto, as hipóteses que autorizam a dispensa do duplo grau obrigatório foram sensivelmente ampliadas, acolhendo sugestão do Conselho Federal da OAB nesse sentido.

A hipótese do parágrafo 2º, que dispensa a remessa obrigatória em razão do valor da condenação, sofreu substancial alteração no anteprojeto alcançando o valor de *mil salários-mínimos*. Indubitavelmente, o elevado valor estipulado no anteprojeto é exagerado e não corresponde ao cenário jurídico nacional composto na sua maioria de ações individuais com pequena ou média repercussão econômica. Nesse ponto, melhor seria ter mantido o razoável valor estabelecido pela Lei nº 10.235/2001. Certamente, tal dispositivo deve sofrer emendas na Câmara dos Deputados durante os debates do processo legislativo. Caso contrário, o elevado valor previsto para a dispensa do reexame obrigatório poderá trazer consequências econômicas indesejáveis aos cofres da Fazenda Pública atingindo a sociedade em geral.

De forma a complementar essa regra, o parágrafo 4º aduz que, sendo a sentença *ilíquida*, o reexame necessário ocorrerá por ocasião da fase de liquidação. A liquidação de sentença atualmente está prevista nos arts. 475-A e ss. do CPC e pode ser “considerada pressuposto fundamental da execução de sentença ilíquida, consistindo em formalidade necessária para que se permita a excussão de bens do devedor”¹¹. Dessa forma, o referido parágrafo parece afastar a hipótese de se utilizar o valor da causa devidamente atualizado como parâmetro para fins de verificar a remessa obrigatória, conforme já tinha entendido a jurisprudência pátria¹². Nesse ponto, trata-se de inegável avanço, uma vez que nem sempre o valor original da causa retratava a exata repercussão financeira alcançada pelo processo, especialmente quando o valor inicial era meramente estimatório ou para fins de alçada.

A hipótese do parágrafo 3º também sofreu modificações no sentido de se conferir ao reexame necessário o mesmo tratamento dado aos recursos voluntários. Desde o início, os trabalhos da Comissão se pautaram pelo objetivo de reduzir o tempo de duração do processo restringindo a via recursal e conferindo amplos poderes ao juiz de primeiro grau e ao relator. Assim, a remessa obrigatória também não terá lugar quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou

11 ROESLER, Átila Da Rold. *Execução Civil – Aspectos Destacados*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 132.

12 “Nos casos em que a sentença é ilíquida, deve ser considerado o valor dado à causa, para fins de cabimento do reexame necessário” (TJRS, Apelação e Reexame Necessário nº 70029804457, j. 24/07/2009).

de tribunal superior competente, *bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas*. Nesse ponto, a inovação fica por conta da parte final do aludido parágrafo, que traz novas hipóteses de uniformização da jurisprudência previstas no texto do anteprojeto.

Outro ponto a ser discutido pela doutrina no texto que foi encaminhado ao Senado é quanto ao cumprimento imediato das decisões sujeitas ao reexame necessário. Ocorre que o anteprojeto tem previsão no sentido de que os recursos não impedem a eficácia da decisão proferida, isto é, serão recebidos somente no efeito devolutivo (art. 908 do anteprojeto). Dispõe, ainda, que poderá ser concedido o efeito suspensivo após requerimento das partes se demonstrada probabilidade de provimento do recurso (§§1º e 2º). Entretanto, tal inovação não deve atingir as sentenças sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório que não terão eficácia até que sejam confirmadas pelo tribunal respectivo. Enfatizando essa questão, Marcus Vinicius Rios Gonçalves afirma que: “enquanto não sujeita ao reexame, a sentença não pode ser executada”¹³.

Isso ocorre porque a remessa obrigatória não tem natureza de recurso e constitui verdadeira condição de eficácia da sentença, conforme entendimento anteriormente exarado. Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim esclarece que “não tem a remessa obrigatória natureza recursal. Reconhece-lhe a doutrina a natureza de condição de eficácia da sentença (Buzaid, Nelson Nery Jr.)”¹⁴. Ademais, nem teria cabimento qualquer arazoado da Fazenda Pública dirigido ao Tribunal no sentido de se conferir “efeito suspensivo” à remessa obrigatória, tampouco se admite a apresentação de contra-razões pelo particular ou pela parte vencedora.

5 CONCLUSÕES

Feitas essas breves considerações sobre o reexame necessário no anteprojeto do novo CPC, é preciso salientar que se trata de instituto de tradição no direito luso-brasileiro e sem correspondente no direito comparado cujo objetivo é resguardar o patrimônio público de eventuais equívocos de julgamento que possam ter ocorrido nos casos *sub judice*. A rigor, o valor de *mil salários mínimos* que dispensa a remessa obrigatória constante na redação do §2.º do art. 478 do anteprojeto é deveras

13 GONÇALVES, op. cit., p. 59.

14 Direito Processual Civil. 2. ed.. São Paulo: RT, 2008. p. 683.

elevado e merece reparos de forma a amparar o Erário público. Espera-se que o assunto seja debatido com a devida atenção no âmbito do Congresso Nacional no sentido de modificar o texto contemplado pelos trabalhos da Comissão. No atual cenário jurídico nacional, a proteção aos interesses defendidos em juízo pela Fazenda Pública através do duplo grau obrigatório continua se mostrando relevante também em ações de valor inferior ao montante previsto no dispositivo.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016/2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. 3ª. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. 3ª. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROESLER, Átila Da Rold. *Execução Civil – Aspectos Destacados*. Curitiba: Juruá, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO CIVIL NO BRASIL: ALGUMAS TÉCNICAS PROCESSUAIS COMPENSATÓRIAS DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fundamental Rights and Civil Procedure in Brazil: some compensatory procedural techniques of social inequalities and judicial protection of fundamental rights

Eliana Pires Rocha

*Procuradora da República em Brasília (Brasil)
Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP)*

Jefferson Carús Guedes

*Advogado da União em Brasília (Brasil)
Doutor e Mestre em Processo Civil (PUC-SP)
Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 1.1 A estrutura política, judicial e legal do Brasil: observações iniciais necessárias; 2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais; 3 Direitos Fundamentais e Direito Processual Civil: a Constituição de 1988; 3.1 Direito fundamental a uma ordem jurídica justa e a um processo justo; 3.2 Direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva e à técnica processual adequada; 4 Garantias constitucionais do processo civil no Brasil; 5 Processo Civil e desigualdade no Brasil; 5.1 Técnicas compensatórias de desigualdades em benefício de grupos sociais em desvantagem previstas nas leis processuais brasileiras; 5.2 Técnicas compensatórias de desigualdade em benefício de parte em desvantagem previstas nas leis processuais brasileiras; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Neste trabalho são descritas devido processo constitucional brasileiro e de outras técnicas processuais civis que servem para proteger os direitos fundamentais como a igualdade das partes no processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais, Processo Civil. Garantias Constitucionais. Técnicas de Compensação. Igualdade.

ABSTRACT: This paper describes the constitutional procedural guarantees in Brazilian civil procedure and other procedural techniques that serve to protect fundamental rights, such as equality of the parties before the procedure.

KEYWORDS: Fundamental rights, civil procedure, constitutional guarantees, compensatory techniques, equality.

1 INTRODUÇÃO

No curso das últimas décadas, a força normativa conferida à Constituição provocou uma releitura de todos os ramos do direito. No direito processual civil, essa releitura pode ser verificada no emprego de técnicas, inclusive procedimentais, que se mostram mais hábeis para a realização do direito material. Tais instrumentos podem ser vistos como forma de afirmação dos direitos fundamentais, na medida em que atendem à efetividade da tutela jurisdicional, cuja fundamentalidade se expande para toda a ordem jurídica.

A fim de assegurar esses direitos, a Constituição Federal brasileira de 1988 destacou, em capítulo nominado *direitos e garantias fundamentais*, uma série de *garantias constitucionais do processo*. São elas: garantia do processo jurisdicional ou do devido processo legal; garantia do acesso à justiça; garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional; garantia à assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça; garantia à duração razoável do processo e da celeridade; garantia à igualdade processual; garantia do juiz natural; garantia do duplo grau de jurisdição; garantia da publicidade dos atos processuais; garantias do contraditório e da ampla defesa; garantia da proibição da prova ilícita; garantia da fundamentação das decisões judiciais. Ainda podem ser citados como exemplos, no plano das normas infraconstitucionais, a inversão do ônus de provar, a outorga de poderes dirigentes e poderes instrutórios ao juiz, a legitimação extraordinária de certas pessoas, as modificações de competência, entre outras. Todos são instrumentos referendados pelo Estado Constitucional, que permitem uma aplicação mais justa do direito, oportunizando a superação de entraves que se apresentam no sistema jurídico mediante o emprego do papel integrativo dos direitos fundamentais.

Tais garantias advêm de uma linha social evolutiva que, ao atingir o Estado Moderno, reconheceu o indivíduo como sujeito de direitos subjetivos públicos, habilitando-o a reclamar a tutela jurídica do Estado. O dever estatal de outorgar jurisdição como uma proteção imperativa passa a residir não só no interesse geral da coletividade, mas, essencialmente, no interesse de quem persegue a satisfação de seu direito perante o órgão judicial. Como reação aos Estados Absolutos, buscava-se um adequado sistema de garantias às liberdades e um Estado de direito fundado na igualdade formal. É verdade que essas garantias pouco influenciavam o processo civil, já mais se prestavam a assegurar o direito de defesa do cidadão em face do poder estatal.

Mas, o direito de ação, que surgiu com esse pano de fundo, provocou o reencontro do direito material com a tutela jurisdicional civil num contexto de igualdade formal. Todavia, no novo panorama histórico-social, como contraponto ao caráter estático relegado às garantias constitucionais, a constitucionalização do direito de ação, mais do que refletir a autonomia do cidadão perante o poder estatal e de promover a igualdade formal, representa a possibilidade de que sejam empregados instrumentos técnicos que viabilizem o reconhecimento do efetivo direito material. Foi o fortalecimento dos direitos fundamentais que modificou a perspectiva estática que imperava no direito, então fomentada pelo normativismo legalista proposto pelo positivismo jurídico clássico. No novo cenário, juízos de equidade, normas de princípio e conceitos jurídicos indeterminados adquirem destaque na aplicação do direito.¹ Abandona-se a visão do direito como sistema de imperativos instituído pela vontade estatal em favor da esfera de liberdade do cidadão, para, com base nos princípios constitucionais, concebê-lo como fator institucional da vida econômica e social, capaz de implementar a personalidade individual e a realização de vínculos sociais substancialmente isonômicos.

O objetivo deste trabalho é, precisamente, traçar uma descrição objetiva da legislação processual civil brasileira a partir das garantias constitucionais e indicar outros instrumentos processuais com finalidade igualadora das partes, também identificados como direitos fundamentais.

1.1 A ESTRUTURA POLÍTICA, JUDICIAL E LEGAL DO BRASIL: OBSERVAÇÕES INICIAIS NECESSÁRIAS

Como observação inicial de ordem técnica e política, deve-se recordar que o Brasil é uma República Federativa, composta por entes de três níveis: os Municípios (cerca de 5600), os Estados (26) e o Distrito Federal (1), e a União, ente federativo máximo. O Poder Judiciário está organizado em uma complexa estrutura composta de seis justiças. Os Estados e Distrito Federal possuem uma ou duas Justiças: a primeira é a *Justiça Comum* (civil, comercial, administrativa, penal etc.) e alguns Estados possuem uma *Justiça Militar* (criminal das polícias militares locais). A União possui uma *Justiça Federal* comum (civil, administrativa, penal etc.) e três justiças especiais: *Justiça do Trabalho* (laboral), *Justiça Eleitoral* (eleitoral e criminal eleitoral) e *Justiça Militar* (criminal).

¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista de Processo*, n. 155, p. 11 e seg.

A legislação processual brasileira tem, como centro, o Código de Processo Civil (1973), que sofreu sucessivas reformas a partir, principalmente, do ano de 1993, com a introdução de inúmeras inovações. Ao lado do CPC vigem dezenas de leis esparsas sobre processos especiais ou normas mais recentes, que envolvem direito material e processual.

A estrutura piramidal dos órgãos judiciais é composta, em geral, por três níveis não-constitucionais, situando-se no ponto mais alto, lado a lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), para matérias das justiças comuns; o Tribunal Superior do Trabalho (TST); o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM), para as matérias laboral, eleitoral e militar, respectivamente. Acima de todos, em um “quarto” nível, se encontra o Supremo Tribunal Federal (STF), Corte de natureza constitucional, que detem competência para o exame de recursos constitucionais e para o processo e julgamento de ações originárias de natureza constitucional. Nas atribuições deste tribunal supremo está o controle concentrado de constitucionalidade das leis.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Das inovações trazidas pela Constituição Federal brasileira de 1988, destacou-se, de forma historicamente inusitada, o status conferido aos direitos fundamentais.² Ao experimentar uma expansão progressiva de direitos, o Texto assimilou do cenário internacional uma gama de direitos individuais, sociais, políticos, difusos e coletivos, e os elevou à condição de cláusula pétrea, tornando-os intocáveis pelo constituinte derivado. Além disso, os direitos fundamentais se acham estruturalmente localizados no início da Constituição, antes das normas que tratam da organização do Estado, o que denota que a estas se sobrepõe, sendo este um instrumento para a realização daqueles.³

O amplo rol de direitos fundamentais na nova ordem constitucional brasileira, resultou também da redemocratização do País, após mais de 20 anos sob o jugo do autoritarismo imposto pelo regime ditatorial militar. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, à sua diversidade

2 INGO WOLFGANG SARLET chama a atenção para a falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, especialmente no que diz respeito à terminologia empregada no catálogo de direitos fundamentais arrolados na Constituição Federal brasileira, aspectos que revelam contradições, ausência de tratamento lógico na matéria, gerando problemas de ordem hermenêutica. Também ressalta que, a despeito da positiva amplitude do catálogo, foram incluídos no rol desses direitos diversas posições de “fundamentalidade” discutível, com isso desprestigiando o *status* por eles gozado. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, item 4.1.1, p. 79-80.

3 SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais e relações privadas*, parte I, cap. II, item n.5, p. 85.

e ao seu conteúdo foram frutos da reação ao regime de repressão às liberdades fundamentais. Já, no seu preâmbulo a Constituição institui

um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...].

Como próprio das democracias contemporâneas, o Brasil buscou atender a um ideal de justiça distributiva adequado ao pluralismo do mundo moderno. Os constitucionalistas que participaram da elaboração da nova Carta, rejeitando a cultura positivista e privatista predominante, procuraram não só participar do processo de reformulação do Estado de Direito, então represado por conta do regime ditatorial, mas também conferir à Constituição uma estrutura comprometida com uma comunidade histórica concreta. Em virtude dessa preocupação, é possível identificar no texto constitucional não só uma linguagem comunitária, mas também um compromisso com o ideário comunitário. Isso se reflete no sentido de validade teleológica conferida às normas e princípios constitucionais e na ideia de Constituição como um projeto social instituído a partir de valores compartilhados, que revela um compromisso com determinados ideais.⁴ O caráter compromissário e harmonizador⁵ de interesses então assumido levou ao reconhecimento de diferentes direitos sociais e novos direitos de liberdade, de direitos políticos etc, excluindo-os, por seu conteúdo e relevância, da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.

Vale registrar que o constitucionalismo comunitário brasileiro foi fundamentalmente influenciado pelo pensamento constitucional espanhol e português, países que também foram submetidos nas décadas passadas a períodos de autoritarismo político. Essas experiências levaram à elaboração de Constituições destinadas a implementar e consolidar os regimes democráticos, mediante a incorporação de um largo sistema de direitos fundamentais.

A nova conformação também acompanhou o constitucionalismo contemporâneo, ao distinguir os tratados internacionais com um tratamento privilegiado, já que o elenco de direitos fundamentais,

4 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, introdução, p. 4.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, parte III, tít. I, cap. I, item n. 5, p. 217.

que estão contemplados sob diferentes dimensões, também atende à Declaração Universal da ONU, tendo-se assimilado todos os direitos ali previstos, e aos principais pactos internacionais sobre direitos humanos. Embora os direitos fundamentais apresentem um sentido mais objetivo e estrito, já que descrevem um conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecido pelo direito positivo, os direitos humanos constituem em uma ordem jurídica superior, que, portanto, serve de fundamento universal para todo o sistema jurídico, como assegurado nos § 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.⁶ Com isso, a linguagem dos direitos foi definitivamente integrada ao debate político e ao ordenamento jurídico nacional.⁷

Ao definir os fundamentos do Estado Brasileiro, qualificando-o como Estado Democrático de Direito, a *Constituição Cidadã*, como batizada à época, destacou a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político – art. 1º, II, III e V -, tendo também estabelecido, no art. 3º, os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, quais sejam “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Pode-se ver que o sistema de direitos fundamentais se tornou o núcleo base do ordenamento constitucional. A Constituição inovou, ao privilegiar, tanto nos seus fundamentos, quanto nos seus objetivos, a dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe um valor essencial que dá unidade de sentido à Carta. Com isso, o sistema estruturado, concebido como expressão de uma ordem de valores, passou a orientar a interpretação constitucional no seu conjunto.⁸

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PROCESSUAL CIVIL: AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ANTES E APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O processo civil moderno estabeleceu preceitos básicos que caracterizam os sistemas processuais, apontando uma tendência evolutiva que inspirou todos os ordenamentos do mundo ocidental.

6 “§ 2º - 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.”

7 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, cap. I, p. 12.

8 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, cap. I, p. 13.

São princípios delineados de acordo com os fins sociais e políticos do processo e do direito em geral, e que estão inexoravelmente ligados ao compromisso do Estado com a moral e a ética, imprimindo uma ideologia comum a sistemas de diferente matriz, como os países da *common law* e aqueles ligados à tradição jurídica romano-germânica.

Algumas regras principiológicas já presentes no Código de Processo Civil em vigor foram alçadas à condição de norma constitucional. Na verdade, a Constituição de 1967, emendada em 1969, já previa garantias, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 153, § 4º), a ampla defesa (art. 153, § 15) e a vedação a tribunais de exceção (art. 153, § 15). Porém, a constitucionalização formal dos princípios processuais existentes se esgotava num enquadramento garantístico, que não interferia, de forma inovadora, na realidade do processo. A garantia reportava à legislação infraconstitucional, o que dificultava ou obstava a releitura destas normas a partir dos direitos fundamentais, deixando pendentes as lacunas da regra.⁹

Além disso, como contraparte às garantias existentes, na hipótese de ocorrência de “subversão do regime democrático,”¹⁰ era possível a suspensão dos direitos individuais, das imunidades parlamentares, das liberdades, de direitos e de garantias.

No entanto, foi a contar do estabelecimento do Estado constitucional, que as disciplinas processuais passaram a encontrar na Carta a sua verdadeira plataforma, dando vazão ao chamado ao pós-positivismo, que, na confrontação entre jusnaturalismo e positivismo clássico, deu lugar a um modelo de superação dos paradigmas puros por uma composição de concepções difusas, que se fundam na noção de supremacia constitucional. Até então, a experiência política e constitucional do País fora dominada pela visão estreita de elites patrimonialistas que usufruíam privadamente do espaço público, o que concorreu para a inefetividade das sucessivas Constituições, cujas normas eram recorrentemente violadas. Os Textos constitucionais estavam relegados à condição de meros ordenadores de programas de ação, de convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos.

9 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista de Processo*, n. 155, p. 3.

10 “Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.”

O fato é que, esse quadro institucional se devia à negação da sua força normativa e à ausência de uma vontade política em dar aplicabilidade direta e imediata às suas normas.¹¹

O reconhecimento dos princípios fundamentais na esfera constitucional e o referendo da sua normatividade pela ordem jurídica oportunizaram a reaproximação entre direito e ética, ocorrida com o advento da Constituição de 1988, editada já sob o regime democrático.

Analisando a Constituição e o direito processual, podemos visualizar uma relação que se dá de forma direta e indireta. É direta quando a Carta determina quais são esses direitos e garantias processuais, quando estrutura as instituições essenciais para a implementação da Justiça ou quando estabelece mecanismos formais de controle jurisdicional. É uma relação indireta, quando, ao tutelar determinado bem jurídico ou categoria de sujeitos, a Constituição relega ao legislador infraconstitucional a elaboração de regras processuais específicas para que o juiz aplique a norma ao caso em concreto.¹² Portanto, a efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente encontra no processo um importante mecanismo de afirmação. Esse processo, entre nós, considerando a diversidade de matérias tratadas pela Constituição de 1988, não pode ser compreendido, sem que se busquem seus fundamentos de validade na Lei Fundamental.

De regra, as normas constitucionais que definem conceitos de justiça e que expressam direitos constituem princípios, os quais revelam os valores e os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras infraconstitucionais às situações concretas, no exercício da jurisdição. Com efeito, ao juiz não cabe a criação da norma sem qualquer base previamente definida, tanto mediante argumentos constitucionais como infraconstitucionais, pois a atividade suplementar da interpretação construtiva se vincula imediatamente aos princípios constitucionais fundamentais.

Assim, a Carta de 1988, ao contemplar inúmeros direitos e garantias fundamentais, atribuiu caráter constitucional aos mais relevantes fundamentos dos direitos materiais e processuais, alterando radicalmente o modo de construção da norma jurídica, que tem agora a Constituição como o centro do sistema jurídico. Nesse fenômeno de

11 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *A nova interpretação constitucional*, p. 327.

12 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, *Processo e constituição*, p. 662.

constitucionalização do direito infraconstitucional,¹³ o Texto destacou direitos e garantias em diferentes partes, especialmente no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais -, dando continuidade a uma tradição presente no direito constitucional luso-brasileiro. Pois, não basta que o direito seja reconhecido e declarado se não for garantido. Mas não há uma regra precisa que individue as duas categorias, cabendo ao doutrinador localizá-las. E, embora não seja fácil estabelecer a linha divisória que existe entre direitos e garantias fundamentais, já que, muitas vezes, o direito fundamental se exterioriza por meio de uma garantia, a doutrina ainda referenda a lição de RUY BARBOSA, que vê, nos direitos, disposições declaratórias; já, as garantias, seriam disposições assecuratórias que, em defesa dos direitos, limitam o poder.¹⁴ Ou seja, reserva-se à garantia um papel instrumental, pois serve à efetivação dos direitos fundamentais que visa proteger e à legitimação das ações do Estado para a defesa desses direitos, consistindo em um direito-garantia.¹⁵

No tema abordado tem relevância as *garantias constitucionais especiais*,¹⁶ pois são elas que oferecem aos titulares de direitos fundamentais meios, técnicas e procedimentos que se prestam para assegurar esses direitos. São instrumentais, porque viabilizam a obtenção de vantagens e benefícios que deles decorrem. Não deixam, enfim, de ser direitos públicos subjetivos, porque asseguram ao indivíduo o direito de exigir dos poderes públicos uma atuação ou uma vedação, a fim de que seja dada observância ao seu direito fundamental.¹⁷

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA E A UM PROCESSO JUSTO

Influenciada pela moderna filosofia do direito constitucional, toda a investigação do que seja ordem jurídica e processo justos perpassa pela garantia do acesso à justiça. A tutela justa é a ideia móvel da moderna concepção de acesso aos canais de justiça, o que contempla os requisitos mínimos sem os quais não é possível conceber a aplicação do direito material com justiça.

13 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, *Processo e constituição*, item 2.1, p. 672.

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 31. ed. 2ª parte, tít. I, cap. II, item n. 8, p. 186, onde faz a classificação referida.

15 MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*, item n. III, p. 159.

16 JOSÉ AFONSO DA SILVA divide as garantias dos direitos fundamentais em dois grupos: garantias gerais e garantias constitucionais. Nesse último grupo, faz um subdivisão entre garantias constitucionais gerais e especiais. SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo*, item 8, pp. 188-189.

17 SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo*, 2ª parte, tít. VI, cap. I, p. 414-417.

Nessa configuração, o processo está voltado para uma tutela de uma ordem superior de princípios e de valores assegurados ao indivíduo e à coletividade, que se sobrepõe aos interesses controvertidos das partes para a solução do litígio. O justo processo deles se compõe. O processo deixa de ser um mecanismo de emprego meramente individual, para se tornar um meio disponibilizado ao Estado para a realização da justiça; ante os direitos do indivíduo, há um avanço do Estado na proteção dos interesses da coletividade.

Não se ignora que o tema do acesso à justiça é aquele que melhor dimensiona as relações entre processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio econômica.¹⁸ No entanto, o acesso à justiça, enquanto acesso à ordem jurídica justa, não se limita à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, como prescrito no art. 5º, inc. XXXV, da CF. Essa expressão deve ser interpretada extensivamente, congregando a noção ampla do acesso à ordem jurídica, que compreende: a) o ingresso em juízo; b) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; c) a participação dialética na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa - efetividade do contraditório; d) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo - decisão justa e motivada; e) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais - instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos.¹⁹

Entende AUGUSTO M. MORELLO que o devido processo adjetivo é o perfil mais acabado do processo justo constitucional.²⁰ Nele reside o modelo mínimo de processo civil no país, pois, da sua observância depende a concessão da justiça. No entanto, a construção de um processo *justo e equo*,²¹

18 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: a política e o social na pós-modernidade*, 3ª parte, item n. 7, p. 161. Vale registrar que, para estender o acesso à justiça especialmente às camadas mais pobres da população, em 1984 foram instituídos, no Brasil, os Juizados Especiais de Pequenas Causas – Lei n. 7.244 -, voltados para a resolução de causas de menor complexidade, cujo pedido não excedesse 20 salários mínimos. O seu procedimento congregava os princípios processuais da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes. Reconhecidamente exitoso como canal de acesso ao Judiciário, esse microsistema resultou na previsão constitucional da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Federais – art. 98 da CF de 1988 -, que foram, ao final, regulamentados pela Lei n. 9.099/1995 e, posteriormente, pela Lei n. 10.259/2010, respectivamente. É relevante que, dentre os critérios para definir a competência dos Juizados, está o valor da causa de até 60 salários-mínimos, quantia que dá vazão às pretensões da população de baixa renda. Além disso, não é necessário que as partes se façam representar por advogado.

19 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, item n. 2.2, p. 674.

20 MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*, item n. III, p. 160.

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, item n. 94, p. 247, vol. I.

embora requeira bases constitucionais mínimas, somente pode ser finalizada, se levadas em consideração as singularidades do caso em concreto. Nesse ponto, são especialmente relevantes as garantias substanciais, ademais das formais, que, numa visão unitária do sistema constitucional, reclamam um esforço voltado à concretização dos valores de solidariedade e igualdade. Não se pode negar que essa visão torna imprescindível o concomitante atendimento dos direitos sociais constitucionais (art. 6º da CF).²²

3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E À TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA

Revisando as teorias da jurisdição, as doutrinas processuais recentes deixaram de reduzir o direito de ação ao direito de acesso ao processo, já que uma solução de mérito nesses termos não implica, necessariamente, o reconhecimento do efetivo direito.²³ Ao garantir que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito – art. 5º, inc. XXXV, da CF –, quis o legislador garantir a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva. Tendo em conta essa norma fundamental, viabilizar a proteção do direito material significa, na atualidade, criar mecanismos para a efetiva tutela de direitos; o direito litigioso, além de reconhecido pelo Estado-Juiz, deve, após, ser concretizado. É dizer, o direito à sentença significa direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material,²⁴ seja ele ou não um direito fundamental.

Falar em direito à efetividade, no sentido lato, remete igualmente a uma tutela jurisdicional tempestiva, sendo esse elemento o fator que motivou a intensificação das tutelas antecipatória e cautelar, que integram a jurisdição de urgência. Esse mesmo imperativo deu causa à norma constitucional que prevê, para o processo, uma duração razoável e celeridade na sua tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF).

A tutela efetiva também reclama uma nova postura judicial, pois ao juiz não cabe apenas resolver conflitos. Ele deve zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, aplicando a técnica processual adequada para a proteção do direito.²⁵ A doutrina salienta que, mais do que alargar as portas do Poder Judiciário, prestar jurisdição representa, tanto quanto

22 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*, item n. 6.1, p. 143.

24 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*, item n. 7.8.1, p. 192.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*, item 7.6. p. 188.

possível, fazê-lo de forma eficiente, efetiva e justa, o que exige um processo sem dilatações ou formalismo exacerbados.²⁶

É preciso levar em conta que, apesar do caráter formal do processo, não é correto concebê-lo como um ordenamento de atos revestidos de mera natureza técnica, fixados arbitrariamente pelo legislador. A sua estrutura é projetada de acordo com valores culturais, éticos, econômicos, políticos, ideológicos e jurídicos de determinada sociedade. O processo decorre, fundamentalmente, de uma escolha política, ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. Daí porque conclui CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA que o direito processual é o direito constitucional aplicado, na medida em que o papel do processo não se reduz a realizar o direito material, sendo também um instrumento de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social.²⁷

Numa perspectiva similar, afirma ROBERT ALEXY que, no âmbito do procedimento judicial, devem estar relacionados dois aspectos: um procedimental e outro material. Essa reunião em um modelo dual deve visar o aspecto material. Evidentemente, esse modelo não pressupõe a correção do resultado do processo em virtude da correta aplicação do procedimento. Antes, o modelo a ser adotado deve oferecer um maior campo de ação, permitindo *correções* independentemente do procedimento, o qual deve ser um meio para atingir o melhor resultado em termos de efetividade.²⁸ Nesse ângulo, confere-se uma autêntica normatividade principal ao Poder Judiciário, oportunizada por uma investigação mais livre do direito.²⁹ Para isso, garantismo e eficiência devem ser proporcionalmente dosados, por meio de uma sutil escolha dos fins a atingir.³⁰

Nessa medida, podemos afirmar que as *garantias processuais especiais*, como antes classificadas, além de consistirem em direitos subjetivos individuais, são instrumentos que servem para tornar

26 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, O processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais, *Leituras complementares de processo civil*, item n. 8, p. 237.

27 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, item 3, p. 129.

28 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, cap. IX, item n. III-5.3, p. 474.

29 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista de Processo*, n. 155, p. 4.

30 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, item 3, p. 131.

exequíveis as vantagens e os benefícios constitucionalmente assegurados, o que, conseqüentemente, dá concretude à tutela jurisdicional efetiva. Na perspectiva do direito processual, os direitos fundamentais também necessitam - para a sua concretização à luz da realidade em que se acham inseridos -, de formas de organização e de regulamentação procedimentais apropriadas ao direito substancial;³¹ “o direito fundamental exige procedimentos como meio para a proteção do direito fundamental.”³²

Como espécie de técnica processual autônoma destinada a promover a tutela de direitos peculiares, os procedimentos especiais ou diferenciados revelam a preocupação do legislador em resguardar a igualdade substancial. Essa proteção jurídica é conferida a grupos *em desvantagem social*, vindo a atuar como uma compensação, como um meio de correção de desigualdades,³³ por meio da adequação da tutela ao interesse em litígio. A técnica, como predisposição de meios que buscam certos fins, é sempre instrumental, visto que ela só se justifica em virtude dessa finalidade. Caso contrário, sua consecução é estéril.³⁴

4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL NO BRASIL

A Constituição de 1988 trouxe para o seu corpo uma série de garantias processuais, que podem ser identificadas como *direitos fundamentais processuais*.

a) *Garantia do processo jurisdicional ou do devido processo legal*

A Constituição de 1988 garante, no art. 5º, inc. LIV, que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” A garantia tem antecedentes no *due process of law* da *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra e no Direito Consuetudinário anglo-saxão.³⁵

31 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, O processo Civil na perspectiva dos direito fundamentais, *Leituras complementares de processo civil*, item n. 7, p. 236.

32 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cap. IX, item n. III-5.3, p. 474.

33 A proposta de compensação como correção é encontrada em autores como: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cap. 8º, item n. II, p. 385; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 5ª parte, item n. 60, p. 835; LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, parte V, cap. III, p. 195; NAGEL, Thomas. *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*, cap. 12, p. 143; RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, 1ª parte, item n. II-17, p. 103.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, item 31, p. 64.

35 “No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, or will go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgment of his peers or by the law of the land.”

Tal garantia é genérica e pode ser vista em três faces:

- a1) em sentido amplo, peculiar ao direito brasileiro, visa à proteção do trinômio vida-liberdade-propriedade;
- a2) em sentido material, serve à defesa da legalidade (penal, tributária etc.), à garantia contra o abuso de poder, no que se inclui a impositiva submissão da Administração à lei e;
- a3) em sentido processual, se subdivide nas garantias à comunicação adequada, à ampla defesa e ao contraditório, à publicidade, à assistência de um defensor técnico e a um juiz imparcial, ao duplo grau de jurisdição, entre outras.³⁶

O devido processo legal apresenta-se como o direito de ação e de defesa, como garantia de ser processado nos termos da lei, sob a presidência de um terceiro imparcial e justo, em contraditório processual. É a garantia do exercício da jurisdição pelo processo, no qual se somam o direito subjetivo à tutela jurídica (situação ativa) ao dever de prestação jurisdicional (situação passiva), por meio desse instrumento técnico, ético, político e público de distribuição da justiça, o processo.

b) Garantia do acesso à Justiça

A Constituição de 1988 não prevê, de forma expressa, a garantia do acesso à Justiça, mas assegura um conjunto de outros direitos subjetivos processuais que são identificados como tal. À ideia de acesso à Justiça como um processo justo, se associam a imparcialidade do juiz, a igualdade das partes, a efetividade da jurisdição e outros princípios do processo.

Concebe-se o acesso à Justiça como garantia da inafastabilidade da jurisdição e à assistência judiciária gratuita.

b1) Garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional

A Constituição de 1988 garante, no art. 5º, inc. XXXV, que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” É notável no processo civil brasileiro a integral submissão do Estado (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) e de seus entes (fundações

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o CPC*, p. 09.

36 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 9ª ed., cap. II, itens n. 5-8, p. 76-95.

e autarquias), empresas estatais, bancos estatais ao Judiciário. Todos esses entes estatais estão submetidos às ordens da justiça comum dos Estados ou da União e das justiças especiais. No Brasil não há uma justiça administrativa ou um contencioso administrativo que atue a jurisdição com plenitude. São exemplos de exceção à plena sindicabilidade dos atos estatais a justiça política do Senado Federal (crimes do Presidente da República), a justiça desportiva e, inclusive, certas limitações na jurisdição, como o prazo para interposição do *mandado de segurança* e as restrições para a concessão de medidas urgentes (cautelares e antecipatórias).

b2) *Garantia à assistência jurídica, à assistência judiciária e à gratuidade de justiça*

A Constituição de 1988 garante, no art. 5º, inc. LXXIV, que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça são medidas compensatórias de caráter econômico, adotadas em favor dos litigantes considerados pobres ou carentes. Esses benefícios visam suprir deficiências e emparelhar o quanto possível, pela oferta de serviços estatais ou pela supressão de determinados ônus processuais, aqueles que não possuem capacidade para atendê-los.

A pobreza, em seu sentido econômico, é a razão original que justifica os benefícios assistenciais. Estes correspondem ao dever estatal de oferecer assistência jurídica, além da gratuidade de justiça ou a dispensa do pagamento de taxas judiciais e de despesas decorrentes da sucumbência.

Tais normas têm por base a desigualdade econômica, que impede o efetivo acesso à Justiça e, conseqüentemente, o nivelamento essencial ao contraditório; sem a assistência processual a quem dela carece, as perspectivas de obter justiça é ilusória para enormes contingentes sociais. Portanto, a assistência gratuita tem natureza reequilibradora, pois transpõe a exigência da contratação de advogado, muitas vezes onerosa e desproporcional à parte carente de maiores posses.³⁷ No Brasil, a regra vigente tem origem na metade do século XX, tendo sido chancelada pela Constituição, na qual se estabelece o dever estatal de

37 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Causas y efectos sociales del Derecho Procesal. *Estudios de teoría general y historia del proceso*, ítem n. 12, p. 150; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, ítems n. 9 e 25, p. 32 e 64.

assistir a todo aquele que não têm capacidade de contratar defensor ou pagar pelo processo.

Tais benefícios, de cunho compensatório, não afrontam a isonomia. Ao contrário, viabilizam, efetivamente, a igualdade material ou a igualdade por compensação.

c) Garantia à duração razoável do processo e da celeridade

A Constituição de 1988 garante, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, art. 5º, inc. LXXVIII, que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Essa inclusão dentre as garantias fundamentais se faz em consideração ao reconhecido direito fundamental a ter um processo que tenha um fim em tempo razoável. A redação do dispositivo tem conexão imediata com a igualdade, ao outorgar o direito “a todos”, sem exceção, que acedam ao processo administrativo e judicial.

Ademais do acesso à Justiça, enquanto serviço estatal que deve ser posto a disposição da sociedade com o fim de dirimir os eventuais conflitos materiais não resolvidos por outros meios, deve-se pensar na prestação de serviços públicos que atendam à expectativa dos jurisdicionados. Com isso, confere-se certeza e estabilidade à relação jurídica duvidosa, auferindo ao titular o direito pretendido, sem as delongas próprias dos procedimentos aprofundados na instrução.³⁸

A efetividade se põe, desde alguns anos, como o maior desafio para a prestação dos serviços estatais judiciais, à frente, inclusive, do próprio acesso, uma vez que este, sem a efetividade, não é, propriamente, acesso.³⁹

d) Garantia à igualdade processual

A Constituição de 1988 garante, no art. 5º, de modo amplo, que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

³⁸ GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais.

³⁹ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*, item n. 2.1, p. 24.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

O Código de Processo Civil prevê, no art. 125, que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: assegurar às partes igualdade de tratamento” (inc. I).

BARBOSA MOREIRA observa que os processualistas, não mais que os outros juristas, dividem-se em definir “se o ordenamento adota, em termos explícitos ou implícitos, uma regra como a do art. 125, I, do CPC brasileiro, segundo o qual corresponde ao juiz ‘assegurar às partes igualdade de tratamento’, ou se considera-se que tal dever radica na igualdade perante a lei”.⁴⁰ Essa igualdade no processo civil se projeta de três modos: a) igualdades de riscos processuais; b) igualdade de oportunidades processuais e; c) igualdade de tratamento pelo juiz.

Para que se obtenha a igualdade, há casos em que se defere, com amparo na regra de justiça, o tratamento igual a partes iguais e o tratamento desigual a partes desiguais. São exemplos dessa regra aquelas que virão descritas no item n. 5.1 deste trabalho.

Muito se debate na doutrina acerca das exceções à regra de tratamento igual contidas na legislação processual, especialmente aquelas que conferem tratamento diferenciado à Administração Pública, consideradas como prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Também possuem prerrogativas processuais e tratamento diferenciado o Ministério Público e a Defensoria Pública, instituições que representam, respectivamente, os interesses da sociedade e daqueles que não possuem capacidade econômica para litigar (b2).

e) Garantia do juiz natural

A Constituição de 1988 prevê, no art. 5º, inc. LIII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; e no art. 5º, inc. XXXVII, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção.”

Com a vedação aos tribunais de exceção e com a garantia do juiz natural, fica assegurada a própria jurisdição, vedando casuísmos na criação de tribunais “ad hoc” e de exceção, já ocorrida na história recente

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, La igualdad de las partes en el proceso civil, *Revista de Processo*, n. 44, item n. 1, p. 176. A questão está centrada no limite da atuação do juiz e em seu poder de intervenção.

do Brasil. Assegura-se também o poder jurisdicional do juiz competente em cada justiça, em cada região e em cada grau de jurisdição.

Não violam o juiz natural a divisão e a especialização das justiças trabalhista, militar ou eleitoral, a divisão em razão da matéria, como família, comércio e Fazenda Pública.

f) Garantia do duplo grau de jurisdição

A Constituição de 1988 não prevê, explicitamente, o duplo grau de jurisdição, mas inclui na estrutura do Poder Judiciário a divisão de cada uma das justiças em sucessivos e hierarquizados graus de jurisdição. Dessa conformação graduada se depreende a previsão implícita do duplo grau de jurisdição.

ENRICO TULLIO LIEBMAN afirma que se trata de “um princípio universalmente aceito [o de que] toda a controvérsia possa, depois de uma primeira decisão, passar pelo julgamento de um outro órgão (em geral superior), para ser julgada uma segunda vez em uma nova fase processual que é o prosseguimento da mesma [anterior]. Este segundo julgamento é o julgamento da apelação: a impugnação mais ampla, também a mais freqüente, aquela que, mais que todas as outras, é voltada à função própria das impugnações, de representar um meio de controle da sentença e uma garantia de melhorar a justiça”.⁴¹

Sua previsão está associada à segurança jurídica, embora se reconheça que em alguns casos muito especiais não incide a garantia, como no julgamento, efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, dos crimes atribuídos ao presidente da República, ou no caso de *impeachment* do presidente, julgado pelo Senado Federal. Por isso, não se vê a garantia como absoluta.

g) Garantia da publicidade dos atos processuais

A Constituição Federal de 1988 prevê a publicidade do processo fora do art. 5º, no qual se situam as demais garantias individuais. Assim no art. 93, inc. IX, assegura-se que, “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*”. No art. 5º, inc. LX, está contida a exceção à publicidade: “*a lei só poderá*

⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tulio *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. II, n.º 314, p. 295.

restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou do interesse social o exigirem.”

A garantia da informação processual está associada ao *devido processo legal*,⁴² ao assegurar ao indivíduo o regular exercício da jurisdição. Isso ocorre, na medida em que o acesso às audiências e aos autos representam assecuração de fiscalização do controle popular da atuação dos agentes públicos.

O direito à informação possui dois sentidos: a) um lato, assegurado aos cidadãos aos quais corresponde o dever estatal de informar;⁴³ b) um estrito, que vem associado ao conteúdo do processo e ao contraditório.

Excluídas as exceções trazidas na própria Constituição, não se admite o segredo judicial no processo civil brasileiro.

h) Garantias do contraditório e da ampla defesa

A Constituição de 1988 garante, no art. 5º, inc. LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Essas garantias estão associadas uma à outra, vendose, ora a ampla defesa como consequência do contraditório; ora como forma de qualificar o contraditório; ou a ampla defesa é a medida, a extensão que se dá ao contraditório.

h1) Garantia do contraditório

O princípio do contraditório deriva do *devido processo legal*, onde se incluiriam outros princípios, como o da isonomia, do promotor natural, do duplo grau de jurisdição e da publicidade etc. Como garantia das partes (autor, réu e intervenientes), é permitido aos litigantes conhecer a existência e o conteúdo de todas as manifestações alheias feitas no processo, desde o pedido e a resposta, conforme réu ou autor, e a elas opor a respectiva contradição. Em sentido restrito, está compreendida a possibilidade de as partes demonstrarem ao juiz, “segundo as suas

42 TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, n. 20, p. 72. A garantia da publicidade não implica efetiva presença do público ou dos meios de comunicação aos atos em que se desenrola o procedimento, embora reclame mais do que uma “potencialidade” abstrata, como sucede quando se desconhece a data, o local e o horário do ato, o que reduz a publicidade a um mero nível teórico, op. cit., p. 72

43 MORELLO, Augusto M. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación, *Participação e processo*, item n. II, p. 170-174.

perspectivas” individuais, as situações de fato e de direito que sustentam as suas razões. Em sentido amplo, o contraditório repousa no dever que cabe às partes de contribuir com o processo, agindo com lealdade no esclarecimento das questões.

Raras são as exceções nas quais se retarda o contraditório, como nos procedimentos urgentes, nas cautelares e nos julgamentos antecipados.

h2) Garantia da ampla defesa

A defesa é o direito de se opor, no processo, ao pedido e às alegações formuladas pelo autor ou a contraparte. A maior ou menor limitação na defesa pode variar conforme o tipo de procedimento. A ampla defesa pode ter o sentido de *autodefesa* e de *defesa técnica*.

Pode também ser o direito ao chamamento, oportunidade de alegar fatos e direito, possibilidade de uso de meios de prova úteis e relevantes, acompanhamento da produção da prova da outra parte, plena informação sobre o processo, defesa técnica, motivação das decisões e tratamento paritário. Todos esses direitos são expressão da amplitude de defesa assegurada às partes.

i) Garantia da proibição da prova ilícita

A Constituição de 1988 garante, no art. 5º, inc. LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos;”

Para a doutrina brasileira, prova ilícita é aquela que, na sua coleta, afrontou normas de direito material. Portanto, o vício, presente na sua obtenção, antecede a sua vinda ao processo. É prova ilegítima aquela que afronta o direito processual, no momento da sua produção, quando é trazida ao processo. A ilegalidade se concretiza quando a prova é trazida ao processo. A Constituição veda a prova ilícita e o Código de Processo Civil proíbe os meios de prova moralmente ilegítimos.

No Brasil, embora se resguarde o sigilo das comunicações, as interceptações telefônicas são previstas e permitidas por lei segundo regras e condições, como o tempo de duração, a autorização judicial e outras. O STF, no exame do Recurso Extraordinário n. 251.445, pelo Ministro Celso de Mello, destacou que: “Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no

âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.”

j) Garantia da fundamentação das decisões judiciais

A Constituição de 1988, no art. 93, inc. IX, assegura que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

A garantia se assenta na necessidade de que se conheça o caminho lógico trilhado pelo juiz para chegar à decisão, especialmente os fundamentos e o iter mental percorrido até o seu “livre convencimento motivado”. É, portanto, uma prerrogativa individual contra possíveis abusos do órgão jurisdicional, cumprindo, paralelamente, uma função lógica, ao permitir a impugnação para efeito de reforma da decisão, e uma função política, diante da necessidade de comunicação com a sociedade.

São raras as exceções ou as mitigações a essa garantia no Brasil, mas há hipóteses na Justiça do trabalho e nos juizados especiais (cortes menores), nos quais se permite uma fundamentação sintética das decisões judiciais; nos demais é exigida uma fundamentação clara, mediante a análise dos fatos e do direito (art. 458 do CPC), sob pena de nulidade.

5 PROCESSO CIVIL E DESIGUALDADE NO BRASIL

O Brasil, embora nação de grande porte e em desenvolvimento, mantém-se notoriamente desigual.⁴⁴ Construído, desde as suas raízes coloniais portuguesas, como uma sociedade rigorosamente estamentada, o País ainda apresenta essa característica nos cinco séculos de sua história. Desde meados do século XX, várias medidas têm sido criadas

⁴⁴ Ver, por todos, o estudo sobre desigualdade econômica no Brasil. HENRIQUES, Ricardo *et alli*. *Desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2000. Coord. Ricardo Henriques.

para a proteção de grupos em desvantagem, em oposição às poucas alternativas anteriores.

5.1 TÉCNICAS COMPENSATÓRIAS DE DESIGUALDADES, EM BENEFÍCIO DE GRUPOS SOCIAIS EM DESVANTAGEM OU EM LUTA POR RECONHECIMENTO, PREVISTAS NAS LEIS PROCESSUAIS BRASILEIRAS⁴⁵

As técnicas processuais a seguir apresentadas, ainda que não sejam as únicas no ordenamento processual nacional, podem ser citadas como formas de tratamento diferenciado ou compensatórias, em favor de grupos em desvantagem.

São técnicas previstas no Código de Processo Civil ou em leis especiais brasileiras, que se destinam ao reequilíbrio da desigualdade social:⁴⁶

a) Crianças e adolescentes

Ademais das prerrogativas contidas no Código de Processo Civil, as crianças e os adolescentes possuem, em sua defesa, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/1990. Entre os benefícios processuais constam regras especiais, como a gratuidade de justiça e a assistência jurídica, a dispensa de pagamento de despesas recursais (preparo), a intimação direta e pessoal do advogado e dos responsáveis nas comunicações, a simplificação e a celeridade, a preferência no julgamento de recursos aos tribunais, recursos com efeito apenas devolutivo, bem como a legitimação do Ministério Público, tanto para propor ações, como para interpor recursos.

O Estatuto estabeleceu, pioneiramente, a concessão de tutelas de urgência como formas de proteção desse grupo especial e diferenciado de pessoas, que, em vista de sua fragilidade, não se submete às regras gerais.

b) Idosos

Os idosos também integram grupo distinto, sendo parte processual contemplada com uma desigualdade de tratamento por compensação,

45 A “luta por reconhecimento” social é conceito desenvolvido por AXEL HONNETH, caracterizada na disputa de grupos sociais por espaço e por direitos sociais (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*).

46 GUEDES, Jefferson Carús. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas, *Revista de Processo*, n. 142, p. 137-167.

de acordo com o Estatuto do Idoso (EI), Lei n. 10.741/2003, no qual consta título próprio sobre o acesso à Justiça. A compensação é garantia mediante a observância do procedimento sumário às suas causas, a criação de varas especializadas em idosos e prioridade na tramitação de processos e nas diligências processuais.

A tramitação prioritária dos processos de idosos já fora prevista no Código de Processo Civil desde 2001, quando a doutrina apresentou clara defesa em seu favor, ao argumentar que: “[...] é de absoluta legitimidade constitucional a lei que manda dar prioridade, nos juízos inferiores e nos tribunais, às causas de interesse de pessoas com idade igual ou superior a sessenta-e-cinco anos (Lei n. 10.173/2003); toma-se em consideração que as partes idosas têm menor expectativa de sobrevida e, na maioria dos casos, mais necessitam da tutela jurisdicional.”⁴⁷

Desde 2003, o Estatuto do Idoso considera como tal os maiores de 60 anos, criando uma duplicidade de normas, uma prevendo 60 anos e outra 65 anos. A ambigüidade foi resolvida recentemente, mediante alterações promovidas no CPC, que previu, de modo uniforme ao Estatuto do Idoso, a prioridade processual aos maiores de 60 anos. O benefício, aplicado em todos os graus de jurisdição, permite a aceleração processual, em vista da notória expectativa de vida menor que os beneficiários possuem.

As regras relativas ao processo coletivo permitem que várias entidades estatais, para-estatais e privadas representem os idosos em juízo, as quais poderão contar com medida concessivas de tutelas de urgência e específica (ordens para fazer ou não-fazer), sem a antecipação de despesas processuais.

c) Portadores de deficiência física ou mental e de doenças graves⁴⁸

A prioridade na tramitação de processos administrativos, prevista originalmente para maiores de 65 anos, mais tarde reduzida a idade para 60 anos, beneficia também, desde meados de 2009, as pessoas

47 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, item n. 19, p. 55.

48 O Art. 69-A da Lei n. 9.784/1999 (Processo Administrativo), estabelece quais são as doenças graves: (...) “IV - pessoa portadora de tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.”

portadoras de deficiência física e mental e os portadores de doenças consideradas graves.

Nos processos judiciais, o benefício se estende somente aos portadores de doenças graves, pois, o art. 1211-A, desde a Lei n. 12.008/2009, que altera o CPC, prevê que: *Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.* Também há regras especiais para o processo coletivo que envolva interesse desigual na relação processual.

d) Acidentados em trabalho

Por meio da ação acidentária, prevista na Lei n. 6.376/1976, os feridos em acidentes de trabalho têm em seu favor uma série de distinções processuais, tais como: a modificação da competência do juízo para o local do fato, a competência da justiça estadual, ainda que o réu seja autarquia federal (Instituto Nacional de Seguro Social), a presença do Ministério Público como fiscal da lei, a concessão de *jus postulandi* à parte ou ao representante não-advogado (dispensa do advogado), o princípio da verdade real, que dá ao juiz maiores poderes, a mitigação do princípio dispositivo e do princípio da demanda, a celeridade e a simplificação pela adoção do procedimento sumário, a gratuidade de justiça, a valorização da conciliação e a transigibilidade dos interesses. São vantagens que garantem proteção à parte considerada mais fraca da relação processual.

e) Consumidores

Os consumidores de bens e serviços, públicos ou privados, podem ir a juízo, utilizando todos os meios e espécies de ações (art. 83 do CDC). O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078/1990, prevê regras processuais especiais e estabelece princípios que autorizam a sua conformação autônoma. Essa conformação se dá, em sua maior parte, por meio das ações coletivas, que estão cercadas por peculiaridades que esse sistema possui. Mas tais ações não excluem o processo individual de consumo, que preserva singularidades, embora seja regido pelas normas gerais de processo (CPC) e por leis extravagantes. Dentre alguns benefícios processuais está a inversão do ônus da prova, que será descrito no item seguinte.

f) Beneficiários da previdência e assistência social

Os assistidos pela *Previdência Social* têm a seu favor, no plano processual, a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), que, combinada com a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995), oferece vantagens em relação aos juízos comuns. Esse novo modelo judicial se baseia na ampliação do acesso à Justiça por meio de um modelo consensual, econômico e simplificado, oral e concentrado, informal e célere.

Caracteriza-se também pela ampliação dos poderes do juiz (art. 4º), isonomia total entre Administração e administrado, com redução de prerrogativas da Fazenda Pública, possibilidade de transação de Direito Público, fim da apelação *ex officio* e recorribilidade somente quanto ao direito material. Nesses juizados, os pedidos não podem ultrapassar 60 salários mínimos (17 mil US\$) e o pagamento das condenações é feito pelo Tesouro, mediante requisição e não pelo sistema vinculado ao orçamento do ano seguinte (precatório).

g) Agricultores e camponeses

Em alguns poucos casos, os camponeses contam com regras especiais para a aquisição da propriedade. Ela pode se dar por meio do usucapião especial agrário (Lei n. 6.969/1981), da ação discriminatória de terras públicas (Lei n. 6.383/1976) e das imissões possessórias agrárias.

São tipicamente agrárias as demandas de cumprimento, de despejo, de consignação, de rescisão e de indenização em contratos agrários, de preferência, de divisão, demarcação e extinção de condomínio agrário, usucapião especial e nunciação de obras rurais, além da desapropriação para fins de reforma agrária.

No processo agrário adotam-se, sem exceção, os princípios constitucionais processuais, tais como contraditório, ampla defesa, duplo grau, isonomia, publicidade etc.; os princípios gerais do processo, como princípio dispositivo e da demanda, lealdade processual e boa-fé, e, também, princípios especiais ou próprios, dentre os quais podem ser arrolados os princípios da simplificação e da oralidade, com identidade física e concentração de atos, o princípio da gratuidade de justiça, o princípio da indisponibilidade das regras e da fixação da competência segundo o local dos bens litigados.

h) Beneficiários do meio ambiente sadio

Este grupo, titular de direito difusos, que, às vezes, congrega toda a sociedade, tem a seu dispor meios eficientes de atuação, principalmente a ação civil pública (Lei n. 7.347/1985) e a ação popular (Lei n. 4.717/1965). Estas não são vistas como típicas ações, mas como técnicas que ensejam procedimentos, métodos de cognição e provimentos diferenciados para a obtenção da tutela do meio ambiente, para o que se aplica subsidiariamente os dispositivos do Código de Processo Civil.

As regras do “processo civil ambiental” se ampliam cada vez mais, de forma a privilegiar a preservação do meio ambiente. Mais notável, contudo, são as prerrogativas do processo coletivo e a possibilidade de concessão de tutela preventiva dos ilícitos ambientais.

i) Mulher casada

O gênero feminino é contemplado com o foro privilegiado em ações de divórcio e de alimentos. Essas leis processuais brasileiras (CPC, Lei do Divórcio e Lei de Alimentos) existiam antes da Constituição de 1988 e persistem como normas conformes à Carta. Nessas hipóteses, há o deslocamento de competência como forma de compensação por desigualdades, permitindo que a mulher ajuíze a ação de seu interesse no local que lhe é mais favorável.

5.2 TÉCNICAS COMPENSATÓRIAS DE DESIGUALDADE EM BENEFÍCIO DE PARTE EM DESVANTAGEM PREVIS TAS NAS LEIS PROCESSUAIS BRASILEIRAS

Ademais das normas de proteção ou de compensação para grupos, há técnicas processuais específicas, que objetivam o benefício direto da parte tida como vulnerável na relação processual.

Dentre essas técnicas, podem ser arroladas as seguintes:

a) Alterações da distribuição e inversão do ônus da prova processual

A alteração tem como objetivo reequilibrar as partes, facilitando a produção das provas essenciais para o processo em favor do polo mais frágil da relação jurídica processual. Essas inversões podem resultar da lei que as prevê, como a lei civil, que estabelece inversões diante das

presunções, ou *judiciais*, como na prova genética (DNA) ou, ainda, da convenção das partes (CPC, art. 333).

A mais destacada regra sobre inversão do ônus da prova está no Código de Defesa do Consumidor, de 1990. A lei estabelece, dentre os direitos básicos do consumidor, duas hipóteses de inversão do ônus da prova. A mais importante baseia-se na verossimilhança da alegação do consumidor em desfavor do fornecedor-réu. No art. 6º do CDC se prevê que “*são direitos básicos do consumidor:*” [...] VIII – “*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;*”

b) Concessão e ampliação dos poderes dirigentes do juiz

A atribuição de poderes dirigentes ao juiz está associada à mudança sofrida pelo processo civil brasileiro no curso do século XX, que, sob a influência das correntes sociais e estatizantes, alargou a sua possibilidade de atuação por meio do impulso oficial no processo.

A ampliação das atividades estatais por meio da figura do juiz se opõe ao individualismo típico do século XIX e, mais recentemente, com a oposição do “novo garantismo processual”.

No processo brasileiro são raríssimas as possibilidades de iniciação do processo por provocação judicial, mas, para o seu prosseguimento, pode o juiz intervir em várias fases processuais, conhecendo algumas matérias de ofício, concedendo medidas assecuratórias ou cautelares etc.

c) Concessão e ampliação dos poderes instrutórios do juiz

Ao longo do século XX, na América espanhola e no Brasil, ocorreu uma sólida expansão dos poderes do juiz no direito processual. No Código de Processo Civil brasileiro há várias hipóteses, tanto na admissão, como na produção e na valoração da prova. Como exemplo, podem ser vistos os poderes de *inspeção* (art. 130 do CPC), de *inquirição* (arts. 342, 344 e 413 do CPC), de *concessão* ou de *recusa* (art. 130 do CPC), de *repressão* (art. 147 do CPC), de *apreciação* (art. 131 do CPC) e de *iniciativa* (arts. 130 e 418 do CPC).

A natureza do poder de instrução não é discricionária e sofre limitações dos elementos objetivos da demanda. Tais elementos determinam a congruência entre o pedido e a decisão e impedem a busca de fatos que não integram o continente estabelecido pelas partes, a vinculação do juiz aos autos, o desprezo ao conhecimento privado do juiz e submissão das provas obtidas de ofício ao contraditório.

d) Legitimação extraordinária enquanto técnica compensatória

A legitimação extraordinária que se concede a certas instituições e pessoas, permitindo que se apresentem e postulem em juízo em nome de outros, implica a concessão de um tratamento desigual, que se destina a compensar a fragilidade dos “substituídos”, assim como uniformizar decisões de interesse geral ou de grupos. Esse poder jurídico excepcional é dado em função da predominância do interesse público sobre o particular, especialmente quando o processo envolve direitos indisponíveis. Assim pode ser verificado, por exemplo, nos casos em que: a) o Ministério Público pode postular em juízo direito que não lhe concerne, como na declaração de nulidade de casamento contraído perante a autoridade incompetente e para requerer o inventário ou partilha de bens da herança, quando existirem herdeiros incapazes; b) na ação popular (Lei n. 4.717/1965), que assegura a qualquer cidadão a legitimidade para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas e sociedades de economia mista.

A Constituição de 1988, no art. 5º, concedeu legitimação extraordinária para as entidades associativas: “XXI - *as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.*”; para partidos políticos, organizações sindicais e entidades de classe: “LXX - *o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional*”; b) para a organização sindical, a entidade de classe legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.” E para o cidadão na ação popular: “LXXIII - *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*” A finalidade dessas ações é tipicamente social e de interesse público.

e) *Modificações de competência do juízo como técnica compensatória*

A competência fixa o critério de distribuição da jurisdição entre os vários órgãos ou a divisão do trabalho jurisdicional. A competência para cada matéria em cada uma das seis justiças existentes no Brasil vem estabelecida na própria Constituição. Ela é complementada por leis que organizam cada uma dessas justiças, seja pelo Código de Processo Civil, seja por leis esparsas.

Há, contudo, três situações que excepcionam o *foro especial* da União, situado na Justiça Federal (CPC, art. 99, inc. I, e CF, art. 109, inc. I), atribuindo-as a outros foros especiais (estaduais): a) nas ações previdenciárias para a obtenção de prestações ou para a instituição e revisão de benefícios, propostas na justiça estadual contra o INSS, o foro de domicílio do autor, desde que não exista nesse local a justiça federal (art. 109, § 3º, da CF); b) nas ações assistenciais propostas contra o INSS, de modo equivalente à anterior; c) nas ações acidentárias que tenham como pressuposto o acidente de trabalho, mas que objetivem o seguro social, propostas contra o INSS na justiça comum estadual, com interposição de recurso para o Tribunal de Justiça do Estado (art. 109 da CF).

Com natureza tipicamente compensatória, também há outros foros especiais previstos no Código de Processo Civil, mas voltados ao interesse da parte: a) o *foro da residência da mulher* é competente nas ações de anulação de casamento, separação, conversão desta em divórcio de acordo com o art. 100, inc. I, do CPC, por favorecer processualmente a defesa dos interesses da mulher, tida como mais fraca e merecedora de especial tutela jurídica.” b) o *foro do alimentando* é competente para as ações de alimentos e nas ações de investigação de paternidade (art. 100, inc. II, do CPC); c) o *foro do domicílio do representante do incapaz* será competente para as ações contra este, de modo absoluto (art. 98 do CPC), cuja norma é protetiva, em vista das debilidades do representando, com justificáveis razões de ordem social; d) o *foro especial ou privilegiado de autoridades* tem notória característica de privilégio ou proteção, sem associação às demais espécies de compensação.

Há, igualmente, outros casos em leis especiais, que modificam a competência em virtude de grupos protegidos, como crianças e adolescentes, idosos, consumidores, ou relacionados a procedimentos especiais, como o mandado de segurança, a ação civil pública e

outras ações coletivas, a ação popular ou ainda os juizados de causas menores (Juizados Especiais Cíveis (particulares), Juizados Especiais da Fazenda Pública (Estados e Municípios) e Juizados Especiais Federais (União).

f) Tutelas diferenciadas e tutelas de urgência como técnicas compensatórias

O quadro das tutelas diferenciadas teve expressiva ampliação no Brasil nos últimos 20 anos. O CPC de 1973 previa expressamente a tutela cautelar, a qual sofreu desvios com a finalidade de antecipação de mérito. A partir de 1993, com as reformas sucessivas do CPC e, antes delas, em leis esparsas, ganharam corpo a tutela antecipada, tutela específica e outras, todas elas com a finalidade de abreviarem o processo para a satisfação ou as garantias de satisfação, em oposição à tutela final, plena e definitiva.

A tutela cautelar, de natureza assecuratória, se baseia na presença dos requisitos da aparência (*fumus*) e perigo (*periculum*), podendo adquirir contornos compensatórios, com retardamento de contraditório e dispensa de exigência de contracautelas. O próprio poder geral de cautela, que permite ao juiz atuar de ofício, pode ser identificado como desigualação, com vistas à proteção de uma das partes: aquela de menor força ou capacidade, que tenha seu direito sob risco.

A tutela antecipada, que objetiva a obtenção do direito antes do final do processo, pode ter nítido cunho compensatório nas medidas judiciais de direito de família, como as liminares em ação de alimentos. Assim, a antecipação do direito da parte que certamente o obterá na sentença final é visto como meio de assegurar o equilíbrio processual à parte mais frágil, desde que detentora de prova inequívoca de sua afirmação e verossimilhança na alegação. Nas situações em que a parte que detém esses requisitos integra um dos grupos merecedores de proteção especial (crianças, idosos, consumidores etc.), mais ainda se justifica a concessão.

A tutela específica corresponde ao adimplemento da obrigação, expressa numa ordem judicial para fazer ou deixar de fazer aquilo que o contrato estabelecia. Também pode ser útil à proteção da parte mais fraca da relação processual, que não poderia suportar um longo desenvolvimento do contraditório, sem ter imediato acesso ao bem jurídico pretendido.

6 CONCLUSÃO

O processo civil é uma técnica criada para o debate de interesses controvertidos e para a decisão dessas controvérsias sobre bens e direito e, como tal, só pode ser útil se se prestar ao seu fim, isto é, à solução do litígio de modo simples, rápido, eficiente e com baixo custo.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Causas y efectos sociales del Derecho Procesal. *Estudios de teoría general y historia del proceso*. Ciudad de México: UNAM, 1974, v. II.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Trad. Ernesto Garzón Valdés.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista de Processo*, n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O processo Civil na perspectiva dos direito fundamentais, *Leituras complementares de processo civil*, 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *A nova interpretação constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Org. Luís Roberto Barroso.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil, *Revista de Processo*, n. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Org. Luiz Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de Filosofia Constitucional contemporânea*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, v. I.

_____. *A instrumentalidade do processo*, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 3. ed. Madrid: Trotta, 2002. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Andrea Greppi.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*. Ciudad de México: UNAM, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatski, 1975.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas, *Revista de Processo*, n. 142. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais*. São Paulo: PUC, 2008. (Mimeografado).

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1984. v. 1.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : Universidade de Brasília, 1980. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32807/32002>> . Acesso em 22-02-2010.

MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. La Plata: Platense, 2005.

_____. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación, *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Org. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco.

NAGEL, Thomas. *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*. Barcelona: Paidós, 2006. Trad. José Francisco Álvarez Álvarez

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAWS, John. *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996. Trad. María Dolores González.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: a política e o social na pós-modernidade*, 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais e relações privadas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.941/09 NA EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO

INNOVATIONS INTRODUCED BY LAW 11.941/09 ON SOCIAL
INSURANCE TAX COLLECTION
BY LABOR COURTS

José Vicente Santiago Junqueira
Procurador Federal

Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV
Especialista em Hermenêutica e Prática Judicial pela
Universidade Federal do Espírito Santo – UFES

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ausência de discriminação das verbas trabalhistas nos acordos celebrados pelas partes; 2 Fixação do momento da ocorrência do fato gerador nas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho; 3 Acordo celebrado pelas partes após a sentença de mérito; 4 Cobrança dos acréscimos previstos no § 6º, do art. 57, da Lei 8.213/91; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Lei 11.941/09, fruto da conversão da Medida Provisória 449/08, introduziu algumas relevantes alterações na sistemática de execução das contribuições sociais perante a Justiça do Trabalho, por meio da inclusão de cinco novos parágrafos ao art. 43 da Lei 8.212/91. Tais alterações referem-se a temas polêmicos no âmbito da execução fiscal trabalhista, com os quais convivem diariamente os operadores do direito que atuam junto a essa Justiça Especializada, tais como: a definição do momento da ocorrência do fato gerador das contribuições sociais decorrentes de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, o efeito jurídico perante a União dos acordos celebrados pelas partes após a prolação de sentença de mérito, bem como a questão relativa à cobrança do adicional do Seguro Acidente do Trabalho quando constatado que o reclamante prestou os seus serviços em condições que lhe permitirão futuramente a concessão da aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei 8.213/91. Desta forma, tivemos como enfoque deste breve estudo a análise das principais modificações introduzidas pela Lei 11.941/09 na execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho, confrontando os novos dispositivos com as demais regras legais e constitucionais que se aplicam ao tema, de modo a alcançar a sua leitura sistemática e que melhor se amolde aos preceitos contidos na Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Contribuições Sociais. Justiça do Trabalho. Alterações. Lei 11.941/09.

ABSTRACT: Law N° 11.941/09, the result of the conversion of Provisory Bill No. 449/08, made some important changes in the system of social insurance tax collection by Labor Courts, through the inclusion of five new paragraphs to article 43 of Law No. 8212/91. These amendments bring controversial issues in the context of social insurance tax enforcement, with witch those who deal with tax enforcement at Labor Courts face constantly, such as: defining the moment of occurrence of the triggering event of social insurance tax arising from decisions handed down by Labor Courts; the legal effects to the Federation of settlements between parties after the sentence has become definite; and the question concerning the collection of Labor Accident Insurance, when the plaintiff has worked in hazardous conditions that will eventually grant him the right to special retirement pension, provided by article 57 of Law No. 8.213/91. Thus, this brief study examines the main changes introduced by Law No. 11.941/09 in the enforcement of social security tax by Labor Courts, confronting the new rules with the ones already existing in the legal and constitutional system, in order to achieve a systematic interpretation, according to the precepts of the Constitution.

KEYWORDS: Social insurance tax. Enforcement by Labor Courts. Changes. Law No. 11.941/09.

INTRODUÇÃO

No dia 04.12.2008 foi publicada a Medida Provisória nº 449 que, dentre outras providências, alterou a redação do art. 43 da Lei 8.212/91, incluindo cinco novos parágrafos, que versam acerca da execução de contribuições sociais perante a Justiça do Trabalho.

Já em 28.05.2009 tal medida provisória foi convertida na Lei 11.941/09, que no processo de conversão no Congresso Nacional sofreu inúmeras propostas de emenda legislativa, sendo algumas delas acatadas, alterando-se, por conseguinte, a sua redação original, inclusive no que tange à matéria objeto deste estudo, conforme será observado nas linhas que seguem.

As alterações impostas ao art. 43 da Lei 8.212/91 referem-se à temas que, já há algum tempo, vêm gerando cizânia doutrinária e interpretações divergentes na jurisprudência dos tribunais trabalhistas, tais como: a definição do momento da ocorrência do fato gerador tributário-previdenciário decorrente de decisões proferidas pelos juízes trabalhistas, a forma de apuração das referidas contribuições sociais, bem como o efeito dos acordos celebrados pelas partes perante a Previdência Social, quando já proferida nos autos sentença de mérito.

Desta forma, sem a pretensão de esgotar o tema, passaremos à análise das alterações advindas com a edição da Lei 11.941/09 na sistemática da execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho.

1 AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO DAS VERBAS TRABALHISTAS NOS ACORDOS CELEBRADOS PELAS PARTES

O §1º, do art. 43, da Lei 8.212/91 determina que a ausência de discriminação das verbas que compõe o acordo celebrado pelas partes acarretará a incidência das contribuições sociais sobre o valor total do ajuste, de modo que a base de cálculo será o montante integral acordado.

Neste ponto, não houve alterações substanciais introduzidas pela Lei 11.941/09, mantendo-se praticamente incólume a redação do antigo parágrafo único, do art. 43, da Lei 8.212/91, agora renumerado como §1º. Vejamos a anterior redação do referido dispositivo legal:

Art. 43. [...]

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.

Na verdade, a única alteração proporcionada pela lei neste particular foi a alteração da expressão *contribuições previdenciárias*, constante da redação anterior, para *contribuições sociais*, conforme podemos observar em sua atual redação:

§ 1º Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas às contribuições sociais, estas incidirão sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.

Conforme é sabido, as contribuições previdenciárias são uma espécie do gênero contribuições sociais, sendo este último conceito mais abrangente, uma vez que abarca, inclusive, as contribuições destinadas a “outras entidades”, como é o caso do Salário-Educação e das contribuições destinadas ao SESC, SESI, SEBRAE e outros serviços sociais autônomos.

De se frisar que tais contribuições possuem identidade quanto ao fato gerador e à base de cálculo das contribuições previdenciárias *stricto sensu*, ou seja, aquelas previstas no art. 195, I, “a” e II da Carta Magna, sendo, inclusive, cobradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme previsão contida nos arts. 2º e 3º da Lei 11.457/07:

Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.

Art. 3º As atribuições de que trata o art. 2º desta Lei se estendem às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, na forma da legislação em vigor, aplicando-se em relação a essas contribuições, no que couber, as disposições desta Lei.

Desta forma, entendemos que o legislador ordinário, com a alteração promovida no §1º, do art. 43, da Lei 8.212/91, tornou mais clara a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições devidas à outras entidades e fundos, uma vez que estas se inserem ao conceito mais amplo e genérico de “contribuições sociais”.

Por outro lado, quanto à discriminação das verbas constantes nos acordos celebrados pelas partes, deve ser observada a regra contida no art. 276, §3º, do Decreto 3.048/99, que esclarece que a mera fixação percentual de verbas indenizatórias e salariais não atende ao disposto no art. 43, §1º, da Lei 8.212/91. *Verbis*:

§ 3º Não se considera como discriminação de parcelas legais de incidência de contribuição previdenciária a fixação de percentual de verbas remuneratórias e indenizatórias constantes dos acordos homologados, aplicando-se, nesta hipótese, o disposto no parágrafo anterior.

Portanto, as partes devem discriminar pormenorizadamente nos acordos entabulados quais as verbas trabalhistas que estão sendo acordadas, sob pena de incidência das contribuições sociais sobre o valor total do ajuste.

Nessa esteira já se posicionou o C. TST, por meio da recente OJ 368 da SDI-1, que estabelece que se inexistir discriminação das parcelas que compõem o acordo, inclusive nos processos em que não houver reconhecimento de vínculo empregatício, as contribuições sociais incidirão sobre o valor total do ajuste.

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PARCELAS INDENIZATÓRIAS. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR TOTAL.

É devida a incidência das contribuições para a Previdência Social sobre o valor total do acordo homologado em juízo, independentemente do reconhecimento de vínculo de emprego, desde que não haja discriminação das parcelas sujeitas à incidência da contribuição previdenciária, conforme parágrafo único do art. 43 da Lei nº. 8.212, de 24.07.1991, e do art. 195, I, “a”, da CF/1988.

Assim, resta claro que a ausência de discriminação das verbas constantes dos cálculos de liquidação ou dos acordos celebrados pelas

partes conduzirá à incidência das contribuições sociais sobre o seu valor total, como aliás já previsto na sistemática anterior à edição da Lei 11.941/09.

2 FIXAÇÃO DO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR NAS DECISÕES PROFERIDAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

Certamente, essa é uma das mais significativas alterações promovidas pela Lei 11.941/09, no que tange à cobrança das contribuições sociais na Justiça Laboral, estabelecendo que o fato gerador das referidas contribuições considera-se ocorrido na data da prestação do serviço pelo segurado.

Com efeito, desde que a Justiça do Trabalho passou a ser competente para executar *ex officio* as contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir, o que inicialmente se deu com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98 e, no plano infraconstitucional, com a Lei 10.035/00, não houve consenso quanto ao momento a partir do qual considerava-se ocorrido o fato gerador das referidas contribuições.

Basicamente, duas correntes se formaram acerca do tema. Passemos a uma brevíssima análise das mesmas.

Por um lado, há os que sustentam que o fato gerador das contribuições previdenciárias somente ocorre após a prolação da sentença judicial ou da homologação do acordo celebrado pelas partes, argumentando na defesa dessa tese que somente a partir de tal momento as referidas exações passaram a ser efetivamente devidas pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Os que advogam essa tese, o fazem principalmente com fulcro no art. 276, *caput*, do Decreto 3.048/99, que determina que o recolhimento das contribuições previdenciárias será realizado até o dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença, *verbis*:

Art. 276. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o recolhimento das importâncias devidas à seguridade social será feito no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença.

Por outro lado, e filiamo-nos a tal corrente, já existiam aqueles que sustentavam que o fato gerador das contribuições sociais decorrentes

de sentenças trabalhistas ocorre desde o momento da prestação dos serviços pelo segurado, sendo tal a corrente expressamente adotada pelo novel §2º, do art. 43, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09:

§ 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.

Tal dispositivo, frise-se por oportuno, encontra-se em perfeita consonância com as disposições contidas nos arts. 114 e 116 do Código Tributário Nacional, que versam acerca do momento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

Comentando especificamente a aplicação dos referidos artigos do CTN à definição do momento da ocorrência do fato gerador das contribuições sociais é a precisa lição dos magistrados Luiz Carlos de Araújo e Wilson Pocidonio da Silva:

A situação definida em lei como necessária e suficiente para a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, tal como preconiza o art. 114 do CTN, é a prestação de serviços, pois é ela quem gera a prestação pecuniária devida ao trabalhador e, conseqüentemente, as contribuições sociais incidentes sobre a correspondente remuneração.

[...]

O art. 116 do CTN considera ocorrido o fato gerador e existente os seus efeitos desde o momento em se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios. Assim, ocorre o fato gerador do ICMS, por exemplo, não com a emissão da nota fiscal, que constitui obrigação acessória,

mas com a operação de venda e circulação da mercadoria. Se o comerciante, neste mesmo exemplo, deixa de emitir a nota fiscal, ainda assim é devido o tributo, pois ocorreu o fato gerador. O mesmo ocorre em uma relação de emprego quando, por exemplo, o empregado presta serviços extraordinários, o fato gerador das contribuições previdenciárias ocorre com a prestação dos serviços e não com a elaboração das folhas de salários ou com o pagamento.¹

Como é sabido, a Lei 8.212/91, ao definir a hipótese de incidência das contribuições previdenciárias, determina que as mesmas incidam sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais à serviço do empregador, até o dia dois do mês seguinte ao da competência.

Assim, considerando que desde o momento da prestação dos serviços pelo segurado as remunerações lhe são devidas pelo empregador, também são devidas, a partir dessa mesma data, as contribuições previdenciárias, nos exatos termos dos arts. 28, I e 30, I, “b”, da Lei 8.212/91.

Note-se que a fixação do momento de ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias, longe de ser uma discussão meramente acadêmica, ocasiona relevantes repercussões de ordem prática.

Com efeito, a se entender que o momento da ocorrência do fato gerador tributário é a efetiva prestação dos serviços, resta claro que haverá a incidência de juros e multa moratórios desde tal momento, de modo que a apuração previdenciária dar-se-á mês a mês, mediante regime de competência. Nesse ponto, bastante elucidativa é a redação do §3º, do art. 43, também introduzido pela Lei 11.941/09:

§ 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas

1 ARAÚJO, Luiz Carlos de; SILVA, Wilson Pocidonio. Fato Gerador das Contribuições Sociais. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, nº 04, Abril, 2009.

as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.

Outra importante modificação introduzida pelo dispositivo supra-transcrito refere-se a explicitação de que na apuração previdenciária haverá a aplicação dos *acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas*. Explica-se.

É que alguns magistrados trabalhistas, ainda atrelados à literal interpretação do art. 879, §4º, da CLT, entendiam que falecia competência à Justiça do Trabalho para executar a multa moratória prevista para o recolhimento das contribuições em atraso, uma vez que o referido dispositivo legal prescreve que a atualização dos créditos devidos à Previdência Social observará os critérios estabelecidos na legislação previdenciária.

Assim, havia a equivocada interpretação de que, como a lei somente fazia menção à atualização do crédito previdenciário, estaria excluída da competência da Justiça Laboral a execução da multa moratória, pelo fato da mesma não se enquadrar no conceito de “atualização”.

Se, por um lado, tal interpretação restritiva vai de encontro ao próprio mandamento constitucional que prescreve ser a Justiça do Trabalho competente para executar as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, *e seus acréscimos legais*, decorrentes das sentenças que proferir, por outro lado tal competência encontra-se atualmente explicitada no §3º, do art. 43, da Lei 8.212/91, de forma que não há mais espaço para qualquer discussão acerca do tema.

Desta forma, pela atual sistemática estabelecida pelos §§ 2º e 3º, do art. 43, da Lei 8.212/91, resta claro que o fato gerador das contribuições previdenciárias executadas na Justiça do Trabalho é o momento da prestação dos serviços pelo reclamante, devendo em sua apuração ser adotado o regime de competência com a respectiva inclusão dos juros e da multa moratória.

Já a parte final do referido dispositivo disciplina como serão realizados os recolhimentos previdenciários decorrentes de acordos celebrados pelas partes.

Neste caso, a base de cálculo das contribuições será rateada pelo período efetivamente trabalhado pelo reclamante, sendo então apuradas

mês a mês, conforme inclusive já previsto na Instrução Normativa nº 3 da extinta Secretaria de Receita Previdenciária, *verbis*:

Art. 132. Serão adotadas as competências dos meses em que foram prestados os serviços pelos quais a remuneração é devida, ou dos abrangidos pelo reconhecimento do vínculo empregatício, quando consignados nos cálculos de liquidação ou nos termos do acordo.

§ 1º Quando, nos cálculos de liquidação de sentença ou nos termos do acordo, a base de cálculo das contribuições sociais não estiver relacionada, mês a mês, ao período específico da prestação de serviços geradora daquela remuneração, as parcelas remuneratórias serão rateadas, dividindo-se seu valor pelo número de meses do período indicado na sentença ou no acordo, ou, na falta desta indicação, do período indicado pelo reclamante na inicial, respeitados os termos inicial e final do vínculo empregatício anotado em CTPS ou judicialmente reconhecido na reclamatória trabalhista.

Insta frisar que, não obstante tenha havido a extinção da Secretaria da Receita Previdenciária, mediante a sua fusão com a Secretaria da Receita Federal, pela Lei 11.457/07, permanece em vigor a referida Instrução Normativa, nos exatos termos do art. 48 da referida lei:

Art. 48. Fica mantida, enquanto não modificados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a vigência dos convênios celebrados e dos atos normativos e administrativos editados:

I - pela Secretaria da Receita Previdenciária;

Assim, uma vez apurado o *quantum* devido pela reclamada a título de contribuições sociais, mediante a aplicação dos critérios acima mencionados, deverá o referido valor ser recolhido, por meio de guia GPS, na mesma data e proporcionalmente ao valor de cada parcela do acordo, conforme mandamento contido na parte final do §3º, do art. 43, da Lei 8.212/91.

3 ACORDO CELEBRADO PELAS PARTES APÓS A SENTENÇA DE MÉRITO

Eis outra questão bastante controvertida no âmbito da execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho.

Com efeito, é da praxe judicial trabalhista a celebração de acordo entre as partes como solução dos litígios submetidos à sua apreciação, havendo inclusive expressa previsão no art. 764 consolidado e em seus parágrafos de que os juízes trabalhistas empreenderão esforços com vistas à solução conciliatória das partes, sendo comum a pactuação de acordo na fase de execução, com a renúncia de parte dos créditos trabalhistas pelo reclamante objetivando dar fim ao processo.

Ocorre que nesses casos, quando as partes celebram o acordo na fase de execução, já se encontram liquidadas as contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas deferidas na sentença de mérito, já tendo ocorrido a constituição definitiva do crédito tributário.

É importante destacar que o ato judicial que declara líquida a sentença trabalhista, com a conseqüente quantificação do crédito previdenciário, substitui o ato de lançamento administrativo previsto no art. 142 do CTN, uma vez que a execução previdenciária na Justiça do Trabalho dispensa a inscrição em dívida ativa, já que é realizada de ofício nos próprios autos da reclamação trabalhista. Esclarecedora, neste particular, é a lição de Carlos Victor Muzzi Filho:

O conceito legal de lançamento tributário, posto no Código Tributário Nacional (artigo 142), não é empecilho para que se atribua à autoridade judicial, no âmbito de determinado processo judicial, a atribuição de lançar o tributo. A referência feita pela norma positiva à autoridade administrativa, muito antes de excluir a atribuição de tal mister a outras autoridades estatais, tem o objetivo de afirmar que o contribuinte não realiza o lançamento, que é, pois, atividade estatal, a ser realizada, não necessariamente pela *autoridade administrativa*, mas pela *autoridade competente*.

[...]

Assim, nas contribuições sociais executadas pela Justiça do Trabalho, o lançamento tributário é realizado na fase de liquidação (ou, mais excepcionalmente, na sentença trabalhista, caso esta seja líquida), pelo órgão judiciário. O cálculo feito pelo Juiz do Trabalho, ainda que feito com o auxílio de outros agentes judiciários (e assegurado o respeito ao contraditório e à ampla defesa), impõe-se aos sujeitos ativo e passivo, configurando-se verdadeiro *lançamento feito pelo juiz*, ou *lançamento jurisdicional*.²

2 MUZZI FILHO, Carlos Victor. A exigência pela Justiça do Trabalho de Contribuição Sobre a Folha de Pagamentos. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org). *Contribuições para Seguridade Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Assim, uma vez constituído o crédito previdenciário por ato do Juiz do Trabalho, o mesmo torna-se definitivo, não podendo ter a sua base de cálculo reduzida pelas partes, principalmente tendo em vista o seu carácter indisponível e irrenunciável.

Tal conclusão advém da própria natureza do crédito previdenciário, de índole eminentemente tributária, defluindo naturalmente de tal sistemática o teor do art. 841 do Código Civil que é claríssimo ao estabelecer que somente quanto a direitos patrimoniais de carácter privado se permite a transação.

Desta forma, resta evidente a vedação às partes litigantes de que, ao celebrarem um acordo trabalhista, alterem a base de cálculo já definitivamente constituída das contribuições sociais, afetando diretamente a esfera jurídica da União, atual credora das contribuições sociais, que sequer figurou no acordo entabulado entre reclamante e reclamado.

Neste ponto, mais uma vez socorremo-nos ao nosso Código Civil, que em seu art. 844 dispõe expressamente que a transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem. Ou seja, aqueles que não participarem dos ajustes celebrados por terceiros, não poderão ter os seus direitos atingidos.

Aliás, a aplicação de tal dispositivo legal somente vem a efetivar a cláusula pétrea contida no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, que ressalva, como princípio sensível do nosso ordenamento jurídico, o direito adquirido.

Na esteira de tal raciocínio, e a fim de dirimir quaisquer controvérsias quanto à possibilidade do acordo entabulado pelas partes na fase de execução trabalhista reduzir a base de cálculo previdenciária, foi promulgada a Lei 11.457/07 que, alterando o art. 832 da CLT, incluiu o §6º, com a seguinte redação:

Art. 832 [...]

§ 6º O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União.

Nota-se que tal dispositivo legal encontra-se em plena harmonia com o arcabouço jurídico pátrio, tendo ainda o mérito de conferir

máxima efetividade ao corolário que impõe a preeminência da coisa julgada e do direito adquirido, ambos alçados à condição de cláusulas pétreas pelo constituinte originário, uma vez que resguarda o crédito tributário fundado em sentença judicial transitada em julgado dos ajustes celebrados pelas partes.

Por sua vez, a Medida Provisória nº 449/08 incluiu no art. 43 da Lei 8.212/91 disposição bastante similar àquela contida do art. 832, §6º, da CLT:

Art. 43 [...]

§ 5º O acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito não prejudicará ou de qualquer forma afetará o valor e a execução das contribuições dela decorrentes.

Entretanto, quando da conversão da MP 449/09 na Lei 11.941/09, e na contramão da sistemática normativa que rege o tema sob enfoque, foi abruptamente alterada a redação do §5º, do art. 43, da Lei 8.212/91, cuja redação passou a ser a seguinte:

Art. 43. [...]

§ 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo.

Em uma análise apressada e não sistemática do dispositivo legal transcrito, poder-se-ia ter a impressão de que o legislador ordinário, ao estabelecer que as contribuições sociais serão calculadas com base no valor do acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, estabeleceu que o acordo celebrado pelas partes teria o condão de afetar os créditos previdenciários definitivamente constituídos com base na sentença trabalhista transitada em julgado. Tal é a conclusão que se extrai de uma interpretação meramente literal do referido dispositivo legal, não podendo prevalecer em face de uma análise sistemática e de acordo com a Constituição Federal.

Com efeito, há muito se sabe que a interpretação meramente literal dos dispositivos legais não é capaz, por si só, de possibilitar a extração do completo significado dos enunciados normativos, sendo necessário para a correta exegese dos dispositivos legais a conjugação

dos diversos métodos interpretativos, como o histórico, o sistemático e, principalmente, a busca do sentido da norma que a faz melhor se amoldar aos preceitos constitucionais.

De fato, a partir de uma análise isolada do §5º, do art. 43, da Lei 8.212/91, com a redação conferida pela Lei 11.941/09, poder-se-ia chegar à conclusão de que os acordos celebrados pelas partes na fase de execução sempre alterariam a base de cálculo das contribuições sociais, prevalecendo sobre os valores previdenciários já constituídos com base na sentença judicial transitada em julgado.

Entretanto, tal análise levaria à frontal colisão do referido dispositivo legal com normas constitucionais, resultando em sua inconstitucionalidade tanto sobre o aspecto formal quanto sob o prisma material.

Conforme já ressaltado linhas acima, uma vez constituído o crédito previdenciário por meio do ato judicial que declara líquida a sentença de mérito, o mesmo torna-se definitivo, passando a integrar o patrimônio jurídico da União.

Neste ponto, não se trata mais de mera expectativa de direito, mas de efetivo direito adquirido da Previdência Social, sendo que qualquer interpretação legal que conclua pela possibilidade das partes reduzirem a base de cálculo previdenciária, estará em confronto direto com o preceito constitucional insculpido no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna.

Por outro lado, devemos ter em conta que, nos exatos termos do art. 146, III, “b”, da Constituição da República, somente lei complementar pode versar sobre regras gerais acerca de créditos tributários. Tal lei, atualmente, é o Código Tributário Nacional, que dentre vários dispositivos que versam sobre o crédito tributário, regulando exaustivamente as normas acerca da alteração, exclusão e extinção, assim dispõe:

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Nota-se que, nos termos do artigo supratranscrito, o crédito tributário somente poderá ser modificado nos termos previsto no próprio CTN, de modo que as leis ordinárias que versem sobre modificação do crédito tributário estarão eivadas de inconstitucionalidade formal.

Assim, realizada essa breve digressão, devemos analisar o art. 43, §5º, da Lei 8.212/91 conforme a Constituição, conferindo-lhe uma interpretação que não seja conflitante com os seus preceitos, o que a nosso sentir é perfeitamente possível.

Inicialmente, devemos diferenciar a hipótese prevista no art. 832, §6º, da CLT, com aquela contida no art. 43, §5º, da Lei 8.212/91, ressaltando que é possível a perfeita harmonização de ambos os dispositivos legais, notadamente tendo em vista que a Lei 11.941/09 não revogou o art. 832, §6º, da CLT.

Com efeito, a regra contida no art. 832, §6º, da CLT dispõe que o acordo celebrado após o *trânsito em julgado* da sentença não prejudicará os créditos da União. Por seu turno, o art. 43, §5º, da Lei 8.212/91 determina que, na hipótese de acordo celebrado após ter sido *proferida decisão de mérito*, a contribuição será calculada com base no valor do acordo.

Não é necessário grande esforço interpretativo para perceber que os dispositivos legais citados referem-se à acordos celebrados em momentos processuais distintos.

Em sendo celebrado acordo pelas partes após a prolação da sentença de mérito, mas antes do seu trânsito em julgado, será aplicada a regra contida no art. 43, §5º, da Lei 8.212/91, de modo a prevalecer o valor do ajuste pactuado pelas partes na apuração das contribuições previdenciárias.

Nada mais lógico e em perfeita consonância com a Carta Magna.

De fato, até que se tenha uma decisão judicial transitada em julgado, ainda não há que se falar em crédito tributário definitivamente constituído, sendo certo que a União, nesse momento, possui mera expectativa de direito quanto à manutenção da base de cálculo decorrente da sentença judicial.

Assim, caso as partes se conciliem enquanto estiver pendente de julgamento eventual recurso interposto, prevalecerá como base de cálculo previdenciária o valor do acordo por elas celebrado, aplicando-se o mandamento contido no novel art. 43, §5º, da Lei 8.212/91.

Situação absolutamente diversa é a dos acordos celebrados após o efetivo transito em julgado da sentença de mérito, hipótese em que deverá ser aplicado o disposto no art. 832, §6º, da CLT, de modo que a base de cálculo das contribuições previdenciárias não será afetada.

Desta forma, entendemos que a interpretação sistemática e de acordo com a Constituição da regra contida no art. 43, §5º, da Lei 8.212/91 é a de que, em havendo acordo celebrado pelas partes até o transito em julgado da sentença de mérito, este prevalecerá para fins de apuração das contribuições sociais.

Por outro lado, em se constatando que o acordo ocorreu após o trânsito em julgado da sentença de mérito, deverá ser aplicado a art. 832, §6º, da CLT, de modo que o mesmo não prejudicará os créditos da União.

4 COBRANÇA DOS ACRÉSCIMOS PREVISTOS NO § 6º, DO ART. 57, DA LEI 8.213/91

O art. 57 da Lei 8.213/91 prevê o instituto da aposentadoria especial, devida aos segurados que, cumpridos os demais requisitos legais, se sujeitam a condições que prejudiquem a sua saúde ou integridade física.

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Percebe-se que os segurados que preencham os demais requisitos legais poderão aposentar-se precocemente, tendo o seu tempo de contribuição reduzido.

Tal situação acabaria por acarretar um descompasso no sistema previdenciário, atuarial por natureza. Assim, a fim de corrigir tal

situação, foi instituído um adicional de 12%, 9% ou 6%, dependendo da atividade desempenhada pelo segurado, de modo a preservar a integridade do orçamento previdenciário. Eis a previsão legal da referida cobrança:

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão da aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos da contribuição, respectivamente.

Frise-se que a contribuição adicional prevista no artigo acima encontra fundamento na própria Constituição Federal, que prevê que nenhum benefício poderá ser criado sem a correspondente fonte de custeio. Tal previsão encontra-se no art. 195, §5º, da Carta Magna:

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Mesmo antes da edição da Lei 11.941/09, que incluiu o § 4º, ao art. 43, da Lei 8.212/91, não tínhamos qualquer dúvida de que a Justiça do Trabalho já possuía competência para executar o adicional em comento, e a razão é bastante simples.

Na realidade, a contribuição previdenciária a cargo da empresa, prevista no art. 195, I, “a”, da Constituição Federal, é composta de uma parcela fixa, cuja alíquota, em regra, é de 20% sobre a folha de pagamento, conforme previsão contida no art. 22, I, da Lei 8.212/91, e uma parcela variável, relativa ao Seguro Acidente de Trabalho (SAT), cuja alíquota é variável de acordo com a atividade preponderante da empresa (1%, 2% ou 3%), conforme previsto no art. 22, II, da Lei 8.212/91.

Por seu turno, o adicional por exercício de atividade que possibilite a concessão de aposentadoria especial, nada mais é do que um adicional à alíquota do SAT, conforme consta expressamente no §6º, do art. 57, da Lei 8.213/91. Neste particular é bastante esclarecedora a lição de LEANDRO PAULSEN:

Além da contribuição de 20% sobre os pagamentos aos segurados empregados e avulsos (22,5% no caso de instituições financeiras), as empresas têm a obrigação de pagar, também, um adicional para financiamento da aposentadoria especial e de benefícios decorrentes de incapacidade decorrente de riscos ambientais do trabalho que se tem denominado SAT (seguro de acidente do trabalho) ou RAT (risco ambiental do trabalho).

Tal exação não constitui propriamente uma contribuição autônoma, havendo quem diga que tampouco seria preciso considerá-la um adicional à contribuição de 20%, mas a parte variável da contribuição das empresas sobre a remuneração dos empregados e avulsos.³

Dessa forma, considerando que o adicional previsto no § 6º, do art. 57, da Lei 8.213/91, encontra-se subsumido ao arquétipo genérico contido no art. 195, I, “a”, da Constituição Federal, dúvidas não poderiam existir acerca da imperatividade da cobrança do referido adicional pela Justiça do Trabalho, mesmo antes da edição da Lei 11.941/09, que conferiu a seguinte redação ao § 4º, do art. 43, da Lei 8.212/91:

§ 4º No caso de reconhecimento judicial da prestação de serviços em condições que permitam a aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, serão devidos os acréscimos de contribuição de que trata o § 6º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Questão um pouco mais tormentosa é identificar no bojo do processo em trâmite na Justiça do Trabalho o eventual enquadramento do reclamante dentre aqueles segurados que serão contemplados pela futura concessão da aposentadoria especial, fato este que enseja a cobrança do aludido adicional, uma vez que para tanto é necessário o preenchimento de uma série de requisitos legais, nem sempre facilmente constatáveis nos autos de uma Reclamação Trabalhista.

Com efeito, a cobrança do adicional de 12%, 9% ou 6% é condicionada, pela própria lei, ao enquadramento da atividade laboral exercida pelo segurado dentre aquelas que permitem a concessão da aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição.

³ PAUSEN, Leandro. *Contribuições: Custeio da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 159.

Desta forma, somente será possível a cobrança do referido adicional caso seja constatado o enquadramento do segurado nas condições especificadas pela lei como ensejadoras da aposentadoria especial.

5 CONCLUSÃO

Temos que as modificações legislativas advindas com a promulgação da Lei 11.941/09 vieram em bom momento, uma vez que versam sobre temas que têm despertado entendimentos divergentes no âmbito da Justiça do Trabalho, ocasionando certa insegurança jurídica.

Assim, tendo o legislador se manifestado, por meio da Lei 11.941/09, sobre temas polêmicos na aplicação das normas que versam acerca da execução de contribuições sociais na Justiça do Trabalho, realizou a chamada interpretação autêntica da lei, conferindo o significado e alcance do órgão representativo da sociedade e democraticamente eleito para tanto.

Desta forma, esperamos que a edição da Lei 11.941/09 tenha o condão de pacificar os espinhosos temas acima tratados, alcançando a tão almejada segurança jurídica, o que vai depender, sobretudo, da sua efetiva aplicação pelos juízes e tribunais trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Carlos de; SILVA, Wilson Pocidonio. Fato Gerador das Contribuições Sociais. *Revista LT*; São Paulo, v. 73, n° 04, Abril, 2009.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. A exigência pela Justiça do Trabalho de Contribuição Sobre a Folha de Pagamentos. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org). *Contribuições para Seguridade Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PAUSEN, Leandro. *Contribuições: Custeio da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 159.

IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS IMÓVEIS DO INSS

PROPERTY TAX AND URBAN LAND AND THE TAX
IMMUNITY OF PROPERTIES OF THE INSS

Jorge Batista Fernandes Júnior
Procurador Federal

SUMÁRIO: 1 Da Imunidade Reíproca: Considerações Iniciais; 2 Da Imunidade Tributária das Autarquias E O Inss; 3 Da Classificação dos Imóveis do INSS; 4 Da Controvérsia sobre o Tema; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: A imunidade recíproca é um mecanismo de proteção das unidades autônomas do Estado Federal, que não pode ser restringido, sob pena de se restringir o seu valor subjacente. Os imóveis do INSS não se encontram desvinculados de suas finalidades essenciais, embora não tenham todos o mesmo desiderato. A configuração da relação tributária demonstra o desacerto da interpretação econômica que defende a exclusão da imunidade. A imunidade recíproca incrementa recursos para a Seguridade Social.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. Imunidade Recíproca. Origem. Estado Federal. Imóveis. Autarquia. INSS. Atividades. Essenciais. Decorrentes. Operacionalização. Investimento. Contribuinte.

SUMMARY: The reciprocal immunity is a protection mechanism of the autonomous units of the federal state, which can not be restricted, otherwise it would restrict its underlying value. The properties of the INSS are not unrelated to its essential, although not all have the same intention. Setting the tax relationship demonstrates the mismatch of economic interpretation that advocates the exclusion of immunity. Immunity increases mutual funds for Social Security.

KEYWORDS: Tax. Reciprocal immunity. Origin. Federal State. Real Estate. Municipality. INSS. Activities. Essential. Arising. Operationalization. Investment. Taxpayer

INTRODUÇÃO

Busca-se apresentar inicialmente a base jurídica e a delimitação da imunidade recíproca, sua aplicação no que se refere às autarquias e fundações públicas e, posteriormente, apresenta-se a classificação dos imóveis do INSS quanto a sua finalidade. Com base na doutrina e na jurisprudência serão enfrentadas as principais questões que norteiam o cotidiano forense acerca da imunidade tributária dos imóveis do INSS.

1 DA IMUNIDADE RECÍPROCA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

A imunidade recíproca¹ consiste não somente na exclusão, por norma constitucional, de determinados bens e pessoas do potencial campo de incidência tributária, sendo, antes de tudo, um eficaz e imprescindível instrumento de proteção do pacto federativo, cuja relevância é tamanha que não se imagina a concepção do Estado Federal sem a sua existência.

Vê-se, inclusive, que nos EUA a imunidade recíproca emergiu da construção jurisprudencial da Suprema Corte americana abarcada no caso *McCulloch vs Maryland* (1819) cujo fundamento mais importante foi a proteção do Estado Federal².

Portanto, a imunidade recíproca não é um fim em si mesmo, mas instrumento de preservação do pacto federativo. Por isso, o intérprete deve sempre que possível conceder interpretação extensiva aos preceitos imunitórios, caso em que estará preservando as unidades integrantes do Estado Federal.

1 Também denominada imunidade intergovernamental recíproca ou, ainda, imunidade das pessoas políticas.

2 Em nenhum dispositivo da Constituição dos Estados Unidos ou de suas emendas se contém expressamente o princípio da *reciprocal immunity of Federal and State Instrumentalities*. Ela é consequência remota e indireta da teoria dos “poderes implícitos”, inseparável do nome de Hamilton, que, desde a Convenção de Filadélfia, defendeu a necessidade de expansão da competência federal, em detrimento da ciumenta autonomia dos Estados.

Dessa política, surgiu, em 1791, a idéia da criação de um banco nacional como instrumento do Governo para regular o comércio e a moeda. O Estado de Maryland tributou uma filial desse banco, dando ensejo ao leading case de 1819, que celebrou o Acórdão da Corte Suprema redigido por Marshall, onde, pela primeira vez, se afirmou a tese da imunidade dos meios de ação do Governo Federal em frente às pretensões do fisco dos Estados, pois “*the power to tax involves the power to destroy*” e, então, ficariam à mercê de um governo todos os serviços e instrumentos de outro. (Aliomar Baleiro, In *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro:Forense. 2006. p. 235)

De se observar, entretanto, que a imunidade recíproca só alcança os impostos, haja vista a sua dicção constitucional.

2 DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS AUTARQUIAS E O INSS

O art. 150, §2º da Constituição Federal estende a imunidade tributária recíproca às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, condicionando, entretanto, que o patrimônio, a renda ou o serviço esteja vinculado a finalidade essencial do ente público ou dele seja lógica e juridicamente decorrente.

Imprescindível, de início, se delimitar o alcance do que seja finalidade essencial e finalidade decorrente da essencial.

A meu sentir, deve-se entender como finalidade essencial aquela para a qual foi criada a autarquia, e por decorrente deve-se entender aquela que viabiliza o cumprimento da finalidade essencial.

Não é outro o entendimento de Roque Antonio Carrazza³:

[...] temos por *finalidades essenciais* as que inequivocamente (porque reveladas pela própria lei) conduziram à criação da autarquia ou da fundação instituída ou mantida pelo Poder Público. Já, a nosso ver, são *decorrentes* das *essenciais* as atividades que possibilitam o pleno atingimento destas últimas (v.g., as aplicações financeiras que impedirão que as receitas obtidas pela autarquia ou pela fundação sofram os efeitos nefastos da desvalorização monetária).

Como quer Aliomar Baleeiro, a imunidade alcança “[...] tudo quanto for de caráter instrumental ou funcional da autarquia ou – acrescentamos nós – da fundação instituída e mantida pelo Poder Público.

O INSS é uma autarquia federal que foi criada para a concessão e manutenção de benefícios e serviços previdenciários (finalidade essencial). Para atingir a sua finalidade essencial é inexorável o exercício da atividade de arrecadação e de gestão financeira e patrimonial (finalidade decorrente).

O sistema previdenciário impõe uma arrecadação e uma gestão financeira para, enfim, serem concedidos e mantidos os benefícios e

³ CARRAZA; *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. Malheiros. 2005. p.757.

serviços previdenciários na medida do princípio da universalidade e demais princípios da seguridade social.

Tem-se como exemplo o que dispõe o inciso XI do art. 167 da Constituição Federal, o qual impõe que os recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, “a” e II só podem ser utilizados no pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

No mesmo sentido, a Constituição Federal, em seu art. 250 (incluído pela emenda constitucional nº 20/98) autorizou a criação de um fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social.

A Lei Complementar nº 101/00 regulamentou o dispositivo constitucional nos seguintes termos:

Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social.

§1º O Fundo será constituído de:

I – bens móveis e imóveis, valores e rendas do Instituto Nacional do Seguro Social não utilizados na operacionalização deste;

II – bens e direito que, a qualquer título, lhe sejam adjudicados ou que lhe vierem a ser vinculados por força de lei;

III – receita das contribuições sociais para a seguridade social, previstas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195 da Constituição;

IV – produto da liquidação de bens e ativos de pessoa física ou jurídica em débito com a Previdência Social;

V – resultado de aplicações financeiras;

VI – recursos provenientes do orçamento da União.

Não se pode olvidar ainda o que dispõe o art. 61 da Lei nº 8212/91:

Art. 61. As receitas provenientes da cobrança de débitos dos Estados e Municípios e da alienação, arrendamento ou locação de bens móveis ou imóveis pertencentes ao patrimônio do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, deverão constituir reserva técnica, de longo prazo, que garantirá o seguro social estabelecido no Plano de Benefícios da Previdência Social.

Parágrafo único. É vedada a utilização dos recursos de que trata este artigo, para cobrir despesas de custeio em geral, inclusive as decorrentes de criação, majoração ou extensão dos benefícios ou serviços da Previdência Social, admitindo-se sua utilização, excepcionalmente, em despesas de capital, na forma da lei de orçamento.

Todas as normas jurídicas acima mencionadas deixam evidentes que tanto os recursos provenientes das contribuições sociais quanto os valores recebidos pela alienação ou locação de móveis e imóveis do INSS estão afetados ao pagamento de benefícios previdenciários.

Na esteira desse entendimento se pronunciou o Juiz Federal e eminente professor de Direito Tributário, Érico Teixeira Vinhosa Pinto⁴:

Especificamente no que se refere às AUTARQUIAS PREVIDENCIÁRIAS (FEDERAL E ESTADUAIS), a afetação decorre, em regra, de expressa determinação legal, que impõe sejam todos os seus bens (móveis ou imóveis) vinculados às finalidades essenciais da previdência ou às delas decorrentes, pois, ao contrário do que ocorre nos demais casos, a aquisição e manutenção de patrimônio, inclusive imobiliário, foi durante muito tempo considerada a forma mais adequada de constituição de reserva técnica, inerente à própria concessão e manutenção dos benefícios, conforme as políticas de capitalização e até mesmo de tributação (dação em pagamento) adotadas pelo Poder Público.

[...]

Nada obstante, mesmo reconhecendo-se a existência de imóveis ALUGADOS, CEDIDOS, INVADIDOS ou até mesmo VAZIOS, é

⁴ INSS e Imunidade do IPTU (art. 150, VI, §2º da CRFB/88). *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, nº 15, novembro de 2005 – Financeiro, Tributário e Previdenciário, p. 121-133

fato que tais bens, inclusive as respectivas receitas, estão legalmente afetados às finalidades essenciais do INSS, na medida em que integram o FUNDO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA, não sendo a eventual ilegalidade ou má gestão suficiente para afastar a IMUNIDADE, sob pena de ocorrer a PAULATINA CORROSÃO DO PATRIMÔNIO DO FUNDO AFETADO AO FINANCIAMENTO DA PREVIDÊNCIA.

[...]

Logo, a conclusão a que se chega é que os 356 imóveis sobre os quais o Município pretende cobrar IPTU estão sendo utilizados pelo INSS (operacionais) ou, ao menos, atrelados ao pagamento dos benefícios previdenciários (locados ou destinados à alienação, conforme a determinação expressa do TCU), mediante a vinculação das receitas (atuais e futuras) ao custeio das finalidades essenciais da Previdência Social.

Porque destinados aos pagamentos de benefícios previdenciários atuais ou futuros, o patrimônio do INSS, bem como a renda obtida desse patrimônio, releva-se relacionada a sua respectiva atividade essencial.

É lapidar a lição do Min. Sepúlveda Pertence no voto proferido no RE nº 237.718/SP.

‘A norma constitucional’ – quando se refere às ‘rendas relacionadas a finalidades essenciais da entidade’ – observa Luciano Amaro (in Ives Granda (coord.), *Imunidades Tributárias*, CEU/RT, 1998, p. 143/51) – ‘atém-se à destinação das rendas da entidade, e não à natureza da renda, sendo esta destinada ao atendimento da finalidade essencial da entidade, a imunidade deve ser reconhecida.

‘Seria um dislate’ – explica – ‘supor que ‘rendas relacionadas com as finalidades essenciais’ pudesse significar, restritivamente, rendas produzidas pelo objeto social da entidade. Frequentemente, o entendimento do objeto social é motivo para despesas e não fonte de recursos. Fosse aquele o sentido, qualquer fonte de custeio da entidade que não o derivasse dos próprios usuários de seus serviços ficaria fora do alcance da imunidade.

[...]

O que assim se afirma – sem réplica consistente – da imunidade aos impostos incidentes ou calculados sobre as rendas advindas da exploração do patrimônio das instituições consideradas, igualmente é de asserir, por óbvio, dos que incidem sobre o patrimônio gerador dessas mesmas rendas.

3 DA CLASSIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS DO INSS

O sistema previdenciário brasileiro foi ao longo do tempo objeto de manipulação política que deu azo ao grave desrespeito aos critérios atuariais necessários a sua higidez. Os recursos arrecadados foram aplicados em investimentos duvidosos, malgrado fosse sabido que em um regime de capitalização o montante arrecadado deveria ser bem investido para fazer frente ao futuro pagamento dos benefícios previdenciários.

Pode-se tirar como exemplo o fato de os Institutos de Aposentadorias e Pensões aplicaram na construção de Brasília, até 1965, aproximadamente R\$ 188.959.414,40 (cento e oitenta e oito milhões, novecentos e cinquenta e nove mil e quatrocentos e quatorze reais e quarenta centavos)⁵⁻⁶. Aliás, não é segredo para ninguém que o governo buscava aplicar os recursos da previdência de acordo com as suas necessidades sócio-econômicas, visando, sobretudo, promover a industrialização e a diminuição do déficit habitacional.

O investimento em imóveis foi, por longo tempo, uma realidade para os Institutos de Aposentadorias e Pensões.

Com a criação do INSS e a unificação abrupta da Previdência Social⁷ não foi possível sequer identificar e transmitir os imóveis adequadamente à nova autarquia, com as suas respectivas documentações dominiais. O INSS passou a ter vários imóveis, cada qual com a sua forma de administração, segundo o Instituto de Aposentadorias e Pensões de origem.

5 Boletim MITC (1966). Apud Francisco Eduardo Barreto de Oliveira, Kaizô Iwakami Beltrão, Antonio Carlos de Albuquerque David. *A Dívida da União com a Previdência Social*, IPEA, 1999, p.4.

6 Valores em reais em junho de 1998

7 O INSS foi fruto da fusão do INPS com o IAPAS.

Isso explica, em parte, a ineficiência administrativa do INSS na gestão patrimonial, ineficiência esta que ensejou a edição da Lei nº 9.702/98 que, por sua vez, distinguiu os imóveis do INSS em operacionais e não operacionais, determinando, quanto aos últimos, que se procedessem as suas alienações.

Os imóveis operacionais, como o próprio nome diz, são aqueles destinados ao uso das unidades administrativas e finalísticas da Previdência Social.

O §1º do art. 1º da Lei nº 9.702/98 amplia o conceito de imóvel operacional para compreender não só os imóveis destinados ao uso das unidades administrativas e finalísticas do INSS, mas também os imóveis residenciais destinados à ocupação por seus servidores ou dirigentes, e aqueles que, por suas características e localização, sejam declarados pelo INSS como relacionados aos seus objetivos institucionais.

A parte final do referido dispositivo legal diz respeito aos imóveis considerados reserva técnica, ou seja, imóveis que, por suas características e localização, são destinados a futura expansão dos serviços previdenciários.

Os demais são imóveis não-operacionais, ou seja, a classificação se faz por exclusão. São aqueles que foram adquiridos apenas como forma de investimento.

Observe-se que, ainda que tenham sido adquiridos para atender os caprichos governamentais da época, não tendo até hoje utilidade para as atividades operacionais da autarquia, tais imóveis não perderam a natureza de investimentos imobiliários.

A regra consiste na aquisição e manutenção de imóveis que visam servir às atividades operacionais do INSS e aquisição e manutenção de imóveis que visam servir de investimento para resguardar os recursos da Previdência Social.

Todavia, no caso de imóveis operacionais caracterizados como reserva técnica a recomendação é de que sirva como investimento imobiliário enquanto não utilizado nas atividades operacionais.

Cabe transcrever a recomendação do TCU contida no item 8.25.3 da decisão plenária nº 1566/2002:

8.25.3. no caso dos imóveis utilizados como reserva técnica, quando a previsão de uso for a médio ou longo prazo, ocupação dos referidos bens, quando houver essa possibilidade, de forma a aumentar as receitas patrimoniais e impedir possíveis invasões;

Em respeito ao princípio da eficiência administrativa, os imóveis considerados como reserva técnica de médio ou longo prazo devem exercer dupla função, ambas vinculadas às atividades essenciais da autarquia.

4 DA CONTROVÉRSIA SOBRE O TEMA

O ativo patrimonial do INSS é, em parte, fruto de uma forma de investimento mal feito, o que faz com que alguns o desconsidere como investimento. Atualmente, o acervo imobiliário do INSS integra o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (inciso I do art. 68 da Lei Complementar nº 101/00).

Ainda que os imóveis sejam desnecessários às atividades operacionais, isso não importa em concluir que estejam desvinculados a atividade essencial da Previdência Social. Não se pode confundir a relação do imóvel com as atividades operacionais com a sua relação, direta ou instrumental, com a atividade final da autarquia.

Todos os imóveis do INSS estão legalmente vinculados a sua atividade meio ou mesmo a sua atividade principal – como no caso de ser usado como Agência da Previdência Social – sendo a controvérsia jurídica estabelecida fruto de uma confusão conceitual que condiciona a atividade operacional a única vinculada a finalidade essencial da autarquia.

Em relação aos imóveis tipicamente operacionais – aqueles que são usados pelas unidades administrativas e finalísticas da Previdência Social – não há controvérsia acerca da imunidade tributária de IPTU. O mesmo se podendo dizer quanto aos imóveis residenciais destinados à ocupação por seus servidores ou dirigentes utilizados pelas autoridades e agentes públicos.

TRIBUTÁRIO - IPTU - INSS - AUTARQUIA FEDERAL -
IMUNIDADE - TEMPESTIVIDADE - PROVA. 1. O prazo para

os embargos do art. 730 do CPC é de dez dias, mesmo que estejam a impugnar dívida fiscal. 2. Os imóveis-sede das autarquias são juridicamente classificados como bem público de uso especial e não estão sujeitos à cobrança do IPTU porque gozam da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, parágrafo 2º da CF. 3. A unidade do art. 150, VI da CF não distingue o imóvel por destinação, o mesmo ocorrendo quanto à Súmula 324 do STF. 4. Recursos improvidos. (AC 199801000055415, JUÍZA ELIANA CALMON, TRF1 - QUARTA TURMA, 17/08/1998)

A controvérsia jurídica tem seu campo de incidência circunscrita aos imóveis que não são utilizados na operacionalização do sistema previdenciário, como, por exemplo, os imóveis vazios, invadidos, cedidos ou de qualquer forma locados.

Isso porque, embora o conceito de imóveis vinculados às atividades operacionais (Lei nº 9.702/98, art. 1º e §1º) seja menos abrangente do que o de imóveis vinculados a sua atividade essencial ou às dela decorrentes (CRFB/88, art. 150, §2º) a verdade é que não raro são tratados como sinônimos.

Tanto isso é verdade que, não obstante a vinculação legal do ativo patrimonial não-operacional do INSS para alienação e reversão dos recursos para pagamento de benefícios previdenciários (Lei nº 9.702/98, art. 1º e Lei nº 8212/91, art. 61), discute-se arduamente no cotidiano forense a quem cabe o ônus de provar que o imóvel encontra-se vinculado às atividades institucionais da autarquia, conforme se pode ver pelas jurisprudências abaixo.

TRIBUTÁRIO.CONSTITUCIONAL.IMÓVELDEAUTARQUIA. IMUNIDADE. IPTU. 1. Imóvel do INSS não pode sofrer incidência de IPTU nos termos do art. 150, VI, “a” e § 2º, da CF, exceto se houve comprovação de que o imóvel não se encontra vinculado às finalidades institucionais do órgão. Precedentes. 2. Remessa oficial improvida. (REO 200038000220227, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 - QUARTA TURMA, 21/05/2003)

EXECUÇÃO FISCAL. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. INSS. IMUNIDADE RECÍPROCA. ÔNUS DA PROVA. TAXA DE COLETA DOMICILIAR DE LIXO. LEI MUNICIPAL 2687/98. CONSTITUCIONALIDADE. I – A imunidade do art.150, par.2º, da CF, diretamente vinculada ao pacto federativo, abrange apenas

impostos, devendo a ela ser conferida, na esteira da jurisprudência do STF, máxima eficácia jurídica. II – O requisito da vinculação às atividades essenciais não exclui imóveis alugados (súmula 724, do STF, *mutatis mutandis*), presumindo-se a vinculação dos alugueres à autarquia previdenciária (art.27, III, da Lei 8212/91) e o aproveitamento dos imóveis em prol do interesse público nela insculpido. Nesse contexto, compete à municipalidade credora comprovar a não vinculação do imóvel às atividades da autarquia, para viabilizar a tributação. III – A Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL), instituída pela Lei Municipal 2687/98, do Município do Rio de Janeiro, é constitucional, pois refere-se a serviço específico e divisível, tendo sido expurgadas de sua hipótese de incidência quaisquer referências ao serviço de limpeza pública, que maculava a antiga Taxa de Coleta de Lixo e Limpeza Pública (TCLLP). Sua base de cálculo é distinta da referente ao IPTU (art.145, par.2º, da CF). IV – Apelação parcialmente provida. Mantida a cobrança da TCDL. (AC 200451015050807, Desembargador Federal ANTONIO HENRIQUE C. DA SILVA, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, 17/04/2009)

A discussão acerca do ônus da prova da vinculação, ou não, do imóvel à atividade da autarquia somente pode dizer respeito à atividade operacional, posto que no que concerne às atividades desenvolvidas pela autarquia para atingimento de sua finalidade essencial a vinculação prescinde de prova.

De fato, os imóveis da autarquia podem ser classificados em operacionais (propriamente operacionais e operacionais por equiparação) e não-operacionais, mas em todos os casos encontram-se legalmente vinculados a finalidade precípua da autarquia previdenciária, inclusive quando locados a terceiro.

O Min. Gilmar Mendes no RE nº 472.855 foi preciso, *verbis*:

Ademais, a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, Plano de Custeio da Seguridade Social, em seu art. 27, III, dispõe:

Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social:

[...]

III – as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens.’

Portanto, é presunção legal que o produto da arrecadação com os alugueis seja utilizado para o custeio da Seguridade Social.

Assim, conheço e dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, §1º - A, do CPC).

Portanto, ainda que o imóvel esteja desocupado, vazio, não se pode deixar de considerá-lo como investimento imobiliário, cuja finalidade consiste na manutenção e multiplicação do capital da autarquia para futura utilização no pagamento de benefícios previdenciários.

Todavia, em relação aos imóveis locados ou objeto de cessão de uso onerosa ainda pesa o argumento de aplicação do §3º do art. 150 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

O fundamento axiológico consiste em que o cessionário usufrui de privilégio que enseja concorrência desleal.

Hugo de Brito Machado⁸ assim leciona:

É plenamente justificável a exclusão da imunidade quando o patrimônio, a renda e o serviço estejam ligados a atividade econômica regulada pelas normas aplicáveis às empresas privadas. A imunidade

8 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. Malheiros, 2005. p. 283

implicaria tratamento privilegiado, contrário ao princípio da liberdade de iniciativa.

Essa corrente de pensamento ganhou reforço com o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 451.152-5/RJ⁹ cujos trechos mais importantes cabe destacar:

De início, anoto que a Infraero é empresa pública, constituída nos termos da Lei 5.852/1972 para implantar, administrar, operar e explorar industrialmente aeroportos, instalações, aéreas e serviços correlatos e afins. Trata-se de atividade de inequívoca índole pública, de competência da União, nos termos do art. 21, XII, c, da Constituição Federal.

[...]

Ora, no caso em exame, é incontroverso que o imóvel de propriedade da União é empregado em atividade de fim exclusivamente privado e com intuito lucrativo. Com efeito, lê-se a fls. 03 que a recorrida presta serviço de academia de ginástica, atividade inequivocamente alheia à administração aeroportuária.

[...]

Entendo que a circunstância objetiva de o tributado pertencer à União não justifica que a imunidade tributária tenha como efeito colateral a concessão de vantagem que não se coadune com as normas garantidoras da livre iniciativa e concorrência entre os agentes de mercado.

Assim entendo, em primeiro lugar, porque a tributação do imóvel pertencente à União mas explorado economicamente por particular não implica risco algum ao equilíbrio entre os entes federados; em segundo, porque a recorrida demonstra capacidade contributiva objetiva, por dedicar-se à atividade de exploração econômica de caráter privado. O simples sucesso em processo de licitação para o uso de bem público não justifica a inferência de que tais agentes de mercado sejam diferenciados dos demais agentes proprietários ou possuidores de imóveis que não pertençam ao acervo de ente federado.

9 Não obstante o entendimento esposado, o Min. Joaquim Barbosa acabou por aplicar a Súmula nº 283 do STF, não conhecendo do recurso extraordinário.

Noto que a recorrida e os demais empreendedores deixam de concorrer em igualdade de condições por força de disposição constitucional que não contempla o exercício privado de atividades econômicas (imunidade recíproca), e não em razão de questões econômicas ou de gerenciamento próprias do mercado. O valor do IPTU deixa de ser custo e, portanto, ou aumenta o lucro do negócio ou diminui o preço do serviço.

[...]

Reconhecer a aplicabilidade da imunidade recíproca à tributação de imóvel locado a particulares para a exploração de atividade econômica de cunho privado redundaria, em última análise, em privilegiar a exploração econômica particular, e não o pacto federativo.

A tese acima contém algumas fragilidades. Com efeito, é preciso não se perder de vista, de início, que é pacífico o entendimento de que o sujeito passivo do IPTU é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor por direito real.

Como se pode verificar, esta é a posição do STJ:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPTU. ART. 34 DO CTN. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL PERTENCENTE AO ESTADO. IMUNIDADE.

1. O permissionário do imóvel público, que detém a posse mediante relação pessoal, sem *animus domini* não se confunde com o contribuinte do IPTU, qual seja, o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o possuidor por direito real (art 34 do CTN).

Assim, cabendo ao Estado, proprietário do bem, o pagamento do imposto, e tendo ele a imunidade tributária, não há a incidência do IPTU. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 721.095/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 24/09/2009)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. LOCATÁRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. ARTS. 34, 121 E 123 DO CTN. PRECEDENTES.

1. Recurso especial contra acórdão que decidiu pela legitimidade do recorrido, locatário, e condenou o recorrente à restituição dos valores pagos a título de IPTU, em face da ilegalidade da cobrança. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui vastidão de precedentes no sentido de que o locatário é parte ativa ilegítima para impugnar lançamento de IPTU, pois não se enquadra na sujeição passiva como contribuinte e nem como responsável tributário (arts. 121 e 123 do CTN). 3. “Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título” (art. 34 do CTN). O “possuidor a qualquer título” refere-se, tão-somente, para situações em que ocorre posse *ad usucapionem*, não inserida nesta seara a posse indireta exercida pelo locatário. 4. Os documentos de quitação do tributo discutido estão em nome do proprietário. 5. O contrato de locação, com cláusula determinando a responsabilidade do inquilino pela liquidação do IPTU, não pode ser oponível à certidão de pagamento de imposto. 6. Recurso provido. (RESP 200600252630, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 02/05/2006)

No caso em estudo, ainda que o imóvel tenha sido objeto de cessão de uso, o sujeito passivo da relação tributária é o INSS e, por conseguinte, quanto a este deve se ater o intérprete na análise da incidência, ou não, da regra estabelecida no do §3º do art. 150 da Constituição Federal.

O imóvel quando cedido a terceiro tem, simultaneamente, uma relação com determinada atividade desenvolvida pelo cedente e outra relação com determinada atividade desenvolvida pelo cessionário.

É exclusivamente sob o prisma do cedente, sujeito passivo da relação tributária, que se deve perquirir se o patrimônio está, ou não, relacionado com a exploração de atividade econômica regida por normas aplicáveis a empreendimentos privados.

Levando-se em conta que a posse destituída de *animus domini* não tem importância para fins de caracterização da relação tributária, não há coerência quando o intérprete admite relevância tributária na posse sem *animus domini* exclusivamente para expurgar a imunidade tributária recíproca.

Invertendo-se a situação fática tem-se a mesma conclusão. Com efeito, na hipótese de o ente público ser locatário de imóvel particular este não poderá usufruir da imunidade tributária recíproca, ainda que o imóvel esteja manifestamente vinculado a sua atividade essencial – como, e. g., utilizado como agência da Previdência Social – e o encargo de arcar com o ônus do IPTU tenha lhe sido transferido por contrato de locação, uma vez que a lei tributária não lhe atribui a condição de contribuinte, não podendo as partes contratantes fazê-lo, conforme proíbe o art. 123 do CTN¹⁰.

O exercício da posse por aquele que a detém a título de direito pessoal em nada influencia a relação tributária, tampouco a imunidade tributária recíproca.

A relação a que se refere §3º do art. 150 da Constituição Federal deve ser entendida, *in casu*, na relação que o imóvel tem para a atividade do cedente. Nesse sentido, vale lembrar que a aquisição pelo INSS de patrimônio imobiliário consistiu na forma escolhida para a manutenção e capitalização dos recursos do sistema previdenciário.

Acrescenta-se ainda que, no caso de imóvel público federal não é aplicável a Lei nº 8.241/91 por força do seu art. 1º, parágrafo único, alínea ‘a’, item 1. Aplica-se, *in casu*, o Decreto-Lei nº 9.760/46.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. BEM IMOVEL DA UNIÃO ADMINISTRADO PELA INFRAESTRUTURA. CESSÃO DE USO. INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. CONSOANTE DISPÕE A LEI (DECRETO-LEI NR. 9.760/46), A CESSÃO DE USO DE BEM IMOVEL DA UNIÃO, MEDIANTE CONTRATO ONEROSO, SEJA QUAL FOR A DENOMINAÇÃO DESSA AVENÇA, DEVE SER REGIDA PELAS NORMAS DE DIREITO PUBLICO, JA QUE TEM A NATUREZA JURIDICA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

AS NORMAS DE DIREITO PRIVADO NÃO PODEM DISCIPLINAR A CESSÃO DE USO DE BEM PUBLICO, AINDA

10 No mesmo sentido, Yoshiaki Ichihara, in “IPTU – Imunidade Tributária de Imóvel”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 38, 2001, RT, p. 50-58. Em sentido contrário, Geilton Costa da Silva, in “A Administração Pública como Locatária de Imóvel Urbano e o Pagamento do IPTU”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 40, 2001, RT, p. 171-178.

QUE ESTE ESTEJA SOB A ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA, PORQUANTO, TENDO EM VISTA O INTERESSE E AS CONVENIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO, A UNIÃO PODE, A QUALQUER TEMPO E UNILATERALMENTE, REAVER O SEU IMÓVEL, TORNANDO SEM EFEITO QUALQUER CONTRATO ENTRE O CESSIONÁRIO E O CEDENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

(REsp 55275/ES, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/1995, DJ 21/08/1995 p. 25353)

Portanto, ainda que se afirme que a atividade de cessão de uso de imóveis seja atividade econômica, tal não se encontra regida pelas normas de empreendimento privado.

O dispositivo constitucional que exclui a imunidade tributária recíproca nas hipóteses em que o patrimônio, a renda ou o serviço tenha relação com a exploração de atividade econômica (§3º do art. 150 da CF) busca evitar que as autarquias e fundações sejam criadas sem observância do Decreto-Lei nº 200/1967¹¹ no que pertine às suas finalidades exclusivamente para usufruir da imunidade tributária recíproca.

A finalidade da norma constitucional é de evitar que se fraude o §2º do art. 150 e o art. 173 da Constituição Federal na medida em que impossibilita que autarquias e fundações públicas sejam criadas para desenvolver atividade econômica com a vantagem de usufruir da imunidade tributária recíproca.

O que é relevante para se saber se o ente público goza de imunidade tributária recíproca não é a sua forma societária, mas sim

11 Decreto-Lei nº 200/1967, art. 5º - Para os fins dessa lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. II - Empresa Pública - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III - Sociedade de Economia Mista - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

a sua atividade finalística, a atividade para qual o ente foi criado. Desenvolvendo atividade típica de Estado tem-se a imunidade recíproca tributária independentemente de sua forma societária¹².

Por outro lado, o argumento de caracterização de concorrência desleal em decorrência da imunidade de IPTU diminuir o custo operacional da empresa e, por conseguinte, possibilitar a diminuição do preço do produto ou serviço ofertado ou, alternativamente, elevar a margem de lucro da empresa, não parece ser consistente.

Prima facie porque a caracterização de concorrência desleal no âmbito do direito econômico não se faz de maneira tão simples assim. Ao contrário, deve-se ponderar que a estrutura do mercado em que se insere a empresa cessionária tem grande influência nas condições concorrenciais, impedindo de se asseverar peremptoriamente que essa diminuição, por si só, fere a livre concorrência.

A boa técnica interpretativa propõe seja analisada a questão de IPTU a luz do direito tributário, assim como a cessão de uso de bem público deve ser analisada sob a ótica do direito administrativo e a concorrência desleal pelo direito econômico¹³.

Acrescenta-se ainda que para chegar a conclusão de caracterização de concorrência desleal o intérprete parte da premissa de que o ente público cedente avalia o preço de locação do imóvel, para fins de cessão de uso remunerada, se abdicando de elevá-lo em decorrência da inexistência de IPTU.

Presume-se, pois, que a Administração Pública avalie o preço de locação do imóvel público como se IPTU pagasse para se concluir que então a imunidade recíproca, no caso, beneficiaria apenas o cessionário¹⁴.

12 Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação cível originária julgada procedente. (ACO 765, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2009, DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-01 PP-00001)

13 Vide Lei n. 8.884/94, Título V.

14 Exemplificando: se o particular aluga um determinado imóvel por R\$ 1.000,00 + R\$ 200,00 referentes ao IPTU, o custo final da locação então ficaria em R\$ 1.200,00. Caso o mesmo imóvel fosse da Administração

Não me parece o mais adequado presumir-se a ineficiência administrativa. A presunção deve ser exatamente em sentido inverso face o princípio da legitimidade dos atos públicos.

Por fim, as cessões de uso não remuneradas devem ser estudadas segundo as diretrizes acima nas hipóteses em que tenham sido transferidos os encargos *propter rem* – e.g., cotas condominiais, taxa de coleta de lixo, taxa de bombeiros, etc – aos respectivos cessionários, pois também nesses casos a diminuição dos gastos releva uma arrecadação indireta.

5 CONCLUSÕES

Durante um longo período os Institutos de Aposentadorias e Pensões – entes antecessores do INSS – obtiveram superávits e aplicaram as suas sobras de caixa no ramo imobiliário para a preservação dos valores frente à inflação que assolava o país.

Com o tempo, o mercado imobiliário deixou de ser um ramo interessante de investimento e, especificamente para a Previdência Social, passou a ser um grande problema, vez que a elevada quantidade de imóveis adquiridos tornou difícil a gestão patrimonial.

Cumula-se a isso a famigerada ingerência estatal que se aproveitou – e até hoje se aproveita – do INSS para atender as suas necessidades políticas e institucionais.

Todavia, tendo ainda hoje imóveis como forma de investimento não é desejável, sob qualquer aspecto, que fiquem ociosos para obtenção da imunidade recíproca.

A obtenção de renda com a utilização do patrimônio imobiliário incrementa os recursos da Previdência Social potencializando a intervenção do Estado na ordem social conforme os ditames constitucionais.

A imunidade recíproca não pode ser dita como medida inibidora dos valores constitucionais que ela própria busca preservar.

A interpretação econômica do direito tributário não pode modificar o conceito de contribuinte.

A imunidade recíproca abarca todos os imóveis do INSS estejam eles sendo utilizados na atividade operacional ou mesmo vazios ou cedidos a terceiro, especialmente porque o produto de sua alienação, arrendamento ou cessão encontra-se legalmente vinculada a sua atividade institucional, posto que devem constituir reserva técnica, de longo prazo, para garantir a higidez da Seguridade Social.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ICHIHARA, Yoshiaki. IPTU – Imunidade Tributária de Imóvel. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 9, v. 38, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de; BELTRÃO, Kaizô Iwakami; DAVID, Antonio Carlos de Albuquerque. *A Dívida da União com a Previdência Social*. Rio de Janeiro: IPEA, 1999.
- PINTO, Érico Teixeira Vinhosa. INSS e Imunidade do IPTU (art. 150, VI, §2º da CRFB/88). *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, nº 15. Rio de Janeiro: JFRJ, 2005.
- SILVA, Geilton Costa da. A Administração Pública como Locatária de Imóvel Urbano e o Pagamento do IPTU. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 9, v. 40, 2001.

A CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E O NOVO PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

THE CHAMBER OF CONCILIATION AND DE NEW ROLE OF THE ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Leandro Ferreira Bernardo

*Procurador Federal com exercício na Procuradoria Federal em Maringá/Pr;
Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá/Pr,
Especialista em Direito Constitucional pela PUC/PR, especialista em Direito Ambiental pela
UnB e mestrando em Direito Socioeconômico pela PUC/PR.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico da Câmara de Conciliação Legislação Câmaras de Conciliação e Arbitragem; 2 Procedimentos Conciliatórios Dentro da AGU; 2.1 Natureza da Controvérsia Passível de Ser Resolvida no Âmbito da Advocacia-Geral da União; 2.2 Momento Surgimento da Controvérsia; 2.3 Legitimados a Solicitar a Submissão da Controvérsia a Conciliação; 2.4 A Função do Conciliador; 2.5 Conseqüências da Negativa de Conciliação; 3 Das Consequências Positivas da Instituição das Câmaras de Conciliação e Arbitragem (CCAF); 4 Casos Emblemáticos de Conciliação; 4.1 Controvérsia Envolvendo FUNAI, União e INCRA; 4.2 Controvérsia Envolvendo Matéria Tributária entre IBAMA, Secretaria da Receita Federal do Brasil e PGFN; 4.4 Controvérsia Envolvendo o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, o Departamento Nacional de Produção Mineral e a União; 4.5 Conciliação com Vistas a Harmonizar os Trabalhos Realizados na Defesa de Mulheres que sofrem Violência no Exterior; 5 O Futuro da Conciliação Na AGU; 5.1 Criação de Regra que Exija a Submissão Obrigatória de Controvérsias Jurídicas Envolvendo Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal à CCAF; 5.2 Extensão da CCAF às Controvérsias Envolvendo, de um Lado, a Administração Federal, e, de Outro, o Cidadão; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Na sociedade pós-moderna, em que a garantia dos direitos fundamentais tem exigido cada vez maior efetividade dos instrumentos jurídicos e maior proximidade do Direito à realidade social. Nesse contexto, valores como celeridade e informalidade ganham destaque, ao passo em que perdem espaço o formalismo injustificado e o abstracionismo do operador do direito do mundo fático. Assim, institutos até então tradicionais são abolidos, novas práticas são adotadas, as regras processuais são alteradas. Contudo, o paradigma da maioria dessas transformações está preso – porque pressupõe – ao litígio, enquanto direito controvertido em juízo. Diante dessa realidade é que a Advocacia-Geral da União, instituição relativamente nova no cenário jurídico, apresenta a inovadora proposta de realização de formas de conciliação prévias à sua jurisdicionalização, especialmente por meio da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação. Advocacia-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Redução de Litígios.

ABSTRACT: In postmodern society, where the guarantee of fundamental rights has required increasing the effectiveness of legal instruments, and proximity of law to social reality. In this context, values such as speed and informality achieve prominence, while the unjustified formalism and the division made by the law operator between de Right and de reality lose grounds. So institutes, that until then were traditional, are abolished, new practices are adopted, the procedural rules are changed. However, the paradigm of most of these transformations is stuck - because they assume – in the litigation, while right in dispute in court. Given this reality is that the “Advocaia-Geral da União”, relatively new institution in the legal scenario presents the innovative proporsal for conducting kinds of prior reconciliation to this jurisdictionalization, especially through the Chamber of Conciliation and Arbitration of the Federal Administration.

KEYWORDS: Reconciliation. Advocacia-Geral da União. Chamber of Conciliation and Arbitration of the Federal Administration. Reduce of litigation.

INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União foi idealizada pela Constituição Federal de 1988 como instituição a quem compete representar – judicial e extrajudicialmente – a União. Previu a Constituição ainda, a submissão da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão já existente, dentro da estrutura da AGU.

A Advocacia-Geral da União, contudo, somente foi efetivamente criada em 1993, com a aprovação da Lei Complementar 73, de 10 de Fevereiro de 1993.

Posteriormente, com a criação da Procuradoria-Geral Federal pela Medida Provisória 2.048-26, de 2.000 e, conseqüentemente, com a centralização dentro daquela nova instituição da representação jurídica dos órgãos integrantes da administração indireta, fora dado mais um passo no sentido de garantir aquela finalidade constitucional de criação de um órgão central de defesa da União.

A Advocacia-Geral da União tem se destacado, cada vez mais, no cenário brasileiro pela atuação importante atuação jurídica na defesa da Administração Federal e, conseqüentemente, na garantia de que as políticas públicas do Estado brasileiro cheguem ao cidadão.

Poderíamos citar várias atuações que exemplificam a relevante atuação da AGU, como, por exemplo: o qualificado trabalho estratégico de defesa de teses jurídicas no interesse da União perante o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos do Poder Judiciário; atuação consultiva junto aos mais variados órgãos e no que toca às mais diversificadas matérias, no intuito de que sejam observadas as normas pátrias vigentes; finalmente, cito a atuação proativa desenvolvida especialmente nos últimos anos pela instituição no sentido de buscar uma cada vez mais efetiva solução das controvérsias jurídicas nos milhões de processos em que a Administração Federal está envolvida, voltadas à redução de ações judiciais e, conseqüentemente, contribuir à pacificação social dentro do país.

Em relação a esta atuação proativa, algumas iniciativas merecem destaque. Em primeiro lugar, cita-se a edição de dezenas de súmulas administrativas¹, fato este que permite o reconhecimento de matérias

1 A AGU já editou, até o momento, 48 súmulas, nos termos da autorização prevista no art. 4º da LC 73/93, segundo a qual:

“Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

jurídicas, já pacificadas judicialmente, e, conseqüentemente, uma redução de recursos judiciais; necessário se faz, de outro lado, fazer referência à postura conciliatória em juízo, especialmente no que toca à matéria previdenciária – que, certamente, concentra o maior número de demandas envolvendo a União; por fim, e não menos importante, merece nota a criação das Câmaras de Conciliação e Arbitragem, dentro da estrutura da AGU, com o intuito inicial de resolver litígios envolvendo órgãos e entidades da Administração Federal.

O presente trabalho, nos capítulos que se seguem, tem por finalidade analisar o sistema conciliatório existente no âmbito da AGU, em especial as referidas Câmaras de Conciliação e Arbitragem, seu surgimento, sua importância social e alguns casos paradigmáticos solucionados dentro de seu âmbito.

1 HISTÓRICO DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO LEGISLAÇÃO CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

O art. 4º da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – LC 73/93, ao tratar da competência do Advogado-Geral da União, prevê caber àquele, dentre outras funções, a de dirigir, superintender, coordenar e orientar a atuação da AGU (inciso I); fixar a interpretação da legislação a ser uniformemente seguida pela legislação federal (inciso X); prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos integrantes da Administração Pública (inc. XI); possibilidade de avocação de situações envolvendo matéria jurídica do interesse da União (§ 2º).

Em 2001, com a edição da Medida Provisória 2.180-35/2001, passou a possuir clara previsão legal a incumbência da Advocacia-Geral da União na adoção, também, de medidas na seara administrativa para a solução de controvérsias entre entes da Administração indireta, e entre aqueles e a União (art. 11, parágrafo único).

Chama atenção, ainda, o poder dado ao Advogado-Geral da União pelo art. 8º-C da Lei 9.208/95, introduzido por meio daquela Medida Provisória acima citada, de avocar, coordenar ou integrar a atividade exercida extra e judicialmente de empresa pública ou sociedade de economia mista, quando houver interesse da União e

[...] XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais; [...]"

Para conhecer o teor das súmulas administrativas já editadas, vide sítio da Advocacia-Geral da União na internet: Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>.

houver possibilidade de se trazer conseqüências econômicas ao erário federal.

Dos diplomas legais acima citados, poder-se-ia concluir pela possibilidade de criação de sistemas de conciliação, dentro da AGU, quando houvesse interesse de entes da Administração Federal, incluídas aí as pessoas jurídicas integrantes da administração indireta – autarquias e fundações públicas federais. Poder-se-ia, concluir, também, com base no citado art. 8º-C da lei 9.028/95, que aquele poder conciliatório seria extensível às empresas públicas e sociedades de economia mista².

Contudo, em que pese a existência de normas autorizadoras, as primeiras Câmaras de Conciliação e Arbitragem foram criadas com base na Portaria 118, expedida pelo Advogado-Geral da União em 1º de Fevereiro de 2007. Previu a referida portaria a criação de câmaras de conciliação *ad hoc*, que tinham por finalidade a resolução de controvérsias envolvendo órgãos da Administração Pública Federal.

Por possuir existência apenas *ad hoc*, referidas câmaras não possuíam estrutura permanente dentro da estrutura da AGU, de modo que, a cada nova situação surgida em que fosse necessária a sua instalação, havia necessidade de designação de profissionais e até, instruções.

Em 27 de setembro de 2007 foi editado o Ato Regimental nº 5, pelo Advogado-Geral da União, com a finalidade de dispor sobre a competência, estrutura e funcionamento da Consultoria-Geral da União. O referido ato criou, dentro da estrutura da Consultoria-Geral da União, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, como órgão permanente.

Concomitantemente à criação do Ato Regimental no. 5, o Advogado-Geral da União editou, em 27 de setembro de 2007, a Portaria nº 1.281, que regulamenta o procedimento para o deslinde, na seara administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos da Administração Federal. A referida portaria revogou expressamente a Portaria 118/2007, acima referida.

2. A Medida Provisória 71, de 03 de outubro de 2002, previa a alteração do art. 8º-B da lei 9.208/95, de modo que esta passaria a criar, dentro da estrutura da Advocacia-Geral da União, a Câmara de Conciliação Administrativa, a fim de resolver conflitos entre órgãos da Administração Federal, incluindo a administração indireta. Contudo, referida Medida Provisória restou rejeitada pelo Congresso Nacional.

Aprovada em 28 de julho de 2008, a Portaria no. 1.099 ampliou substancialmente o campo de atuação conciliatória da Advocacia-Geral da União, ao regulamentar a conciliação em sede administrativa de controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal. A referida portaria, contudo, não comete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF – o referido mister conciliatório entre os entes federativos.

Diversos conflitos jurídicos já foram submetidos à apreciação ao sistema conciliatório criado no âmbito da AGU³. Por ora, analisaremos no capítulo seguinte os procedimentos criados na instituição das Câmaras de Conciliação.

2 PROCEDIMENTOS CONCILIATÓRIOS DENTRO DA AGU

Sem qualquer intenção de expor exaustivamente os aspectos do procedimento de conciliação dentro da AGU, passamos a expor seus principais conceitos e fases, especialmente aqueles realizados no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração federal – CCAF, deixando-se claro, contudo, que o sistema conciliatório dentro da AGU não se restringe à referida Câmara⁴.

2.1 NATUREZA DA CONTROVÉRSIA PASSÍVEL DE SER RESOLVIDA NO ÂMBITO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.

As normas referidas no capítulo anterior e que regulamentam a conciliação dentro da AGU limitam seu campo de atuação apenas às controvérsias de natureza jurídica entre os órgãos da Administração Pública. Dessa forma, restariam excluídas de apreciação situações que envolvessem questionamentos que não fossem estritamente jurídicos, tais como aqueles que divergem acerca de conceitos fáticos.

3 Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>> a homologação de pelo menos 17 conciliações.

4 O art. 2º da Portaria 1.281/07 prevê que a conciliação no âmbito da Advocacia-Geral da União será realizada, além da CCAF, pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico quando determinado pelo Consultor-Geral da União (inc. II), e por outros órgãos da Advocacia-Geral da União quando determinado pelo Advogado-Geral da União (inc. III).

Além disso, observe-se que não há previsão de que a conciliação a ser realizada entre a Administração Federal e aquela dos Estados e Distrito Federal, nos termos da Portaria 1.099/08 seja pela CCAF. Pelo contrário, a portaria faz menção à figura do conciliador e, excepcionalmente, a sua realização por órgão da AGU ou vinculado.

2.2 MOMENTO SURGIMENTO DA CONTROVÉRSIA

2.3 LEGITIMADOS A SOLICITAR A SUBMISSÃO DA CONTROVÉRSIA À CONCILIAÇÃO

Dispõe o art. 3º. da Portaria 1.281/07 serem legitimados para solicitar a instauração do procedimento conciliatório ali previsto os Ministros de Estado, dirigentes de entidades da Administração Federal Indireta, Procurador-Geral da União, Procurador-Geral Federal, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, bem como Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria.

A Portaria 1.099/2008, que dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, estendeu o rol de legitimados a requerer a instauração de procedimento conciliatório para o fim de incluir os Governadores ou Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal, bem como o Consultor-Geral da União.

2.4 A FUNÇÃO DO CONCILIADOR

Uma vez recebida a solicitação de que a controvérsia jurídica seja submetida ao sistema de conciliação dentro da AGU, nas hipóteses de cabimento já apontadas acima, será designado conciliador, que terá, dentre outras, as funções de instruir o procedimento, solicitar documentos e a participação de representantes dos entes e órgãos, verificar a viabilidade da conciliação, sugerir que as atividades conciliatórias sejam realizadas por outro órgão da AGU, bem como lavrar o termo de acordo – a ser submetido ao Advogado-Geral da União.

2.5 CONSEQUÊNCIAS DA NEGATIVA DE CONCILIAÇÃO

Caso não seja conquistada a conciliação no âmbito da CCAF ou nos demais meios conciliatórios previstos na Portaria 1.281/07, a matéria, quando cabível, poderá ser levada à elaboração de parecer pela Consultoria-Geral da União, que o submeterá ao Advogado-Geral da União, que, em concordando, remeterá ao Presidente da República, para aprovação. Diante desta aprovação, o parecer é vinculante para

os órgãos e entidades envolvidos, nos termos do art. 40 da LC 73/93. Temos, aí, a instituição de uma verdadeira arbitragem⁵.

Não se dá o mesmo procedimento acima quando estivermos diante de conciliação envolvendo entidade ou órgão da Administração Federal, de um lado, e Estados e Distrito Federal, do outro, nos termos do disposto na Portaria 1.099/2008.

Em tal situação, a não concretização da conciliação não poderá trazer qualquer prejuízo negativo aos envolvidos, como os previstos na Portaria 1.281/07, sobretudo aos Estados e Distrito Federal, em razão da inexistência de submissão à autoridade do entendimento prevalecente dentro da AGU, ainda que aprovado, na forma de parecer, pelo Presidente da República, nos termos do citado art. 40 da LC 73/93.

3 DAS CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS DA INSTITUIÇÃO DAS CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM (CCAF)

Adiantamos no capítulo anterior três conseqüências positivas geradas pelo sistema de conciliação existente dentro da AGU, especialmente no que diz respeito às Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF. Passemos a enumerar e melhor tratar cada uma delas.

a) rápida resolução do conflito

O primeiro e mais óbvio efeito benéfico trazido pela conciliação, em geral, consiste na consecução da extinção do litígio existente de forma mais célere, em benefício de todos os envolvidos.

Como a conciliação pressupõe o acordo de vontade de todos os interessados, passa-se a existir, a partir do momento em que terminado o trâmite do procedimento conciliatório – com a homologação pelo Advogado-Geral da União – a geração dos efeitos acordados.

Na maioria das vezes, a resolução célere do conflito não envolve somente interesse dos órgãos e entidades da Administração Pública⁶,

5 Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, em sua obra “Manual do processo de conhecimento”, ao tratar da Lei 9.307/96 – a arbitragem consiste em que a “atividade de julgar um conflito, em alguns casos, seja substituída pela atividade de um árbitro privado” (p. 34)

6 Neste ponto, relevante observar a elevação constatada pela teoria do estado à atividade desenvolvida no âmbito da administração pública, especialmente diante do agigantamento da sua estrutura no Estado

mesmo porque estes não são criados e existem como um fim em si, mas, pelo contrário, estão intimamente conectados com a realização das políticas públicas e, portanto, com efeitos a serem sentidos pela sociedade.

Assim, uma vez resolvido o conflito, há um indiscutível ganho de toda a sociedade brasileira.

b) a redução dos gastos suportados pelos envolvidos gerados pela duração do processo

Outra função de elevada importância do sistema conciliatório diz respeito à considerável redução de custos para todos os órgãos e entidades envolvidos com a extinção da controvérsia fora do sistema judiciário.

A primeira economia que se faz é a decorrente da necessidade de disponibilização de profissionais durante todo o período em que durar o processo. Cite-se, por exemplo, o trabalho realizado por procuradores, advogados, peritos técnicos – na função de assistentes periciais.

Somem-se a isto os gastos suportados ao final do processo judicial, em decorrência de eventual sucumbência. Incluem-se, aí, o pagamento de honorários advocatícios à parte contrária, e demais ônus sucumbenciais previstos na legislação processual.

c) redução do número de processos a serem julgados pelo judiciário

Trata-se de mais uma grande contribuição dada pelo sistema conciliatório criado no âmbito da Advocacia-Geral da União para toda a sociedade.

contemporâneo e diante do surgimento de órgãos dotados de grande autonomia e detentores de poder normativo (p. ex., as Agências Reguladoras) dentro daquela divisão das funções essenciais do Estado, de modo a tornar a clássica tripartição dos poderes – entre judiciário, legislativo e executivo – não totalmente adequadas à realidade do Estado pós-moderno. De acordo com M. J. C. Ville, no primeiro capítulo de sua obra *Constitutionalism and separation of powers* (p. 1 a 22), aquela teoria clássica de separação dos poderes se justificava em um período histórico anterior à medida em que a função do poder governamental (administrativo) estava sujeito a maiores controles (*checks and balances*) e que seria necessária atualmente a reformulação daquelas idéias para uma aproximação teórica mais coerente à natureza da moderna administração constitucional.

Atualmente é crescente a preocupação com a necessidade de se aplicar maior celeridade ao trâmite dos milhões de processos que tramitam no judiciário. Com este intuito têm sido realizadas nas últimas décadas várias reformas na legislação processual. Apenas a título exemplificativo, podemos citar a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei 9.099/95 e dos Juizados Especiais Federais pela Lei 10.259/01, cujos valores reitores são o da informalidade, celeridade e economia processual.

Não se pode deixar de fazer referência à recente reforma constitucional implementada pela Emenda Constitucional no. 45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como reforma do Judiciário. Dentre as várias alterações referentes à estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, destaca-se a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B da CF) da figura da súmula vinculante (art. 103-A da CF). O CNJ nasce com a nítida atribuição, dentre outras, de fiscalizar os órgãos do poder judiciário, inclusive no que diz respeito à qualidade da prestação jurisdicional⁷.

Por seu turno, a súmula vinculante, que, uma vez aprovadas, nos termos do art. 103-A da CF, têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁸.

Visa-se, sobretudo, com a edição da súmula vinculante, a redução de processos judiciais repetitivos no que diz respeito à controvérsia

7 Notícia extraída da página virtual do CNJ exemplifica a importância de sua existência no gerenciamento da prestação jurisdicional:

Metas de Nivelamento - Meta 2

No 2º Encontro Nacional do Judiciário, realizado no dia 16 de fevereiro, em Belo Horizonte (MG), os tribunais brasileiros traçaram 10 metas que o Judiciário deve atingir no ano de 2009 para proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado e ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça.

Atualmente, o Judiciário está empenhado em alcançar a Meta 2: "Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31.12.2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)". O objetivo é assegurar o direito constitucional à "razoável duração do processo judicial", o fortalecimento da democracia, além de eliminar os estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento.

Neste sentido, os tribunais e associações sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça, criaram a campanha "Meta 2: bater recordes e garantir direitos". Trata-se de um desafio que o Judiciário deve superar e um serviço que a sociedade merece receber.

[...] (grifo nosso)

8 Vide nota de nº 1, *retro*.

jurídica e, conseqüentemente, uma maior racionalidade da atividade jurisdicional.

A Advocacia-Geral da União passa a desempenhar papel de verdadeiro protagonismo com a realização de atos conciliatórios entre os entes da Administração Pública.

Não se pode olvidar, de outra banda, que o trâmite de processos na esfera judicial gera custos e que, a teor do art. 109 da CF, nas causas em que houver interesse dos órgãos e entidades da União os processos tramitarão perante a Justiça Federal. Some-se a este fato que as entidades da administração pública federal estão isentas do pagamento de custas judiciais⁹ perante a Justiça Federal.

A economia de recursos pelo judiciário repercute na possibilidade de sua aplicação em favor da população em geral.

4 CASOS EMBLEMÁTICOS DE CONCILIAÇÃO

Já demonstrada a relevância do instrumento conciliatório dentro da Advocacia-Geral da União, instituição esta que tem, dentro de suas mais nobres finalidades, a de harmonizar a interpretação da legislação a ser observada pela Administração Federal, passamos a analisar alguns casos que já foram submetidos à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF – e tiveram exitosos resultados.

4.1 CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO FUNAI, UNIÃO E INCRA¹⁰

Tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que este buscava a demarcação da Terra Indígena Guajajara Vila Real. Por outro lado, na localidade existia projeto de assentamento de populações, promovido pelo INCRA, em decorrência de política pública de reforma agrária, que se sobrepunha parcialmente a determinadas porções objeto da demarcação de terra indígena.

Resumidamente, diante do conflito de antagônicos interesses em litígio, os entes públicos federais acordaram a suspensão do processo de demarcação das referidas terras indígenas, condicionada à tomada de providências de caráter prioritárias em favor da população indígena afetada, tais como imediata disponibilização de serviços públicos

⁹ Vide art. 4º da Lei 9.289/96.

¹⁰ Termo de Conciliação CCAF-CGU-AGU 004/2009.

essenciais, realização de obras públicas, aprovação de projetos de reestruturação da FUNAI para melhor atendimento da comunidade indígena.

Previu, ademais, o prosseguimento futuro da demarcação, com a participação conjunta do INCRA, no sentido de garantir a convivência harmônica dos interesses dos cidadãos envolvidos.

A conciliação realizada pela CCAF prestou um enorme serviço à sociedade brasileira, especialmente ao garantir, pelo menos por um período razoável, a convivência pacífica entre as comunidades indígenas e aquelas beneficiárias de políticas de reforma agrária.

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 eleva como valor constitucional a proteção dos índios - reservando-lhes todo o capítulo VI do Título VIII - e, diferente de todas as constituições que a precederam, garante-lhe o direito à não-assimilação à civilização brasileira¹¹ e manter a sua organização social tradicionalmente existente. Para tanto, como meio para instrumentalizar tal política, a demarcação de terras tem papel imprescindível.

De outra perspectiva, a política agrícola da Reforma Agrária alça destaque constitucional¹², como forma de redução das desigualdades social e promotora do valor do trabalho humano.

Entendemos que a conciliação realizada no caso sob comento alcançou um grau de composição dos interesses envolvidos e pacificação social praticamente impossível de se atingir na seara judicial. Certamente o referido processo teria ainda uma longa duração (mesmo observando que já tramitava desde o ano de 2003 sem muitos progressos) e potencialmente aquele litígio poderia gerar uma indesejada contraposição entre as populações envolvidas e, até mesmo, o risco de enfrentamentos, não necessariamente raros em situações parecidas ocorridas no passado.

11 De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, p. 107: “A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio”.

12 Arts. 184 e seguintes da CF.

Por outro lado, a conciliação, nos termos em que realizado, não subtrai direitos da sociedade indígena envolvida, mas, pelo contrário, prevê a imediata garantia de suas necessidades mais fundamentais para a sobrevivência atual, e prevê, para o futuro, a possibilidade de se realizar estudos demarcatórios com a prévia consulta à população Guajajara¹³.

4.2 CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO MATÉRIA TRIBUTÁRIA ENTRE IBAMA, SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E PGFN¹⁴

Tratava-se a controvérsia sobre a existência de responsabilidade do IBAMA pelo recolhimento de contribuições destinadas à seguridade social em caso concreto.

O procedimento conciliatório levado a efeito pela CCAF solucionou a questão, na medida em que foram reconhecidos pelos interessados direitos e obrigações recíprocas.

O referido caso exemplifica um amplo campo de atuação para resolver conflitos em matéria tributária envolvendo órgãos da Administração Pública. É ilógico reconhecer a legitimidade de uma prática até recentemente muito comum em que a Administração Federal, no exercício de sua atribuição arrecadadora de tributos, litigava com entes inseridos dentro da mesma estrutura federal daquela. A ausência de lógica prática no caso consiste, no nosso entendimento, no fato de que aquele valor arrecadado integraria, juntamente com outras fontes de recursos públicos, o orçamento da União, a ser destinado pela lei orçamentária¹⁵ à manutenção da máquina pública, inclusive aquele órgão contra quem existisse litígio.

4.3 CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO O INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, O DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL E A UNIÃO¹⁶

Tramitava em juízo ação promovida pelo Ministério Público Federal contra o ICMBio e o DNMP, em que aquele buscava a revogação de Termos de Ajustamentos de Condutas (TAC's) firmados pelo ICMBio com particulares na área. A matéria de fundo, fundamento

13 Vide Convenção 169 da OIT.

14 Termo de Conciliação CCAF-CGU-AGU 003/2009

15 Art. 165 e seguintes da CF.

16 Termo de Conciliação CCAF-CGU-AGU no. 012/2009

do ajuizamento daquela ação, envolvia a controvérsia a respeito da exploração de recursos minerais no Parque Nacional da Serra da Canastra pelo DNPM.

A controvérsia instaurada na CCAF decorreu do interesse da União ingressar naquele feito no pólo ativo, matéria esta solucionada em sessão conciliatória no sentido da possibilidade de atuação daquela no pólo ativo da Ação Civil Pública.

Verificou-se existir no Parque Nacional da Serra da Canastra atividade extrativa de minérios desenvolvida por empresa, empregadora de grande número de trabalhadores. De outro lado, havia interesse do órgão ambiental fiscalizatório, diante de possíveis riscos causados ao meio ambiente por referida atividade. Estar-se-ia, assim, diante de potenciais choques entre princípios constitucionais, como aquele da valorização do trabalho (art. 1º, IV, 5º, da dignidade da pessoa (art. 1º, III) e livre iniciativa (art. 5º, XIII) , de um lado, e de outro, a defesa do meio ambiente (arts. 170, VI, e 225)¹⁷.

Restou vencedor o entendimento de que a União poderia atuar no pólo ativo daquela ação, no sentido de colaborar no descobrimento dos valores que deveria, enfim, sobreviver naquela ação.

4.4 CONCILIAÇÃO COM VISTAS A HARMONIZAR OS TRABALHOS REALIZADOS NA DEFESA DE MULHERES QUE SOFREM VIOLÊNCIA NO EXTERIOR¹⁸

Nas décadas que se sucederam ao período pós segunda guerra mundial e com o surgimento ONU e, conseqüentemente, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, temos acompanhado a solidificação dos direitos mais essenciais ao ser humano, especialmente no que diz respeito à proteção às minorias menos favorecidas, seja no cenário do Direito Internacional¹⁹, seja no que diz

17 VULCANIS, Andréa. Presença humana em unidades de conservação. In: SILVA, Leticia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. Socioambientalismo: uma realidade. Juruá. 2007, p. 61: "Objetivos de conservação da biodiversidade devem compatibilizar-se e respeitar a presença de populações humanas em unidades de conservação, considerando outros direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico".

18. Termo de Conciliação CCAF-CGU-AGU no. 013/2009

19 Segundo Bobbio, op. cit, p. 26, "... o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948"

respeito à legislação pátria²⁰. Não escaparam à referida preocupação as situações das mulheres²¹ e crianças²² submetidas a condições de vulnerabilidade.

A controvérsia suscitada envolvia a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, o Ministério das Relações Exteriores e o Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União e decorria da necessidade do estabelecimento de procedimentos racionais entre os órgãos envolvidos a fim de se facilitar uma melhor proteção às mulheres submetidas a violência.

A situação submetida à apreciação da CCAF decorre de sobreposição de competências concorrentes de órgãos distintos – perfeitamente normais dentro da estrutura da administração pública, responsável pela efetivação das principais políticas públicas – e que, no caso, gerou um resultado extremamente positivo, eis que restou acordado uma fórmula sistemática de troca permanente de informações entre os órgãos e entidades envolvidos, fato este que, certamente contribuirá para garantir maior eficácia na proteção estatal à população feminina sujeita a violência.

Ao expor os quatro casos acima apresentados objetivamos, tão-somente, exemplificar a relevância do trabalho realizado pela CCAF, não somente para a resolução de conflito entre os órgãos e entidades públicas envolvidas, mas, também, para a garantia, de forma mais célere, dos direitos postos em litígio, em benefício, em última instância, de toda sociedade.

5 O FUTURO DA CONCILIAÇÃO NA AGU

A rápida evolução do sistema conciliatório dentro da Advocacia-Geral da União nos leva a depositar muita confiança nas futuras fórmulas de resolução dos conflitos envolvendo a administração pública federal.

²⁰ Vide SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Ver. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2006.

A Medida Provisória 103, de 1º de Janeiro de 2003, prevê a existência, dentro da estrutura da Presidência da República, a Secretaria Especial.

²¹ A Medida Provisória 103, de 1º de Janeiro de 2003, criou a.

²² Em 1980 foi assinada em Haia a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 3.413/2000, em 14 de abril de 2000.

Em que pese o pouco período da criação da CCAF e dos demais meios conciliatórios no âmbito da AGU, ficou evidenciado no decorrer do trabalho que tal iniciativa já atingiu êxito, principalmente ao gerar uma resolução célere dos conflitos, redução de custos aos envolvidos – inclusive o judiciário – e, conseqüentemente, uma maior garantia de que as políticas públicas sejam, de fato, realizadas.

Contudo, vislumbramos, para o futuro, dois importantes novos caminhos a serem implementados e que, certamente, darão ainda maior relevância para a Advocacia-Geral da União. Passamos a tratar de cada um deles.

5.1 CRIAÇÃO DE REGRA QUE EXIJA A SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA DE CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS ENVOLVENDO ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL À CCAF

As normas que regulamentam atualmente a atividade da CCAF prevêem a necessidade de provocação pelas autoridades máximas²³ para que seja buscada a resolução da controvérsia jurídica. Entretanto, não há qualquer norma que obrigue a submissão daquelas controvérsias à tentativa de conciliação pela AGU, antes do ajuizamento de ação judicial. Portanto, atualmente é plenamente livre aos órgãos e entidades públicas da Administração Federal ingressar e litigar em juízo entre si.

Entendemos que seria extremamente relevante e frutífera a compulsória tentativa de conciliação entre os integrantes da Administração Federal perante a CCAF, de modo a prevenir litígios judiciais e todos os prejuízos daí advindos.

Creemos que seria suficiente a instituição de regulamentação infralegal, por meio de decreto, não existindo razões que exijam a promulgação de lei ordinária. Observe-se que dispõe o art. 84, VI, “a”, da CF, competir ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização da administração federal, salvo quando isto representar aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos.

Quando se constata que a Lei Complementar 73/93 confere ao Advogado-Geral da União amplos poderes na fixação da interpretação da legislação a ser uniformemente seguida pelos entes da Administração Federal (art. 4º, X), constata-se a existência de maiores razões de que a ela sejam submetidas as situações ora sugeridas.

²³ . Vide capítulo II, item “b”

Observe-se que alguns passos têm sido dados no sentido proposto acima. A Portaria Interministerial 127/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Ministério da Fazenda e Ministério do Controle e da Transparência²⁴, prevêem, no seu art. 30, XIX²⁵, ser cláusula obrigatória na formalização de instrumento de convênio que especifica a previsão de obrigatoriedade de prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia-Geral da União, em sendo os interessados integrantes da administração federal, direta ou indireta.

5.2 EXTENSÃO DA CCAF ÀS CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO, DE UM LADO, A ADMINISTRAÇÃO FEDERAL, E, DE OUTRO, O CIDADÃO

Como já referido nos capítulos precedentes, a colossal quantidade de processos envolvendo o poder público federal oportunizou a criação de diversas sistemáticas com o intuito de se reduzir demandas.

Podemos citar a Lei 10.259/01 – que cria os Juizados Especiais Federais – como um diploma que alterou o paradigma até então vigente, eis que garantiu maiores poderes de atuação aos advogados públicos federais nos processos de sua competência, garantindo-lhes autorização para conciliação, transigência e desistência²⁶.

Dessa forma, mais uma vez a Advocacia-Geral da União e os advogados públicos federais têm a oportunidade de assumirem posição de destaque no cenário nacional, ao passo que se buscava a garantia mais efetiva ao cidadão dos direitos pleiteados diante da administração federal.

²⁴ Referida portaria regulamenta o Decreto 6.170/07, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

²⁵ Art. 30. São cláusulas necessárias nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabelecem:

[...]

XIX- a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução dos convênios, contratos ou instrumentos congêneres, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia-Geral da União, em caso de os partícipes ou contratantes serem da esfera federal, administração direta ou indireta, nos termos do art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

²⁶ Contudo, antes mesmo do surgimento da Lei 10.259/01 já existia previsão legal para a realização de atos conciliatórios aos integrantes da AGU. É o que já previa, p. ex., embora de forma dependente de regulamentação infralegal, a Lei 9469/97

Atualmente, as alterações introduzidas pela Lei 11.941 à Lei 9.469/97²⁷, incrementam maiores poderes à Advocacia-Geral da União na realização de acordos de valores até R\$ 500.000,00, ao contrário da redação anterior que, além de reduzir aquele patamar a valores inferiores a R\$ 50.000,00, restringia aquele poder para causas envolvendo a administração direta, excluindo, assim, as autarquias e fundações públicas.

Todas essas iniciativas são merecedoras dos mais elevados elogios, uma vez que apresentam à sociedade uma advocacia pública federal em quem se deposita a credibilidade na correta interpretação da legislação pátria e na identificação da correta adequação dos casos concretos levados a juízo àquela legislação.

Contudo, ressalvada a importância - já muitas vezes aqui lembradas - da evolução dos poderes conciliatórios deferidos ao advogado público federal na defesa da administração federal, constata-se que ainda há campo para expansão.

Assim como acontece com a sistema de conciliação existente no âmbito da AGU para solucionar controvérsias, em fase anterior à instauração do litígio na seara judicial, envolvendo entes da Administração Federal - Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal e demais meios previstos na Portaria AGU 1.281/2007 -, bem como aqueles e a Administração Pública dos Estados e Distrito Federal - nos termos da Portaria AGU 1.099/2008 - entendemos ser totalmente cabível a extensão do referido sistema a situações em que haja, de um lado, órgão ou entidade da Administração Federal, e, do outro, o cidadão que entenda que seu direito restou violado.

É de conhecimento geral que o sistema normativo pátrio é extremamente complexo, com a edição de normas por diversos entes das mais variadas hierarquias e que a interpretação da norma dada pela administração pública muitas vezes diverge daquela imaginada como correta pelo cidadão. Não raro aqueles entendimentos se chocam, ainda, com a jurisprudência dos tribunais existentes dentro do nosso território.

²⁷ Regulamentam a matéria a Portaria AGU 990/09 e Portaria PGF 915/2009, as quais subdelegam as competências previstas na lei.

Neste contexto, e diante do poder deferido à Advocacia-Geral da União de uniformizar a interpretação das normas a serem seguidas pela administração federal, fica evidente o papel reservado à AGU e aos advogados públicos federais no sentido de prevenir litígios judiciais.

Imagine-se a instauração de câmaras de conciliação, em moldes próximos à daquela já existente para solucionar controvérsias jurídicas envolvendo, p. ex., o Instituto Nacional da Seguridade Social, autarquia federal contra a qual são ajuizadas anualmente milhões de ações judiciais.

A resposta é quase intuitiva. Certamente, um número razoável de litígios poderia ser solucionados sem que fosse movimentada a já abarrotada e dispendiosa máquina do judiciário. De outro lado, a AGU atuaria diretamente como verdadeira promotora na agilização da garantia das políticas públicas previstas no ordenamento em favor da população.

Da mesma forma como a proposta apresentada no item “a” do presente capítulo, entendemos que não haveria necessidade de criação ou alteração das leis federais, sendo que a regulamentação de referidas “câmaras” poderia se dar por intermédio de decreto, nos termos do art. 84, a, da CF, ou, até mesmo, de ato interministerial.

Uma vez verificada a possibilidade de conciliação pelo advogado público federal conciliador, seria agendada a realização de audiência, momento em que se faria imprescindível a participação de representantes locais do órgão ou entidade da administração pública federal, bem como a apresentação de todos os documentos interessantes ao deslinde da causa em seu poder.

De outro lado, de forma distinta à que ocorre na CCAF – em que a mediação não concretizada é levada a parecer da Consultoria-Geral da União, a qual, por sua vez levará ao conhecimento do Advogado-Geral da União, para fins de submissão de aprovação do Presidente da República – entende-se necessária, para as sugeridas câmaras, que haja subdelegação de decisão ao advogado público federal, especialmente quando estivermos diante de controvérsias de natureza previdenciária – em que o volume de casos sob análise pode tornar o sistema inviável – e de situações em que já há súmulas administrativas ou outros atos dentro da AGU reconhecendo a correta interpretação jurídica a ser observada.

Solução diversa poderia gerar perplexidade, uma vez que o advogado público federal pode, em juízo, realizar acordos, transações e

até mesmo desistir (art. 10 da Lei 10.259/01) da ação, sem necessidade de concordância de superior hierárquico ou dirigente da entidade ou órgão da administração federal.

Por fim, verifica-se que a participação dos dirigentes dos órgãos e entidades dentro daquele propugnado procedimento conciliatório teria capital relevância, eis que permitiria à administração conhecer os entendimentos defendidos sobre as questões jurídicas pela Advocacia-Geral da União e uma melhor adequação para o futuro. Possui, portanto, nítido caráter pedagógico à administração pública federal.

Não parecem as propostas ora sugeridas resultado de devaneio ou de inatingível alcance. Pelo contrário, os fatos e os passos dados pela Advocacia-Geral da União nos últimos anos levam a crer que os objetivos da instituição podem coincidir com aquelas propostas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ascensão dos advogados brasileiros no século XIX representou a revolução do paradigma social, até então vigente, fundado no monarquismo e no patrimonialismo, valores estes que tiveram como ponto crítico a proclamação da República, em 15 de novembro de 1989²⁸.

A classe jurídica é chamada nos dias atuais para exercer novamente um papel de vanguarda, no sentido de que aos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico sejam cada vez mais efetivamente implementados.

Abalados nas últimas décadas, em grande medida, os postulados do positivismo jurídico, baseados na a extirpação de qualquer valoração e na limitação de sua atuação à estrita letra da lei, a atividade do operador do direito, especialmente o advogado, passa a ser o elo de ligação entre a “vontade da lei” e a realidade dos fatos²⁹.

28 Gilberto Freire, *Sobrados e Mucambos: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano*.

29 Norberto Bobbio, em “A era dos direitos”, aponta um interessante aspecto, remoto, justificador daquela mudança de paradigma:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade. (...) (p. 4).

Não se pode desprezar, de outra banda, o impacto negativo gerado ao país e ao cidadão em decorrência de um mau funcionamento do poder judiciário e da insegurança jurídica trazida em decorrência da ausência de previsibilidade das decisões judiciais criadas pelo nosso sistema. Com a mesma preocupação já escrevemos alhures³⁰ que:

Não se pode descurar do fato de que sociedade atual é fundada, sobremaneira, no fator econômico e que a insegurança jurídica traz efeitos perniciosos à sua manutenção. Não se pode chegar ao radicalismo, como faz Ronald Coase, de sobrepor o valor econômico aos demais valores sociais, mas não se pode deixar de tecer tais preocupações para aquelas conseqüências acima referidas.

É inegável a grande atenção dada e a constante evolução dos instrumentos e órgãos postos à disposição da população a fim de garantir a aplicação dos seus direitos³¹. Basta analisar a grande quantidade de reformas da nossa legislação processual, com vistas a impor maior celeridade aos processos em trâmite perante o judiciário.

Contudo, grande parte das medidas que têm sido buscadas para reduzir os entraves existentes entre a existência do direito e a sua real garantia está presa ao paradigma do litígio judicial, ou seja, à pressuposição da existência necessária da judicialização dos litígios, fato que, entendemos, impede que se busque soluções alternativas para aquele grave problema.

Neste cenário é que aparece a iniciativa da Advocacia-Geral da União no intuito de resolver conflitos envolvendo a administração federal independentemente da instauração de processo judicial. Como pensamos ter demonstrado no transcorrer do presente trabalho, esta iniciativa vem trazendo diversos benefícios à sociedade e, por outro lado, certamente muito evoluirá e muito contribuirá, em última análise, para a garantia dos direitos do cidadão.

30 BERNARDO, Leandro Ferreira. Ativismo judicial e Estado democrático de direito. *Revista Jurídica*, v. 11, p. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica/>>

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev., atual. Sao Paulo: Malheiros, 2005.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <www.agu.gov.br>.

Acesso em: 28 set. 2009.

BERNARDO, Leandro Ferreira, Ativismo judicial e Estado democrático de direito. *Revista Jurídica*, v. 11, p. 1, 2009. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/revistajuridica/>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

Acesso em: 29 set. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. atual. Sao Paulo: Malheiros, 2005.

FREIRE, Gilberto, *Sobrados e Mucambos: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano*.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1. ed. (ano 1998), 5ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org>>

VULCANIS, Andréa. Presença humana em unidades de conservação. In: SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. *Socioambientalismo: uma realidade*. Juruá. 2007.

AS LOCADORAS DE VEÍCULOS E A LEI PAULISTA 13.296/2008 - MODIFICAÇÕES NA INCIDÊNCIA DO IPVA

**CAR RENTAL COMPANIES AND SÃO PAULO STATE
LAW 13.296/2008 – THE NEW CAR TAX SYSTEM**

Marcelo Carita Correra

Procurador Federal

exerceu a advocacia privada em São Paulo/SP

Bacharel em Direito pela PUC-SP

Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da regra matriz de incidência tributária; 2 Da hipótese de incidência do IPVA - noções gerais; 3 Da exigência do IPVA pelo Estado de São Paulo; 4 Da obrigação tributária; 5 Da responsabilidade tributária - noções gerais; 6 Da responsabilidade tributária dos diretores, gerentes, ou representantes de pessoas jurídicas; 7 Da responsabilidade pelo recolhimento do IPVA/SP; 8 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre as modificações perpetradas pela Lei Paulista 13.296/2008 na incidência do IPVA e os efeitos para as locadoras de veículos. O artigo 4º da referida lei estabeleceu que o domicílio tributário da empresa locadora de veículos é o estabelecimento onde o veículo estiver disponível para entrega ao locatário, ou o local do domicílio do locatário. É possível afirmar que o conceito de domicílio tributário veiculado pela Lei Paulista 13.296/2008 está em confronto com o conceito de domicílio tributário contido na Constituição Federal e, dessa forma, não pode prevalecer. O artigo 6º da Lei Paulista 13.296/2008 estabeleceu, ainda, a responsabilidade tributária solidária e sem benefício de ordem. A nova sistemática de responsabilidade tributária adotada pela Lei Paulista não observa os requisitos do Código Tributário Nacional para responsabilização tributária dos diretores, gerentes e representantes da pessoa jurídica. Portanto, não pode subsistir.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. IPVA. Locadora de Veículos. Domicílio Tributário. Responsabilidade Tributária.

ABSTRACT: This article intends to analyze São Paulo State Law 13.296/2008, which changes the car tax system. In this context, the effects of São Paulo State Law 13.296/2008 on taxpayers, especially on car rental companies, will be carried out. São Paulo State Law 13.296/2008 creates a new definition of taxation domicile, which is the location that car rental companies keep the vehicle on public exhibition, or the domicile of the renter. However, it is possible to understand that Brazilian Constitution has another definition of taxation domicile, which can not be changed by São Paulo State Law 13.296/2008. Brazilian Constitution defines the taxpayer as the owner of the vehicle. So, the car rental companies are the taxpayers. However, São Paulo State Law 13.296/2008 changes the definition of taxpayer of tax car (IPVA). The new state law determinates that car rental companies and its business administrators are mutual responsible for tax car (IPVA). The new definition of taxpayer by São Paulo State Law 13.296/2008 is, so, unconstitutional.

KEYWORDS: Tax Law. Car Tax. Car Rental Company. Taxation Domicile. Taxpayer.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar duas relevantes modificações perpetradas pela Lei Paulista 13.296/08 na incidência do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).

A referida norma determinou que as locadoras de veículos devem recolher, ao Estado de São Paulo, o IPVA incidente sobre todos os veículos em operação no Estado (alugados ou disponibilizados para locação).

A Lei 13.296/08 alterou, ainda, o regime de responsabilidade tributária, determinando a responsabilidade solidária e sem benefício de ordem dos administradores e sócios da empresa locadora.

Será analisada a constitucionalidade das referidas modificações.

1 DA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

O presente estudo tem como premissa maior o modelo teórico da regra matriz de incidência tributária. É proveitosa a breve análise dos principais elementos da referida teoria, para permitir o pleno entendimento das expressões utilizadas.

A regra matriz de incidência tributária é estrutura abstrata, cuja finalidade é permitir uma análise da norma que institui os tributos (norma tributária em sentido estrito). Ou seja, a regra matriz tem por objeto as normas jurídicas que, *in abstracto*, instituem os tributos. Portanto, quando há referência à regra matriz de determinado tributo, há, na verdade, referência ao estudo tópico da norma jurídica que institui determinado tributo.

A regra matriz de incidência, na visão da maioria da doutrina, deve ser dividida em hipótese (descriptor) e consequente (prescritor). A hipótese, por sua vez, se subdivide em (i) critério material, (ii) critério temporal e (iii) critério espacial. O consequente se subdivide em (a) critério pessoal (formado pelo sujeito ativo e passivo) e (b) critério quantitativo (formado pela base de cálculo e alíquota).

Assim, utilizando-se da regra matriz de incidência, será analisada a hipótese de incidência do IPVA, bem como os efeitos decorrentes das alterações perpetradas pela Lei 13.296/2008.

2 DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IPVA - NOÇÕES GERAIS

O arquétipo do critério material do IPVA está inserido no artigo 155, III, da Constituição Federal (CF/88), que estabelece a competência para a instituição de tributo sobre a *propriedade de veículos automotores*.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o núcleo da expressão propriedade de veículos automotores (RE 134.509/AM e do RE 255.111/SP), afirmou que o imposto afeta apenas veículos automotores terrestres. Isto é, as aeronaves e embarcações estão fora do âmbito de incidência do IPVA.

Apesar da nítida definição do STF quanto aos limites do critério material da hipótese de incidência do IPVA, ainda é preciso determinar o aspecto espacial e o aspecto pessoal (sujeito ativo).

O aspecto espacial pode ser extraído do caput do artigo 155 da CF/88, na medida em que referido dispositivo estabelece a competência tributária dos Estados e do Distrito Federal. Assim, o aspecto espacial será o limite territorial de cada Estado e do Distrito Federal.

A fundamentação acima também permite afirmar que os Estados e o Distrito Federal são os sujeitos ativos do IPVA.

É preciso, ainda, estabelecer critérios para afastar possíveis conflitos na instituição e cobrança do IPVA.

Há um instituto de direito civil que é fundamental para a delimitação da competência para a instituição do IPVA. Trata-se do domicílio da pessoa física e jurídica.

Carlos Roberto Gonçalves¹ define domicílio nos seguintes termos:

Pode-se simplesmente dizer que é o local onde o indivíduo responde por suas obrigações, ou o local em que estabelece

1 *Direito Civil Brasileiro*, 6. ed. V. I. São Paulo: Saraiva. 2008. p 143.

a sede principal de sua residência e de seus negócios. O domicílio, em última análise, é a sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde pratica habitualmente seus atos e negócios jurídicos.

A Constituição Federal adota a referida definição de domicílio nos seguintes artigos: 14, IV; 109, §§ 1º e 3º; 139, V; 155, §1º, II; 155, IX, 'a'.

É possível concluir que há fundamento constitucional para limitar a incidência do IPVA sobre os veículos cujos proprietários estejam domiciliados em determinado Estado, ou no Distrito Federal. Ou seja, o ente tributante somente poderá exigir IPVA dos proprietários de veículos automotores que sejam domiciliados no respectivo território.

O Código de Trânsito Brasileiro confirma a linha interpretativa aqui adotada, ao estabelecer que o registro do veículo deve ocorrer no município em que domiciliado o proprietário:

Artigo 120. Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também trilha o mesmo entendimento:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPVA - [...] - O registro é o critério para se aferir a competência para tributar (o sujeito ativo da relação tributária) - Dessa forma, o Estado do Paraná é o competente para a cobrança do IPVA do veículo do embargante vez que o automóvel está inscrito em Maringá/PR. Recurso improvido. (TJ-SP. Apelação Cível nº 827.117-5. Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi. Julgado em 01/12/2008).

Note-se que o Tribunal de Justiça afirma que “o registro é o critério para aferir a competência para tributar”. Na verdade, é o domicílio (e não o registro) que define a competência tributária. O registro do veículo é apenas obrigação acessória, que confirma a relevância do conceito de domicílio para definição do sujeito ativo do IPVA.

Os argumentos desenvolvidos até o momento indicam que o domicílio é o critério de delimitação da competência tributária para instituição do IPVA e determinação do sujeito ativo. Resta saber como definir o sujeito ativo na hipótese em que o proprietário do veículo possui mais de um domicílio.

O artigo 127, II, §§ 1º e 2º, do Código Tributário Nacional (CTN) estabelece que:

Artigo 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

[...]

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

[...]

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

Constata-se que o domicílio tributário dos contribuintes é de eleição. Ou seja, o próprio contribuinte estabelece o domicílio para fins tributários, desde que não impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, situação em que a autoridade fiscal pode recusar o domicílio eleito.

Saliente-se, ainda, que o artigo 127, II, §§ 1º e 2º, do CTN está em consonância com o artigo 146, III, “a”, da CF/88, que prescreve caber à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente para evitar conflitos de competência.

No caso das locadoras, os veículos podem ser adquiridos e registrados exclusivamente na matriz (ou na filial) e, posteriormente, disponibilizados para locação em qualquer estabelecimento.

Não existe óbice para que a locadora eleja o município onde se encontra *estabelecida a matriz, ou apenas uma de suas filiais, como seu domicílio tributário*.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu a validade do domicílio de eleição para determinação do sujeito ativo do IPVA:

IPVA - DOMICÍLIO - O recolhimento do IPVA deve ser no Estado de domicílio do proprietário do veículo. Com a existência de pluralidade de domicílio o contribuinte recolhe no Estado que melhor lhe convir . (TJ-SP. AG. 990.10.162.470-2. Rel. José Luiz Germano. DJE 06/06/2010).

3 DA EXIGÊNCIA DO IPVA PELO ESTADO DE SÃO PAULO

A Lei 13.296/2008 estabelece que é devido ao Estado de São Paulo o IPVA incidente sobre os veículos de propriedade de locadoras que estejam em operação nesse Estado (alugados, ou disponibilizados para locação).

Referida afirmação é extraída dos artigos 3º e 4º da Lei 13.296/08, que determinam:

Artigo 3º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto:

[...]

X - relativamente a veículo de propriedade de empresa locadora:

- a) no dia 1º de janeiro de cada ano, em se tratando de veículo usado já inscrito no Cadastro de Contribuintes do IPVA deste Estado;
- b) na data em que vier a ser locado ou colocado à disposição para locação no território deste Estado, em se tratando de veículo usado registrado anteriormente em outro Estado;
- c) na data de sua aquisição para integrar a frota destinada à locação neste Estado, em se tratando de veículo novo.

Parágrafo único - O disposto no inciso X deste artigo aplica-se às empresas locadoras de veículos qualquer que seja o seu domicílio, sem prejuízo da aplicação das disposições dos incisos II a IX, no que couber.

Artigo 4º - O imposto será devido no local do domicílio ou da residência do proprietário do veículo neste Estado.

§ 1º - Para os efeitos desta lei, considerar-se-á domicílio:

[...]

2 - se o proprietário for pessoa jurídica de direito privado:

a) o estabelecimento situado no território deste Estado, quanto aos veículos automotores que a ele estejam vinculados na data da ocorrência do fato gerador;

b) o estabelecimento onde o veículo estiver disponível para entrega ao locatário na data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de contrato de locação avulsa;

c) o local do domicílio do locatário ao qual estiver vinculado o veículo na data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de locação de veículo para integrar sua frota;

§ 3 - qualquer de suas repartições no território deste Estado, se o proprietário ou locatário for pessoa jurídica de direito público.

[...]

§ 4º - No caso de pessoas jurídicas de direito privado, não sendo possível determinar a vinculação do veículo na data da ocorrência do fato gerador, nos termos do item 2 do § 1º deste artigo, presume-se como domicílio o local do estabelecimento onde haja indícios de utilização do veículo com predominância sobre os demais estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

[...]

§ 7º - Para os efeitos da alínea “b” do item 2 do § 1º deste artigo, equipara-se a estabelecimento da empresa locadora neste Estado, o

lugar de situação dos veículos mantidos ou colocados à disposição para locação.

Nos termos do artigo 4º, II, “b” e “c” da Lei 13.296/2008, o domicílio tributário da empresa locadora de veículos será, considerado: (i) o estabelecimento onde o veículo estiver disponível para entrega ao locatário na data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de contrato de locação avulsa; e (ii) o local do domicílio do locatário ao qual estiver vinculado o veículo na data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de locação de veículo para integrar sua frota.

A Lei 13.296/2008 promoveu verdadeira mudança no conceito de domicílio. Ou seja, alterou o conceito de domicílio para garantir a incidência do IPVA sobre os veículos de locadoras que estiverem disponibilizados para locação, ou em efetiva operação no Estado de São Paulo.

Parece que o legislador paulista pretendeu ampliar o campo de incidência do IPVA, mediante a alteração do conceito de domicílio adotado pelo Código Civil e Constituição Federal.

Contudo, é possível afirmar que o novo conceito de domicílio veiculado pela Lei 13.296/2008 não encontra respaldo na CF/88.

Como já dito em tópico anterior, o domicílio, apesar de ser caracterizado como instituto de direito civil, tem sua definição acolhida pela CF/88, o que impede sua modificação por lei ordinária.

O CTN confirma essa assertiva ao estabelecer que:

Artigo 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Há mais. A CF/88 determina, no artigo 22, que compete privativamente à União legislar sobre direito civil. A Lei 13.296/2008, ao alterar o conceito de domicílio, invadiu a competência privativa da União para legislar sobre direito civil.

É preciso informar, ainda, que o STF, no julgamento do RE 414.259, afirmou que os Estados e o Distrito Federal estão legitimados, no exercício da competência concorrente definida pelo artigo 24, § 3º da CF/88, a emitir normas gerais referentes ao IPVA.

Isto é, diante da inexistência de lei complementar nacional veiculando normas gerais sobre IPVA, cabe aos Estados e ao Distrito Federal exercer a competência legislativa plena.

O exercício da competência legislativa plena pelos Estados e Distrito Federal encontra limites na Constituição. Assim, não é possível que a lei ordinária estadual altere o conceito de domicílio eleito pela CF/88.

A sujeição passiva e responsabilidade tributária também são temas que não podem ser livremente modificados pela legislação ordinária estadual.

O CTN, recepcionado como lei complementar, veicula as normas gerais sobre sujeição passiva e responsabilidade tributária. Logo, a norma que institui o IPVA deve respeitar as normas gerais do CTN.

Assim, entende-se inconstitucional e ilegal o conceito de domicílio criado pela Lei 13.296/2008, o que impede sua aplicação na delimitação do campo de incidência do IPVA.

4 DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Há obrigação quando existe um vínculo jurídico que une duas pessoas, por meio do qual o devedor deve efetuar uma prestação ao credor. Se o devedor não cumprir sua prestação, pode o credor pleitear ao Estado, por meio do Poder Judiciário, que constranja o devedor à satisfação da obrigação.

Também em matéria tributária tem-se uma obrigação quando há o dever jurídico do sujeito passivo (devedor) pagar ao sujeito ativo (Estado - credor) uma prestação pecuniária.

A pessoa cuja ação ou estado dá nascimento à obrigação tributária é denominada contribuinte. Como determina o artigo 121

do CTN, o contribuinte tem uma relação pessoal e direta com o fato gerador.

Nem sempre, entretanto, o contribuinte será o sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que, de acordo com o parágrafo único do artigo 121 do CTN, a lei pode eleger um terceiro como tal. Esse será o responsável tributário (*lato sensu*).

A diferenciação entre contribuinte e responsável demanda o reconhecimento de que a obrigação tributária não é uma relação jurídica simples. Trata-se de relação composta, resultando da combinação de duas relações diversas e independentes, isto é, da relação de simples débito (*debitum, Schuld*) e da responsabilidade ou garantia (*obligatio, Haftung*).

Essa teoria pode ser entendida, do ponto de vista didático, quando se consideram, de um lado, as dívidas de jogo, que, embora existentes enquanto dívida – e daí o eventual pagamento não ser enriquecimento ilícito do credor – não podem ser executadas (existe o *debitum*, mas inexistente a *obligatio*); por outro lado, situações haverá em que alguém estará sujeito ao pagamento de obrigação que não contraiu – tal o caso da fiança (existe a *obligatio*, mas o *debitum* foi contraído por terceiro).

A distinção entre obrigação e responsabilidade explica a razão de a sujeição passiva tributária (que representa a possibilidade de o sujeito vir a ser impelido, pelo Estado, a satisfazer a obrigação – *obligatio, Haftung*) não se revestir, necessariamente, na pessoa do contribuinte.

É por essa razão que o responsável, ao contrário do contribuinte, será expressamente definido pela lei.

5 DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - NOÇÕES GERAIS

O estudo sobre responsabilidade tributária tem início nas normas gerais de direito tributário.

O artigo 146, I e III, “a”, da CF/88 determina que:

Artigo 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

A interpretação conferida pela doutrina tradicional sobre as disposições do artigo 146 da CF/88 indica que cabe à lei complementar (i) emitir normas gerais de direito tributário, (ii) dispor sobre conflitos de competência e (iii) regular as limitações ao poder de tributar.

Portanto, as normas gerais sobre responsabilidade tributária são objeto de lei complementar.

O CTN, que foi recepcionado como lei complementar pela CF/88, veicula normas gerais sobre responsabilidade tributária. O artigo 128 do CTN estabelece que:

a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

O legislador não pode escolher qualquer pessoa para figurar no pólo passivo da obrigação. O responsável deve ser uma terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Ou seja, embora o responsável não seja o sujeito que incorre no fato gerador, ele não é um estranho à situação.

Esse entendimento foi aplicado no caso das administradoras de cartão de crédito, às quais a legislação do Imposto Sobre Serviços (ISS) do Rio de Janeiro atribuiu responsabilidade tributária por serviços prestados pelos estabelecimentos a elas filiados. Tal atribuição foi examinada e considerada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ),

uma vez que não havia vinculação entre as referidas administradoras e o fato gerador do ISS:

TRIBUTÁRIO. ARTIGO 128 DO CTN. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE INEXISTENTE PELO ISS DECORRENTE DE SERVIÇOS PRESTADOS PELOS FILIADOS A SEUS USUÁRIOS. As administradoras de cartões de crédito não são responsáveis pelo pagamento do ISS decorrente do serviço prestado pelos estabelecimentos a elas filiados aos seus usuários já que não estão vinculadas ao fato gerador da respectiva obrigação. Recurso improvido. (STJ, RESP 55346/RJ; Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 25.10.1995, DJ de 12.02.1996, p. 2412)

No que pertine ao objeto do presente artigo, cumpre informar que o artigo 135, III, do CTN traz disposição que permite a responsabilização dos diretores, gerentes e representantes da pessoa jurídica pelos créditos oriundos de atos praticados com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatuto.

Hugo de Brito Machado², ao tratar do artigo 135 do CTN, destaca a finalidade da sistemática de responsabilidade eleita pelo legislador:

apenas quem pratica o ato gerencial fraudulento, ilegal, pode validamente ser responsabilizado. Interessa à organização social como um todo, que a responsabilidade nos negócios seja, como o nome indica, limitada. Em todo o negócio há um risco. Quem comercia com uma sociedade inidônea, de certa forma também está a cometer um equívoco, a (mal) assumir o risco. Não há razão moral para que, por existirem maus comerciantes, se elimine a garantia institucional da responsabilidade limitada, que protege o comerciante de boa-fé, a família, terceiros, contra os riscos naturais dos negócios.

Nesse passo, cumpre analisar detalhadamente quais são os requisitos e limites estabelecidos pelo CTN para responsabilização das pessoas nomeadas no artigo 135.

² *Responsabilidade Tributária e Infração da Lei*, Repertório IOB de Jurisprudência São Paulo. Volume 15. 1994. p. 298/299.

6 DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS DIRETORES, GERENTES E REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA

Toda sociedade empresária tem personalidade jurídica própria. Significa que, independentemente de seus membros, a sociedade empresária detém patrimônio próprio e vida própria.

Esse princípio da autonomia patrimonial torna-se claro ao entender que sócio e sociedade são pessoas distintas e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém (pessoa física) por dívida de outrem (pessoa jurídica), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é dos seus sócios, e sim da própria sociedade.

O direito brasileiro, em tema de sociedades personalizadas, adota a autonomia da pessoa jurídica, reconhecendo-se-lhe personalidade e patrimônio próprio, distintos dos de seus associados, de maneira que a sociedade não responde pelas obrigações pessoais dos sócios, nem os sócios respondem pelas obrigações contraídas pela sociedade.

Deve-se respeitar, desta forma, o princípio da plena separação patrimonial, na medida em que os patrimônios das pessoas físicas e jurídicas não se comunicam, senão nas hipóteses legalmente previstas.

Um dos casos previstos em lei é a responsabilidade contida no artigo 135, III, do CTN. O referido artigo dispõe:

Artigo 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

[...]

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Hugo de Brito Machado³ destaca, segundo o artigo 135 do CTN, os requisitos para a responsabilidade tributária:

³ *Comentários ao Código Tributário Nacional*, Volume II. São Paulo: Editora Atlas Jurídico. 2004. P. 598.

Diretor é aquela pessoa que tem poder de decisão nas questões mais importantes em uma empresa. É quem dirige. Seja como for, porém, certo é que a responsabilidade tributária de cada um deles só existirá se ocorrerem atos seus, com infração de lei, contrato social ou estatutos. Não basta a condição de diretor, gerente ou representante.

Assim, é necessária a presença de dois fatores para que a pessoa física seja responsabilizada pelos débitos da sociedade: (i) que tenha exercido o cargo de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica e (ii) que haja comprovação de que, em sua gestão, houve excesso de poderes ou violação à lei, ao contrato social ou ao estatuto social.

É imprescindível esclarecer que a lei infringida, a qual se refere o artigo, diz respeito à lei civil ou à lei comercial. Em outras palavras, o objetivo do legislador é atribuir responsabilidade tributária aos administradores da sociedade empresária que violaram os limites estabelecidos pela lei, pelo contrato social ou pelo estatuto.

Significa dizer que o mero inadimplemento do tributo não configura a infração à lei estabelecida no artigo 135, III, do CTN.

É injustificável equiparar inadimplemento do débito da pessoa jurídica ao abuso de gestão praticado pelo administrador da sociedade. Esse equívoco implica transformar todas as pessoas jurídicas de direito privado em sociedade solidária, uma vez que, em todo e qualquer caso, a responsabilidade recairia automaticamente sobre os dirigentes.

Esse é o entendimento de Sacha Calmon Navarro Coêlho⁴:

A lei a que se refere o artigo é a lei extratributária civil, societária, comercial, regulatória etc. Jamais a lei tributária. Fosse essa lei, o simples inadimplemento do tributo seria infração de lei, atraindo a responsabilidade pessoal das pessoas elencadas no dispositivo legal sob comento, já que o ilícito, na Teoria Geral do Direito, é todo descumprimento de dever legal ou contratual.

⁴ *Curso de direito tributário brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

O STJ editou a Súmula 430, com o seguinte teor: “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

Nesse contexto, cabe indagar como a prova dos requisitos do artigo 135 do CTN deve ser produzida.

A jurisprudência pátria definiu o seguinte critério quanto à responsabilidade do artigo 135 do CTN: (i) se a Certidão de Dívida Ativa (CDA) que fundamenta a execução não contemplar as pessoas físicas, cabe à Fazenda Pública a prova de que há uma das hipóteses do artigo 135 do CTN e (ii) se a CDA contemplar o nome da pessoa física, cabe a ela a prova de que não praticou qualquer ato capaz de fundamentar sua responsabilidade tributária.

Tal entendimento foi acolhido pelo STJ nos seguintes julgados: AgRg nos ERESP 978.854/MG e ERESP 635.858/RS.

Merece destaque o posicionamento adotado no julgamento do RESP 1.116.424 de que, apesar do nome da pessoa física estar incluído na CDA, o ônus da prova quanto à inexistência dos requisitos do artigo 135 do CTN somente pode ser imputado a ela, se existir prévio processo administrativo demonstrando a responsabilidade da pessoa física.

7 DA RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DO IPVA/SP

A Lei 13.296/08 determinou a responsabilidade solidária, sem benefício de ordem, dos administradores e de alguns clientes pelo recolhimento do IPVA devido pelas locadoras:

Artigo 6 - São responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

[...]

VIII - a pessoa jurídica de direito privado, bem como o sócio, diretor, gerente ou administrador, que tomar em locação veículo para uso neste Estado, em relação aos fatos geradores ocorridos nos exercícios em que o veículo estiver sob locação;

[...]

X - o sócio, diretor, gerente, administrador ou responsável pela empresa locadora, em relação aos veículos locados ou colocados à disposição para locação neste Estado;

[...]

§ 2º - A responsabilidade prevista nos incisos I, II, III, VII, VIII, IX, X, XI e XII deste *artigo é solidária e não comporta benefício de ordem.*

§ 3º - Para eximir-se da responsabilidade prevista nos incisos VIII e IX deste artigo, a pessoa jurídica ou o agente público deverá exigir comprovação de regular inscrição da empresa locadora no Cadastro de Contribuintes do IPVA, bem como do pagamento do imposto devido a este Estado, relativamente aos veículos objetos da locação.

A responsabilidade estabelecida é solidária e sem benefício de ordem. Portanto, segundo a legislação em estudo, em caso de inadimplemento, a Procuradoria do Estado poderia cobrar toda a dívida dos responsáveis tributários arrolados no artigo 135 do CTN, sem fazer qualquer prova de inexistência de bens da empresa, ou da prática de ato ilícito pelas pessoas físicas.

Ocorre que a responsabilidade tributária é matéria que deve ser regulada por lei complementar, conforme determina o artigo 146 da CF/88. Isto é, a lei paulista, ao estipular as regras sobre responsabilidade, deve observar as normas gerais veiculadas pelo CTN.

Conforme demonstrado no tópico anterior, o CTN não permite a responsabilidade solidária sem benefício de ordem.

Assim, é possível concluir que a atual estrutura de responsabilidade tributária da Lei 13.296/08 viola as normas gerais do CTN e, dessa forma, deve ser considerada ilegal e inconstitucional.

A jurisprudência pátria já reconheceu a impossibilidade de alteração da sistemática da responsabilidade tributária por meio de lei ordinária.

O artigo 13, caput, da Lei 8.620/93 determinava que os sócios e administradores seriam responsáveis solidários pelas contribuições previdenciárias.

O STJ entendeu que a lei ordinária não poderia alterar a sistemática de responsabilidade tributária, na medida em que haveria violação ao artigo 146, III da CF/88:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO QUOTISTA. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DÉBITOS RELATIVOS À SEGURIDADE SOCIAL. LEI 8.620/93, ARTIGO 13. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE ARESTOS RECORRIDO E PARADIGMA. VIOLAÇÃO AOS ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 07/STJ.

[...]

3. A Lei 8.620/93, no seu artigo 13, restou inaplicado pela jurisprudência da Turma, nos seguintes termos:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO (SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LTDA). SOLIDARIEDADE.

PREVISÃO PELA LEI 8.620/93, ARTIGO 13. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ARTIGO 146, 111, B). INTERPRETAÇÕES SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. CTN, ARTS. 124, 11, E 135, 111. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.016 E 1.052. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535. INOCORRÊNCIA.

[...]

3. A solidariedade prevista no artigo 124, II, do CTN, é denominada de direito. Ela só tem validade e eficácia quando a lei que a estabelece for interpretada de acordo com os propósitos da Constituição Federal e do próprio Código Tributário Nacional.

4. Inteiramente desprovidas de validade são as disposições da Lei nº 8.620/93, ou de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas. O artigo 146, inciso III, b, da Constituição Federal,

estabelece que as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

5. O CTN, artigo 135, III, estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. O artigo 13 da Lei nº 8.620/93, portanto, só pode ser aplicado quando presentes as condições do artigo 135, III, do CTN, não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o artigo 124, II, do CTN.

[...]

8. Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário.” (REsp nº 717.717/SP, da relatoria do e. Ministro José Delgado, julgado em 28.09.2005).

[...]. (STJ. AgRg no Resp 105.580-0/CE. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. DJU 15/12/2008).

O tema em discussão foi apreciado pelo STF que, no julgamento do RE 567932 (ainda em andamento), reconheceu a repercussão geral da alegação de que o artigo 13, caput, da Lei 8.620/93 violou o disposto no artigo 146, III, “b” da CF/88.

Apesar do artigo 13 da Lei 8.620/1993 ter sido revogado pelo artigo 79, VII da Lei 11.941/2009 (conversão da Medida Provisória 449/2008), a fundamentação dos mencionados julgados continua válida.

Assim, por estar em confronto com o artigo 135 do CTN e artigo 146 da CF/88, deve-se ter por inconstitucionais e ilegais os dispositivos

da Lei 13.296/2008 que alteraram o regime de responsabilidade tributária.

8 CONCLUSÃO

A Constituição Federal determina, no artigo 155, que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o IPVA. Segundo o STF, o IPVA incide apenas sobre veículos automotores terrestres.

A interpretação sistemática da Constituição permite concluir que o conceito de domicílio é critério seguro para delimitar a competência entre Estados e Distrito Federal para instituir o IPVA.

Portanto, só pode ser cobrado IPVA dos veículos cujos proprietários estejam domiciliados no território do ente federado competente para instituição do tributo (Estado ou Distrito Federal).

Caso o proprietário do veículo possua pluralidade de domicílios, deve ser respeitado o domicílio eleito pelo próprio contribuinte. Ou seja, as locadoras podem eleger a matriz, ou qualquer filial, como domicílio para fins de incidência do IPVA.

O novo conceito de domicílio veiculado pela Lei 13.296/2008 não pode prevalecer, sob pena de violação do artigo 110 do CTN e artigo 22, I da CF/88. Vale dizer, não poderia a lei ordinária alterar o conceito de domicílio acolhido pela CF/88.

Conforme artigo 146 da CF/88, as normas gerais sobre responsabilidade tributária devem ser veiculadas por lei complementar. O CTN foi recepcionado pela CF/88 como lei complementar.

O artigo 121 do CTN esclarece que o contribuinte é aquele que possui relação direta e pessoal com o fato gerador. O mesmo dispositivo legal permite que a obrigação tributária seja imputada a um terceiro, desde que o terceiro possua relação indireta com o fato gerador.

O artigo 135, III do CTN estabelece a responsabilidade dos diretores, gerentes e representantes da pessoa jurídica pelos créditos oriundos de atos praticados com excesso de poder, infração à lei, contrato ou estatuto.

A Súmula 430 do STJ esclarece que o mero inadimplemento da obrigação tributária não configura a infração à lei mencionada no artigo 135 do CTN.

A Lei 13.296/2008, ao estabelecer a responsabilidade solidária e sem benefício de ordem dos administradores das locadoras, violou as normas gerais do CTN sobre responsabilidade tributária.

Assim, por estar em confronto com o artigo 135 do CTN e artigo 146 da CF/88, deve-se ter por inconstitucionais e ilegais as alterações da Lei 13.296/2008 no regime de responsabilidade tributária.

REFERÊNCIAS

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6. ed. V. I. São Paulo: Saraiva. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Responsabilidade Tributária e Infração da Lei*. Repertório IOB de Jurisprudência São Paulo. Volume 15. 1994.

_____. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Volume II. São Paulo: Atlas Jurídico. 2004.

PANORAMA INTERNACIONAL DA TRIBUTAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

ELECTRONIC COMMERCE TAXATION: AN INTERNATIONAL OVERVIEW

Matheus Carneiro Assunção
Procurador da Fazenda Nacional
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE)
Bacharel em Administração pela Universidade de Pernambuco
Especialista em Direito Tributário pelo IBET
Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV
Mestrando em Direito Econômico e Financeiro pela USP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Comércio Eletrônico: Conceito e Características; 2 Modalidades e Formas de Comércio Eletrônico; 3 Propostas Internacionais de Tratamento Jurídico-Tributário; 3.1 Estados Unidos; 3.2 OCDE; 3.3 União Européia; 3.4 Canadá; 3.5 ALADI; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Partindo de uma sintética exposição sobre o conceito, as características, e as modalidades de comércio eletrônico, o presente estudo buscará abordar diferentes propostas internacionais de tributação de operações comerciais realizadas por meio da Internet, objetivando traçar um panorama geral sobre o tema. Serão abordadas posições firmadas pelos Estados Unidos da América, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pela União Européia, pelo Canadá e pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Ao final, pretende-se que as perspectivas levantadas contribuam para uma reflexão crítica acerca do questionamento que vem se mostrando cada vez mais presente com o desenvolvimento do comércio eletrônico no mundo: tributar ou não tributar?

ABSTRACT: Starting from a synthetic exposition of the concept, characteristics, and types of electronic commerce, this study seeks to analyze international proposals involving the taxation of commercial transactions conducted through the Internet, aiming to draw an overview of the topic. Positions adopted by the United States of America, Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), European Union, Canada and by the Latin American Integration Association (LAIA) will be summarized. In the end, it is intended that the perspectives raised can contribute to a critical reflection on the question that is becoming increasingly present with the development of electronic commerce: to tax or not to tax?

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Comércio Eletrônico. Propostas Internacionais.

KEYWORDS: Taxation. Electronic Commerce. International Proposals.

INTRODUÇÃO

O comércio existe desde os primórdios das civilizações. A necessidade de troca de bens, decorrente da formação de excedentes produtivos, lastreou o progresso da humanidade ao longo dos séculos. Mas se durante milhares de anos as trocas comerciais se caracterizaram pela marca da tangibilidade e pela relação *vis-à-vis* entre os sujeitos envolvidos, com o advento das redes de computadores essa realidade tem sido alterada radicalmente, dando início ao surgimento de uma modalidade de negócios sedimentada em bases digitais: o comércio eletrônico.

São inúmeras as possibilidades de utilização de redes de telecomunicação como meio para a realização de trocas comerciais, permitindo às empresas um aumento considerável das ofertas de produtos, a redução de prazos e a supressão de distâncias, não importando o lugar em que se encontram os sujeitos da relação econômica.

O comércio eletrônico nasce como uma resposta natural dos agentes econômicos às facilidades oriundas dos avanços tecnológicos vivenciados nas últimas décadas do século XX, com o avanço vertiginoso da Internet, e vem adquirindo cada vez mais importância no mundo globalizado.

De fato, o ciberespaço se tornou um ambiente extremamente favorável para a comercialização de produtos no mercado global, viabilizando a aquisição de bens tangíveis ou intangíveis (softwares, músicas, vídeos, etc.) sem a necessidade de presença física de compradores e vendedores em estabelecimentos comerciais. Nessa nova realidade, as empresas muitas vezes não podem ser situadas precisamente: “seus elementos são nômades, dispersos, e a pertinência de sua posição geográfica decresceu muito”¹.

Embora ainda sejam incipientes as propostas de tributação no comércio eletrônico, a crescente importância econômica das operações realizadas através da Internet não tende a passar despercebida pelas administrações tributárias. É sobre as diferentes percepções internacionais de tratamento jurídico-tributário do comércio eletrônico que se debruça o presente artigo.

1 LÉVY, Pierre. *O que é o Virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: 34, 1996, p. 19.

1 COMÉRCIO ELETRÔNICO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A expressão “comércio eletrônico”, originada do neologismo *eletronic commerce* (ou *e-commerce*), hoje mundialmente popularizada, pode denotar diferentes significações, chegando a abarcar fatos arredios ao significado de “comércio” no vernáculo português, etimologicamente ligado à idéia de compra e venda de mercadorias.

Para a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE, entende-se por comércio eletrônico os “negócios que ocorrem sobre redes de computadores que utilizam protocolos livres, estabelecidos através de padrões abertos de definições de processos, como a Internet”². Tal perspectiva é compartilhada por Vicente Oscar Díaz, que designa de comércio eletrônico (ou *cibercomercio*) como os “negócios realizados sem uma significativa presença física, operados exclusivamente no ciberespaço, que mediante o uso de novas tecnologias criam um nicho de mercado adaptado aos desejos e necessidades dos consumidores”³.

As definições acima trabalham a noção de comércio eletrônico atrelada à existência de redes de computadores. Há, porém, quem adote conteúdo mais amplo para a expressão, entendendo-a como qualquer forma de realização de negócios em que as partes interajam eletronicamente, ao invés de fazê-lo fisicamente⁴. Nesse sentido, o comércio eletrônico englobaria, um “conjunto de transações econômicas que incluem o intercâmbio de bens e serviços, de dinheiro e de informação, realizado através de meios eletrônicos ou digitais”⁵.

2 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The Economic and Social Impact of Electronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/3/12/1944883.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010. Trad. livre. Original: “(...) *business occurring over networks which use non-proprietary protocols that are established through an open standard setting process such as the Internet*”.

3 DÍAZ, Vicente Oscar. *El Comercio Electrónico y sus Efectos en las Relaciones Tributarias Internacionales – La Reformulación del Concepto de Establecimiento Permanente*. Buenos Aires: Macchi, 2001, p. 41. Trad. livre. Original: “[...] *negocios realizados sin una significativa presencia física, operados exclusivamente en el ciberespacio, que mediante el uso de nueva tecnología crean un nicho de mercado adaptado a los deseos y necesidades de los consumidores*” (grifos no original).

4 Tal é a compreensão de Adriana S. Nuñez, que reitera o conceito divulgado pelo Grupo de Trabalho sobre Comércio Eletrônico e Exterior do *Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos* argentino: “*La definición de comercio electrónico es muy amplia e incluye cualquier forma de transacción de negocios en la cual las partes interactúan electrónicamente en lugar de hacerlo físicamente*”. In: NUÑEZ, Adriana S. *Comercio Electrónico – Aspectos Impositivos, Contables y Tecnológicos*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 31.

5 MEZA, Rita Villanueva. *Aproximación al Comercio Electrónico y Política Fiscal Internacional de Imposición al Consumo en América*. Disponível em: <<http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Villanueva%20>

Para a Organização Mundial do Comércio (*World Trade Organization*), o comércio eletrônico “pode ser simplesmente definido com a produção, publicidade, venda e distribuição de produtos via redes de telecomunicações”⁶. Note-se que essa definição – mais restritiva – deixa de lado a prestação de serviços, em consonância com as origens do vocábulo “comércio” (do latim *commercium*, significando operações de compra e venda), mas abrange operações via telefone, fax e demais meios de telecomunicações.

De qualquer maneira, incluindo ou não a prestação de serviços, enfatizando ou deixando de enfatizar a utilização de redes computacionais, o fato é que no comércio eletrônico “a oferta e a aceitação dos contratos se perfaz por transmissão eletrônica de dados”⁷. Consoante sintetiza Guilherme Cezaroti, “o aspecto fundamental para a caracterização jurídica do comércio eletrônico é o transporte das mensagens entre fornecedor e consumidor por meio de elétrons”, sendo a Internet o meio mais difundido de realização deste transporte.

Adotando uma postura pragmática, Daniela Braghetta anota que para a execução de comércio por meio eletrônico, seria suficiente constatar a “presença de uma empresa efetuando a venda de produtos, mercadorias ou serviços por intermédio de um *site* na Internet, utilizando-se de infra-estrutura digital”⁸. A fórmula, como se percebe, não alcança operações realizadas através de outros veículos eletrônicos além da Internet, e deixa de lado contratações via *e-mail*.

Todavia, nota-se uma tendência atual de ser focado, nas definições de comércio eletrônico, o uso de redes computacionais para a realização de negócios jurídicos envolvendo a compra e venda de bens do comércio tradicionais e também bens digitais, além de serviços e cessões de direitos⁹.

Meza,%20Rita.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2010. Trad. livre. Original: “*el comercio electronico*) engloba un conjunto de transacciones económicas que incluyen el intercambio de bienes y servicios, de dinero y de información, realizado a través de medios electrónicos o digitales”.

6 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Special Studies 2: Electronic Commerce and the Role of the WTO*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/special_study_2_e.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2010. Trad. livre. Original: “*Electronic commerce may be simply defined as the production, advertising, sale and distribution of products via telecommunication networks*”.

7 EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Tributação no Comércio Eletrônico*. São Paulo: IOB, 2003, p. 61.

8 BRAGHETTA, Daniela de Andrade. *Tributação no Comércio Eletrônico à Luz da Teoria Comunicacional do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 112.

9 Cf. EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Tributação no Comércio Eletrônico*. São Paulo: IOB, 2003, p. 61.

Creriosamente, os serviços oferecidos através da rede mundial de computadores não são atos de comércio, e contrastam com a própria etimologia da expressão “comércio eletrônico”. Caso se queira fazer referência não somente às operações de compra e venda de mercadorias e produtos, como também prestações de serviços (*obligatio faciendi*) e outras utilidades, reputamos conveniente o emprego do termo “negócio eletrônico”, de conteúdo mais amplo, passível de acolher quaisquer transações de caráter econômico realizadas com o auxílio da transmissão eletrônica de dados.

2 MODALIDADES E FORMAS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico pode ser direto ou indireto. Na modalidade indireta, a Internet funciona como meio de oferta e mesmo a aquisição de produtos, que posteriormente são entregues de forma pessoal. É o caso, por exemplo, da compra e venda de um *DVD* ou de um aparelho televisior: a empresa de eletrodomésticos possui um estabelecimento tangível, mas se utiliza da *web* para facilitar a venda de produtos ao público em geral. Nesta hipótese, o computador serve somente de meio para efetuar o pedido de bens que não podem ser transmitidos *on line*, mas que serão enviados ao domicílio do adquirente através de quaisquer dos canais tradicionais de transporte.

No comércio eletrônico direto, diferentemente, a Internet é o meio em que se efetiva a oferta, a contratação e a própria entrega ou disponibilização de produtos, de forma intangível, como no caso de *downloads* de músicas em formato *MP3* e *softwares*. Noutro falar, ele se verifica quando se realizam na rede todas as fases da transação comercial, compreendendo o fornecimento de dados, sons e imagens diretamente ao adquirente¹⁰. Dada a própria natureza dessa modalidade, percebe-se a partir do seu advento uma tendência de rompimento com a tradicional cadeia de intermediários existente no comércio tradicional, mediante o drástico encurtamento da distância entre fornecedores e adquirentes: as utilidades são colocadas ao alcance do mercado consumidor de modo instantâneo, não mais dependendo de transporte ou disponibilidade de estoque. Isso porque os bens intangíveis objeto das transações econômicas em tela (músicas *MP3*, *softwares*, etc.), de conteúdo digital, podem ser transmitidos mediante simples *downloads*, diretamente do

¹⁰ Segundo definição do “Guia ao Comércio Eletrônico” divulgado pelo *Ministero dell’Industria* italiano: “*Il commercio elettronico diretto si verifica quando in rete si realizzano tutte le fasi della transazione commerciale, compresa la fornitura di dati, suoni ed immagini direttamente presso la postazione dell’acquirente*”. In: *Guida al Commercio Elettronico*: L’Impresa Italiana di fronti ai nuovi mercati digitali. Disponível em: <http://www.indisunioncamere.it/commercio_new.htm>. Acesso em: 25 jan. 2010.

sítio eletrônico da empresa que os comercializa na Internet. Além da minimização dos custos de distribuição, permite-se uma vasta expansão de mercados¹¹.

Numa e noutra hipótese, o comércio eletrônico pode ser desenvolvido em pelo menos dois diferentes níveis: B2B (*business to business*) ou o uso de redes computacionais para efetivar operações entre empresas; e B2C (*business to consumer*) ou o “uso da Internet para vender produtos e bens a consumidores finais, da mesma forma que um balcão ou catálogo de loja”¹². Isso sem falar nas diversas outras possibilidades de combinações, como B2G (*business to government*), C2C (*consumer to consumer*), etc.

Quando realizado de forma indireta, o comércio eletrônico não apresenta grandes dificuldades de tratamento jurídico, sob o ponto de vista tributário. Apenas a forma do contrato é diversa (eletrônica, ao invés de escrita ou verbal), circunstância que não altera fatos jurídicos (como a circulação dos *DVDs* ou dos televisores comercializados, no exemplo que mencionamos) para os quais a lei prevê o nascimento da obrigação de pagar o tributo devido.

Todavia, em relação ao comércio eletrônico direto, a problemática da incidência tributária não se resolve facilmente, pois a ausência de previsões normativas específicas traz um campo teórico-aplicativo repleto de indagações, especialmente no tocante ao alcance de conceitos adotados pela legislação tributária existente.

A temática é efervescente, e tem despertado a atenção de governos e organismos internacionais, atentos à necessidade de regulamentação dessas novas modalidades de transações econômicas.

3 PROPOSTAS INTERNACIONAIS DE TRATAMENTO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO

Em um panorama geral, pode-se dizer que há basicamente duas crenças sobre a imposição tributária no comércio eletrônico direto: (i) a daqueles que defendem, como uma questão de princípio, a sua não-

11 LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, p. 126.

12 BIFANO, Elidie Palma. Serviços de Comunicação e Comércio Eletrônico. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de, ZIVELTI, Fernando Aurélio e MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Tributação do Setor Comercial*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 275.

tributação; e (ii) a daqueles que defendem a sua tributação, tal como ocorre com o comércio de bens tangíveis similares.

Em favor de um “tratamento preferencial” do comércio eletrônico, alguns simplesmente propagam o terror de uma “tributação dos *bits*” de cada informação transmitida na *web*, ao passo que outros costumam argumentar que a imposição de tributos sobre essas novas modalidades de transações econômicas seria como promover um infanticídio, jogando areia nas engrenagens do progresso, consoante explica Charles E. McLure Jr.¹³.

Os oponentes do tratamento preferencial, por sua vez, pensam que não deveria haver novos tributos sobre a Internet, nem qualquer discriminação fiscal contra o comércio eletrônico, mas acreditam que essa modalidade deveria ser tributada como qualquer outro comércio¹⁴.

A maneira com que estas questões são tratadas mundialmente varia entre os diferentes países e organismos internacionais envolvidos no debate. Nas linhas seguintes, serão brevemente expostas as visões dos Estados Unidos, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, da União Européia, do Canadá, da Associação Latino-Americana de Integração – ALADI.

Como teremos a oportunidade de demonstrar, todas as propostas e estudos internacionais a respeito da tributação no comércio eletrônico a serem por nós sumariamente retratadas, na medida de suas diferenças, encontram um laço em comum: a nota da preocupação natural que invade os domínios jurídicos pela pressão da nova realidade econômica e social erguida com a eclosão da Internet em larga escala.

3.1 ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos, em novembro de 1996, publicaram diretriz política tratando especificamente das questões fiscais envoltas ao comércio eletrônico¹⁵, alicerçando o tratamento tributário a ser-lhe

13 MCLURE JR., Charles E. *The Taxation of Electronic Commerce: Background and Proposal*. Disponível em: <http://www.law.wayne.edu/Faculty/Fac_web/mcintyre/text/mclure_appeal_short.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2010.

14 *Ibidem*.

15 UNITED STATES OF AMERICA. Department of the Treasury. Office of Tax Policy. *Selected Tax Policy of Global Electronic Commerce*. Washington, 1996. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/offices/tax-policy/library/internet.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

dado no princípio da “neutralidade” (*neutrality*), que exige do sistema tributário parâmetros econômicos equitativos entre comércio por meios eletrônicos e o comércio convencional.

Posteriormente, em 1998, foi editado pelo Congresso e convertido em lei o *Internet Tax Feedom Act* (ITFA), estabelecendo uma moratória de três anos que impedia a tributação sobre o acesso à Internet, bem como a criação de tributos múltiplos ou discriminatórios sobre o comércio eletrônico. Os três anos inicialmente previstos foram prolongados por emendas e a moratória já dura mais de oito anos, estando atualmente prevista para terminar em novembro de 2007, por força de extensão feita pelo *Internet Tax Nondiscrimination Act*, assinado pelo Presidente George W. Bush em dezembro de 2004.

Uma das principais causas da moratória norte-americana está relacionada à ausência de um sistema tributário compatível com a principal característica do comércio eletrônico: a inexistência de fronteiras físicas no ciberespaço. Com a arrecadação tributária ocorrendo de forma descentralizada, se aproximadamente 7.500 jurisdições fossem aplicar seus próprios regimes tributários à Internet, o país iria vivenciar um verdadeiro caos normativo, pois as leis vigentes não oferecem uma idéia clara de como tratar o assunto¹⁶.

Note-se que nos Estados Unidos a sistemática da imposição tributária sobre a comercialização de mercadorias (através do *state sales and use tax*) trata operações locais e operações remotas de modo diferente. O imposto de vendas (*sales tax*) é devido sobre itens comercializados em determinado estado para uso dentro do mesmo estado, ao passo que o imposto de usos (*use tax*) deve ser recolhido quando tais bens forem armazenados, usados ou consumidos internamente, mas comprados fora do estado¹⁷. O *use tax* é assim um imposto complementar, compensador, cujo recolhimento geralmente recai sobre o adquirente dos produtos ou serviços, e por isso apresenta algumas dificuldades de caráter administrativo¹⁸.

16 REED, Lawrence W. In: THE MACKINAC CENTER FOR PUBLIC POLICY. *Internet Purchases: To Tax or Not to Tax, Here Are The Questions. Analysis of Arguments for and against Taxation of Internet Consumers and Recommendations to Keep the “Cyber-Economy” Growing*. Disponível em: <<http://www.mackinac.org/article.aspx?ID=2771>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

17 BRUCE, Donald; FOX, William; MURRAY, Matthew. To tax or not to tax? The case of electronic commerce. *Contemporary Economic Policy*. Vol. 21, n. 1. Jan 2003, p. 26. Disponível em: <<http://cep.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/21/1/25?etoc>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

18 Cf. TRELEASE, Nathaniel T.; STORUM, Lea Anne. The gathering storm: State sales and use taxation of electronic commerce. *Corporate Taxation*. May/June 2003. p. 16.

Fundamentalmente, aplica-se o princípio da destinação (*destination principle*): operações interestaduais são eximidas do imposto de vendas na origem, pois o tributo será recolhido no estado em que ocorrer o consumo, através de vendedores locais. Contudo, a situação complica no caso de vendas interestaduais para adquirentes finais domésticos, a exemplo das vendas através da Internet. Nestas, não há vendedores locais para recolherem o tributo na ponta da cadeia de consumo, vez que a operação se realiza envolvendo somente o fornecedor (que não recolhe o *sales tax*, haja vista tratar-se de venda para outro estado) e o comprador (que não paga o *use tax*, por adquirir o bem diretamente de outro estado, sem vendedores locais intermediários). Isso porque, no precedente *Quill Corp. V. North Dakota*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que vendedores remotos não podem ser obrigados a recolher *use tax*, salvo se possuem uma presença física no estado em que se situa o mercado consumidor¹⁹, estabelecendo o chamado *nexus*.

As conseqüências dessa diferença de tributação se agravam com a imensa difusão do comércio eletrônico, criando vantagens competitivas para os produtos adquiridos por meio da Internet em detrimento daqueles comercializados no varejo tradicional (lojas de rua, *shopping centers*, etc.). Forma-se, pois, um desequilíbrio no *level playing field*, deixando-se de gravar de igual maneira bens que servem para satisfazer as mesmas necessidades²⁰.

Argumentando em prol de um tratamento tributário equitativo (com vistas a assegurar um adequado *level playing field*), bem como pensando nas repercussões financeiras da arrecadação de impostos sobre as vendas realizadas através da Internet, consolidou-se um verdadeiro *lobby* para impulsionar alterações legislativas nessa matéria. Porém, as propostas de tributação do comércio eletrônico, especialmente na modalidade direta, esbarram em várias dificuldades técnicas e políticas. Para ser obedecido o princípio da destinação, vendedores remotos (*remote vendors*) precisariam recolher antecipadamente o *use tax*, o que atualmente se mostra quase impossível, em face das inúmeras jurisdições tributárias existentes, as quais não trabalham com alíquotas uniformes. Além disso, a exigência de presença física do estabelecimento vendedor precisaria ser repensada, pois a Internet traz em seu bojo a concepção

19 MCLURE JR., Charles E. *The Taxation of Electronic Commerce: Background and Proposal*. Disponível em: <http://www.law.wayne.edu/Faculty/Fac_web/mcintyre/text/mclure_appeal_short.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2010.

20 Cf. CORABI, Giampaolo; MCLURE JR., Charles E. *La Tributación sobre el Comercio Electrónico: Objetivos Económicos, Restricciones Tecnológicas y Legislación Tributaria*. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 28.

de presenças virtuais, que embora não corporificadas são imbuídas de características absolutamente análogas, ao menos sob o aspecto da finalidade econômica.

Em verdade, os conceitos tributários tradicionalmente utilizados pelo Direito norte-americano para a tributação de operações de circulação de bens foram desenvolvidos em uma era tecnológica diferente, e demandam adaptação em face da realidade trazida pela Internet, em atendimento ao princípio da neutralidade. Tais adequações, logicamente, devem levar em conta o mundo sem fronteiras do ciberespaço, e a necessidade de uma política tributária que não crie distorções mercadológicas em função da natureza dos bens objeto de circulação. Embora ainda não definidos os critérios com base nos quais essas mudanças se efetivarão, o *Internet Tax Freedom Act* e os trabalhos da Comissão de Comércio Eletrônico, por ele criada, possibilitaram a construção de um debate nacional equilibrado entorno das inúmeras problemáticas tributárias ligadas ao comércio eletrônico.

3.2 OCDE

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a partir de conferência ocorrida no ano de 1998, em Ottawa, sintetizou princípios fundamentais que deveriam guiar a solução dos problemas relacionados à tributação do comércio eletrônico. São eles: (i) neutralidade; (ii) eficiência; (iii) certeza e simplicidade; (iv) efetividade; (v) flexibilidade²¹.

O princípio da neutralidade (*neutrality*) reclama um tratamento equitativo entre o comércio eletrônico e o convencional, de modo que contribuintes em situação similar, realizando transações similares, se sujeitem a níveis similares de tributação (para as empresas, isso se traduz em um *level playing field* adequado). O princípio da eficiência (*efficiency*), a seu turno, impõe que despesas tributárias e de arrecadação sejam minimizadas ao máximo. Já a certeza e simplicidade (*certainty and simplicity*) exigem regras tributárias claras e simples de serem entendidas, de forma a que o contribuinte possa prever as conseqüências tributárias de uma transação econômica a ser por ele realizada. Por fim, o princípio da efetividade (*effectiveness*) compele a tributação a produzir a quantidade certa de tributo no momento certo, minimizando o potencial

21 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Implementation of the Ottawa Taxation Framework Conditions*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/45/19/20499630.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

de evasão fiscal, enquanto a flexibilidade (*flexibility*) requer dos sistemas tributários mobilidade e dinamismo para assegurar que eles caminhem *pari passu* com o desenvolvimento tecnológico e comercial.

Demais disso, defendeu-se em Ottawa a preservação dos princípios internacionais tributários existentes, ainda que sujeitos a certos ajustes, em virtude das circunstâncias específicas das transações comerciais levadas a cabo por meio da Internet (notadamente a ausência de presença física, desmaterialização dos bens comercializados e dos meios de pagamento)²², bem como se reafirmou a desnecessidade de criar figuras tributárias novas, que poderiam se revelar discriminatórias quanto a esses tipos de negócios²³. Por outro lado, a OCDE também reconheceu a necessidade de se continuar monitorando como as receitas de impostos diretos vêm sendo afetadas pelas mudanças nos modelos de negócios resultantes das novas tecnologias de comunicação²⁴.

3.3 UNIÃO EUROPEIA

No âmbito da União Européia, reputa-se aplicável ao comércio eletrônico o Imposto sobre Valor Acrescentado – IVA, conforme se infere do art. 11º do Regulamento da Comunidade Européia (CE) n°. 1777, de 17 de Outubro de 2005.

Referido dispositivo normativo estabelece medidas de aplicação da Diretiva 77/388/CEE, relativa ao sistema comum de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), considerando “serviços”, para fins da incidência do mencionado tributo, dentre outras atividades: (a) o fornecimento de produtos digitalizados em geral, nomeadamente os programas informáticos e respectivas alterações e atualizações; (b) serviços de criação ou de apoio à presença de empresas ou de particulares numa rede eletrônica, tais como um sítio ou uma página na Internet; (c) serviços gerados automaticamente por computador através da Internet ou de uma rede eletrônica, em resposta a dados específicos introduzidos pelo destinatário; (d) concessão, a título oneroso, do direito de colocar um bem ou um serviço à venda num sítio eletrônico que funciona como

22 LANARI, Flávia de Vasconcellos. *A Tributação do Comércio Eletrônico*. São Paulo: Del Rey, 2005, p. 156.

23 EMERENCIANO, Adeldo da Silva. *Tributação no Comércio Eletrônico*. São Paulo: IOB, 2003, p. 72.

24 Estudo da OCDE sobre a compatibilidade dos tratados internacionais existentes com o comércio eletrônico desta que: “[...] is a need to continue to monitor how direct tax revenues are affected by changes to business models resulting from new communication technologies.”. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce?* Final Report, p. 72. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2010

mercado “em linha” (*on line*), em que os compradores potenciais fazem as suas ofertas através de um processo automatizado e em que as partes são prevenidas da realização de uma venda através de um correio eletrónico gerado automaticamente por computador; (e) pacotes de fornecimento de serviços de Internet (ISP) em que a componente telecomunicações constitui um elemento auxiliar e secundário (ou seja, pacotes que vão além do mero acesso à Internet e que compreendem outros elementos, tais como páginas de conteúdo que dão acesso a notícias e a informações meteorológicas ou turísticas; espaços de jogo; alojamento de sítios; acesso a debates em linha, etc.)²⁵.

Nota-se que o caminho perfilhado pela União Européia também é no sentido de não criar novas espécies tributárias para regular os negócios eletrónicos, mas sim ajustar as legislações comunitárias existentes para englobar no conceito de serviços também aqueles desenvolvidos por meio da Internet.

No entanto, algumas questões complicam a implementação do IVA sobre o comércio eletrónico direto, especialmente a dificuldade de se recolher de consumidores e comerciantes não registrados um tributo baseado no princípio da destinação. Exigir que vendedores (ou prestadores de serviços) de conteúdo digital domiciliados em outras jurisdições recolham o imposto da nação em que o consumidor adquirente reside é bastante problemático²⁶, e envolve a aplicação extraterritorial de leis comunitárias.

Por se mover unilateralmente no que tange à tributação do comércio eletrónico, sem esperar um consenso internacional, a União Européia chegou a ser bastante criticada. Afinal, se o comércio de conteúdos digitais deve ser tributado com base na destinação, uma substantiva cooperação internacional será necessária. Tanto assim que a diretiva 2000/31/CE estabelece que para assegurar um desenvolvimento do comércio eletrónico sem obstáculos, o quadro jurídico dos países membros deve ser claro, simples, previsível e coerente com as regras vigentes a nível internacional, de modo a não prejudicar

25 CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. *Regulamento (CE) n.º. 1777/2005*. Jornal Oficial da União Européia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2005/l_288/l_28820051029pt00010009.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2010.

26 Cf. MCLURE JR., Charles E. The Value Added Tax on Electronic Commerce in the European Union. *International Tax and Public Finance*. Nov. 2003, p. 756. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/14102099l8546u63/>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

a competitividade da indústria europeia e não obstaculizar a inovação no setor²⁷.

3.4 CANADÁ

Em 1998, as autoridades fiscais canadenses indicaram sua intenção de basear quaisquer novas regras para a tributação do comércio eletrônico em *standards* gerais, conforme propugnado pela OCDE. Nesse diapasão, cuidaram de aproximar as novas situações surgidas às regras já existentes, mediante a criação de normas específicas com a finalidade de clarificar as disposições do *Excise Tax Act*²⁸, que prevê a incidência tributária do chamado *GST (Goods and Services Tax)* sobre operações de venda de bens, serviços e propriedades intangíveis no Canadá²⁹, um dos países pioneiros no desenvolvimento do comércio eletrônico. Assim, para fins de arrecadação do referido imposto, *downloads* e transferências de produtos digitais foram considerados suprimentos de propriedade intangível (*supply of tangible personal property*), enquanto a hospedagem (*hosting*) de *web sites* e contratos de manutenção de *software* restaram classificados como serviços³⁰.

De acordo com a legislação canadense, o vocábulo “propriedade” utilizado na regra de incidência do *GST* deve ser entendido como qualquer propriedade, seja ela real ou pessoal, móvel ou imóvel, tangível ou intangível, corpórea ou incorpórea, inclusive interesses de qualquer tipo e ações, exceto dinheiro. A amplitude do conceito, nessa medida, facilita a perfeita adequação da transferência de bens intangíveis na hipótese de incidência do *GST*, de maneira que atualmente os negócios eletrônicos já encontram plena ressonância na moldura jurídica daquele país.

A posição do Canadá, consubstanciada no relatório *Electronic Commerce and Canada's Tax Administration*, elaborado pela *Canada*

27 BRIGANTI, Giuseppe. *La Disciplina del Commercio Elettronico*: La direttiva 2000/31/CE e la sua attuazione in Italia. Disponível em: <<http://www.iusreporter.it/Testi/e-commercebook.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2010. Trad. livre. Original: “*Per assicurare uno sviluppo senza ostacoli del commercio elettronico, il quadro giuridico deve essere chiaro e semplice, prevedibile e coerente con le regole vigenti a livello internazionale, in modo da non pregiudicare la competitività dell'industria europea e da non ostacolare l'innovazione nel settore*”.

28 Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/E-15//en>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

29 LIGTHART, Jenny e. *Consumption Taxation in a Digital World: A Primer*. Disponível em: <<http://www.cft.ca/PDF/04ctjpdf/04ctj4-ligthart.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

30 Cf. CANADA CUSTOMS AND REVENUE AGENCY. *GST/HST and Electronic Commerce. GST/HST Technical Information Bulletin – July 2002*. Disponível em: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/gm/b-090/b-090-e.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

Customs and Revenue Agency (CCRA), caminha no sentido de afirmar que, além de prejudicar o livre comércio, a elaboração de novos tributos teria o potencial de desmotivar empresas a realizarem negócios naquele país. Daí a recomendação de serem tributadas as transações comerciais existentes em consonância com a legislação em vigor, efetuando-se as devidas adequações, se necessárias³¹.

3.5 ALADI

Em setembro de 2002, a Secretaria Geral da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) divulgou estudo sobre a situação tributária do comércio eletrônico (*Estudio sobre la Situación Tributaria del Comercio Electrónico*), elaborado pelos consultores Norberto Campagnale e Juan Pablo McEwan, objetivando: (i) analisar os impactos da elisão tributária provocada pelo comércio eletrônico de bens digitalizados e identificar os mecanismos mais apropriados para evitá-la; (ii) analisar os impactos impositivos produzidos pelo desenvolvimento de atividades que geram grande quantidade de operações comerciais via eletrônica, com sujeitos residentes em um mesmo Estado ou entre sujeitos de diversos Estados; (iii) determinar as conseqüências sobre a arrecadação de impostos nacionais e locais derivadas de operações de comércio eletrônico³².

No que concerne aos impostos gerais sobre consumo, o relatório aponta reiteradamente para o dever de observância ao princípio da neutralidade. Sob esse viés, alterações legislativas deveriam se pautar no compromisso de evitar medidas prejudiciais ao crescimento do comércio eletrônico, além de prever precisamente a definição, o alcance e o tratamento das operações entendidas como venda de bens imateriais, serviços ou cessão de direitos.

O estudo demonstra que problemas relativos à tributação de bens digitais são comuns a todos os países membros da ALADI, e sugere o tratamento igualitário em relação a bens similares comercializados em suporte físico³³. Porém, uma das dificuldades constatadas nas legislações

31 Cf. LANARI, Flávia de Vasconcellos. *A Tributação do Comércio Eletrônico*. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 165-166.

32 ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. Secretaría General. *Estudio sobre la Situación Tributaria del Comercio Electrónico*. Disponível em: <<http://www.mecon.gov.ar/comercio/electronico/desarrollo.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

33 Diz o relatório: “[...]los países deben determinar si dicho bien digitalizado debería estar alcanzado por los tributos aduaneros y por el IVA de igual forma que si la entrega hubiera sido realizada en soporte físico, a efectos de no afectar el principio de neutralidad”. In: ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN.

dos países membros é a amplitude do conceito de mercadorias, tradicionalmente vinculado a uma idéia de materialidade. Mesmo no exemplo atípico da Argentina, onde se verifica que locações e prestações de serviços efetuadas no exterior são equiparadas a mercadorias para fins de incidência do IVA, observou-se que as disposições existentes apenas se aplicam a bens tangíveis, por não estarem regulamentados todos os elementos necessários à configuração do fato gerador (*hecho imponible*) pela administração tributária.

Demais disso, o relatório frisa que, haja vista ser o comércio eletrônico um tema complexo e com avanços imprevisíveis, uma adequada previsão legal evitaria confusões habitualmente comuns, na medida em que simplificaria a determinação do tributo devido para o contribuinte e facilitaria a correta aplicação do gravame pelas Administrações Tributárias. Sob essa ótica, deveria haver alterações legislativas para fins de se adequar os atuais sistemas tributários à realidade do comércio eletrônico, sem perder de mente a necessidade de atentar-se cuidadosamente para o tratamento fiscal e as distinções entre “entrega de bens”, “prestações de serviços” e “cessões de direitos”. Tudo para evitar brechas das quais possa derivar discriminação fiscal em virtude do meio de distribuição da utilidade comercializada (v.g. suporte físico *versus* bem digital), em desrespeito ao princípio da neutralidade³⁴.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática da tributação do comércio eletrônico é demasiadamente complexa para limitar-se aos sumários pontos levantados ao longo de nossa abordagem. Não procuramos esgotar em minúcias as discussões acerca do tratamento tributário das operações comerciais realizadas através da Internet. Ao revés, optamos por traçar visões panorâmicas de diferentes entendimentos firmados no âmbito internacional em torno do tema, visando a fomentar discussões vindouras sobre a dúvida que ainda persiste em relação a algumas modalidades de comércio eletrônico: tributar ou não tributar (*to tax or not to tax*)?

Uma nova realidade de trocas econômicas já se desenha neste início de século, marcada pela intangibilidade dos bens comercializados

Secretaría General. *Estudio sobre la Situación Tributaria del Comercio Electrónico*. Disponível em: <<http://www.mecon.gov.ar/comercio/electronico/desarrollo.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

34 ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. Secretaría General. *Estudio sobre la Situación Tributaria del Comercio Electrónico*. Disponível em: <<http://www.mecon.gov.ar/comercio/electronico/desarrollo.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

e pela relativização do espaço geográfico como elemento determinante do nexo entre produção e consumo. A definição dos caminhos que a tributação deverá percorrer nesse cenário pressupõe passos velozes como os avanços tecnológicos, mas também juridicamente seguros, de modo a não criar distorções valorativas entre o comércio tradicional e aquele desenvolvido por meio da Internet.

5 REFERÊNCIAS

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. Secretaría General. *Estudio sobre la Situación Tributaria del Comercio Electrónico*. Disponível em: <<http://www.mecon.gov.ar/comercio/electronico/desarrollo.pdf>>.

BRAGHETTA, Daniela de Andrade. *Tributação no Comércio Eletrônico à Luz da Teoria Comunicacional do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

BRIGANTI, Giuseppe. *La Disciplina del Commercio Elettronico*: La direttiva 2000/31/CE e la sua attuazione in Italia. Disponível em: <<http://www.iusreporter.it/Testi/ecommercebook.pdf>>.

BRUCE, Donald; FOX, Willian; MURRAY, Matthew. To tax or not to tax? The case of electronic commerce. *Contemporary Economic Policy*. Vol. 21, n. 1. Jan 2003, p. 26. Disponível em: <<http://cep.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/21/1/25?etoc>>.

CANADA CUSTOMS AND REVENUE AGENCY. GST/HST and Electronic Commerce. *GST/HST Technical Information Bulletin* – July 2002. Disponível em: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/gm/b-090/b-090-e.pdf>>.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. *Regulamento (CE) n.º 1777/2005*. Jornal Oficial da União Européia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2005/l_288/l_28820051029pt00010009.pdf>.

CORABI, Giampaolo; MCLURE JR., Charles E. *La Tributación sobre el Comercio Electrónico: Objetivos Económicos, Restricciones Tecnológicas y Legislación Tributaria*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

DÍAZ, Vicente Oscar. *El Comercio Electrónico y sus Efectos en las Relaciones Tributarias Internacionales* – La Reformulación del Concepto de Establecimiento Permanente. Buenos Aires: Macchi, 2001.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Tributação no Comércio Eletrônico*. São Paulo: IOB, 2003.

LANARI, Flávia de Vasconcellos. *A Tributação do Comércio Eletrônico*. São Paulo: Del Rey, 2005.

LÉVY, Pierre. *O que é o Virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: ed. 34, 1996.

LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House.

LIGHTHART, Jenny e. *Consumption Taxation in a Digital World: A Primer*. Disponível em: <<http://www.ctf.ca/PDF/04ctjpdf/04ctj4-ligthart.pdf>>.

MCLURE JR., Charles E. The Value Added Tax on Electronic Commerce in the European Union. *International Tax and Public Finance*. Nov. 2003, p. 756. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/1410209918546u63/>>.

_____. *The Taxation of Electronic Commerce: Background and Proposal*. Disponível em: <http://www.law.wayne.edu/Faculty/Fac_web/mcintyre/text/mclure_appeal_short.pdf>.

MEZA, Rita Villanueva. *Aproximación al Comercio Electrónico y Política Fiscal Internacional de Imposición al Consumo en América*. Disponível em: <<http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Villanueva%20Meza,%20Rita.pdf>>.

NUÑEZ, Adriana S. *Comercio Electrónico – Aspectos Impositivos, Contables y Tecnológicos*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 31.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Implementation of the Ottawa Taxation Framework Conditions*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/45/19/20499630.pdf>>.

_____. *The Economic and Social Impact of Electronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/3/12/1944883.pdf>>.

_____. *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce?* Final Report, p. 72. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf>>.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de, ZIVELTI, Fernando Aurélio e MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Tributação do Setor Comercial*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

THE MACKINAC CENTER FOR PUBLIC POLICY. *Internet Purchases: To Tax or Not to Tax, Here Are The Questions*. Analysis of Arguments for and against Taxation of Internet Consumers and Recommendations to Keep the “Cyber-Economy” Growing. Disponível em: <<http://www.mackinac.org/article.aspx?ID=2771>>.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of the Treasury. Office of Tax Policy. *Selected Tax Policy of Global Electronic Commerce*. Washington, 1996. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/offices/tax-policy/library/internet.pdf>>.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Special Studies 2: Electronic Commerce and the Role of the WTO*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/special_study_2_e.pdf>.

CONVÊNIO ENTRE PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL: (RE)DEFININDO COMPETÊNCIAS NA RECUPERAÇÃO DOS CRÉDITOS FGTS

AGREEMENT BETWEEN THE PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL AND CAIXA ECONOMICA FEDERAL: DEFINING THE POWERS OF RECOVERY CREDITS FGTS

Ramon Lisboa

*Procurador Substituto da Divisão de Dívida Ativa da União da 4ª Região,
mestre em Direito da Integração pelo MILA-UFSM,
Professor de Direito Tributário e Financeiro*

SUMÁRIO: 1 Contribuição ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; 2 Atuação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) na recuperação dos créditos FGTS; 3 Fluxo dos dados relativos ao crédito de FGTS: Ministério do Trabalho, Caixa Econômica Federal e PGFN, definição de competências; 4 Convênio PGFN/Caixa para cobrança dos créditos de FGTS; 4.1 Natureza jurídica do convênio firmado entre PGFN e Caixa Econômica Federal para cobrança dos créditos de FGTS; 4.2 Objeto e amplitude do convênio PGFN/ Caixa Econômica Federal para cobrança dos créditos de FGTS; 4.3 Delegação administrativa para representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva; 5 Inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de serviço – FGTS; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A investigação apresentada trata de uma análise do fluxo de dados para constituição dos créditos de FGTS, traçando o papel institucional da PGFN enquanto agente competente para inscrição e cobrança dos créditos, e da Caixa Econômica Federal, na qualidade de delegatária dos atos de cobrança, indagando-se, inclusive, sobre o alcance e natureza do Convênio entre os dois entes para o cumprimento das disposições da lei 8.844/94.

ABSTRACT: The research presented is an analysis of the data stream to form the credits FGTS, tracing the institutional role of PGFN as an agent responsible for registration and collection of debts, and Caixa Economica Federal, as delegate of the acts of recovery, asking It is even on the scope and nature of the Agreement between the two entities to comply with the provisions of Law 8.844/94.

PALAVRAS-CHAVE: Contribuições ao FGTS. Competências. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Caixa Econômica Federal. Convênio.

KEYWORDS: Contributions to FGTS. Skills. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Caixa Econômica Federal. Agreement.

1 CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO

Já que este estudo se propõe investigar os mecanismos de cobrança da contribuição ao FGTS, inicialmente é necessário fixar que, a contribuição ao FGTS sequer pertence à União, trata-se de valores que por direito pertencem ao trabalhador, expressão textual do art. 7º, inciso III da CF/88.

Justamente por isso a excelsa Corte definiu o FGTS como *direito social do trabalhador*, em julgado histórico, anterior a Constituição de 1988, no qual chancela o entendimento de que essa contribuição não tem natureza tributária:

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SUA NATUREZA JURÍDICA. CONSTITUIÇÃO, ART. 165, XIII. LEI N. 5.107, DE 13.9.1966. AS CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS NÃO SE CARACTERIZAM COMO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OU CONTRIBUIÇÕES A TRIBUTOS EQUIPARÁVEIS. SUA SEDE ESTA NO ART. 165, XIII, DA CONSTITUIÇÃO. ASSEGURA-SE AO TRABALHADOR ESTABILIDADE, OU FUNDO DE GARANTIA EQUIVALENTE. DESSA GARANTIA, DE INDOLE SOCIAL, PROMANA, ASSIM, A EXIGIBILIDADE PELO TRABALHADOR DO PAGAMENTO DO FGTS, QUANDO DESPEDIDO, NA FORMA PREVISTA EM LEI. CUIDA-SE DE UM DIREITO DO TRABALHADOR. DA-LHE O ESTADO GARANTIA DESSE PAGAMENTO. A CONTRIBUIÇÃO PELO EMPREGADOR, NO CASO, DEFLUI DO FATO DE SER ELE O SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO, DE NATUREZA TRABALHISTA E SOCIAL, QUE ENCONTRA, NA REGRA CONSTITUCIONAL ALUDIDA, SUA FONTE. A ATUAÇÃO DO ESTADO, OU DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM PROL DO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DO FGTS, NÃO IMPLICA TORNA-LO TITULAR DO DIREITO A CONTRIBUIÇÃO, MAS, APENAS, DECORRE DO CUMPRIMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR E TUTELAR A GARANTIA ASSEGURADA AO EMPREGADO OPTANTE PELO FGTS. NÃO EXIGE O ESTADO, QUANDO ACIONA O EMPREGADOR, VALORES A SEREM RECOLHIDOS AO ERÁRIO, COMO RECEITA PÚBLICA. NÃO HÁ, DAI, CONTRIBUIÇÃO DE NATUREZA FISCAL OU PARAFISCAL. OS DEPOSITOS DO FGTS PRESSUOEM VINCULO JURÍDICO, COM DISCIPLINA NO DIREITO DO TRABALHO. NÃO SE APLICA

AS CONTRIBUIÇÕES DO FGTS O DISPOSTO NOS ARTS. 173 E 174, DO CTN. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, POR OFENSA AO ART. 165, XIII, DA CONSTITUIÇÃO, E PROVIDO, PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA AÇÃO. (RE nº 100.249/SP, Rel Min. Oscar Correa, Relator para o acórdão Min. Néri da Silveira, Julgamento 02/12/1987, Tribunal Pleno, DJ 01/07/1988).

Reforça o argumento do STF o fato de os depósitos efetuados pelo empregador ficarem vinculados ao trabalhador respectivo¹. Trata-se de verdadeira economia forçada que o trabalhador deve se sujeitar, para apenas quando vier a configurar-se a situação descrita na lei, aí então possa ser efetuado o saque dos valores depositados pelo empregador.

Por outro lado, também vale ressaltar que esse assentado foi lavrado antes de 1988, após a Constituição Cidadã a colenda Corte não teve oportunidade de enfrentar a natureza da contribuição ao FGTS, há julgados nos quais a mesma é discutida apenas em *obiter dictum*.

Já o Superior Tribunal de Justiça pacificou totalmente a questão, vindo inclusive a sumular seu entendimento: Súmula 353: “As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS”².

A própria PGFN já teve oportunidade de se manifestar internamente sobre a questão, tendo sido expedida a Nota PGFN/CDA/nº 644/2009, através da qual a ilustre Procuradora da Fazenda Nacional, Dra. Cely Martins Nogueira, seguindo a linha de entendimento esposada pelo relator do acórdão acima transcrito, Ministro Oscar Correa, o qual saiu vencido na votação, demonstra que a contribuição ao FGTS em tudo se amolda ao disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional, contudo, apesar de toda essa simetria, a atual posição dos Tribunais Superiores faz silenciar qualquer entendimento diverso.

1 Pode ocorrer que haja aplicação dos recursos não vinculados diretamente ao trabalhador considerado individualmente – habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana, conforme art. 9º, § 2º, da lei 8.036/90.

2 Sobejante jurisprudência: AgRg no Ag 1.075.114, AgRg no REsp 1.015.655, REsp 898.274, REsp 837.411, REsp961.011, REsp 653.343.

2 ATUAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN) NA RECUPERAÇÃO DOS CRÉDITOS FGTS

A partir de 1994 a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional passou a ser o órgão competente para realização da cobrança do FGTS³, através da lei 8.844/94 com o seguinte teor:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997)

§ 1º O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço fica isento de custas nos processos judiciais de cobrança de seus créditos. (Incluído pela Lei nº 9.467, de 1997)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.467, de 1997)

§ 3º Os créditos relativos ao FGTS gozam dos mesmos privilégios atribuídos aos créditos trabalhistas. (Incluído pela Lei nº 9.467, de 1997)

§ 4º Na cobrança judicial dos créditos do FGTS, incidirá encargo de 10% (dez por cento), que reverterá para o Fundo, para ressarcimento dos custos por ele incorridos, o qual será reduzido para 5% (cinco por cento), se o pagamento se der antes do ajuizamento da cobrança. (Redação dada pela Lei nº 9.964, de 2000)

3 A lei 5.107 de 13 de setembro de 1966, foi revogada pela lei 7.839 de 12 de outubro de 1989, e esta pela lei 8.036 de 11 de maio de 1990, com isso, o BNH/IAPAS deixou de ser o agente responsável pela inscrição e cobrança da dívida ativa do FGTS e essas atividades ficaram abandonadas até a publicação da lei 8.844/94.

A primeira parte do caput do art. 2^a, demonstra claramente que a competência da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional abrange a inscrição em dívida ativa dos créditos de FGTS.

Por ilação pode-se chegar a conclusão também que a competência da PGFN principia com a inscrição em dívida ativa, não sendo de sua alçada os atos de administração do crédito anteriores a inscrição, mas claro, compete-lhe a análise da higidez de tais atos quando da inscrição em dívida para o ateste de certeza e liquidez do débito.

Contudo, neste ponto deve-se fazer uma leitura conjugada com a segunda parte do caput do art. 2^a, a qual afirma que compete a PGFN a representação judicial e extrajudicial para cobrança do FGTS.

Ora, disso conclui-se que todos os atos de cobrança do FGTS, sejam judiciais ou extrajudiciais, são de competência da PGFN, sem limitação temporal. Portanto, mesmo os atos de cobrança anteriores a inscrição em dívida ativa, o que pode ocorrer considerando a conveniência/oportunidade de se voltar contra o devedor nesse momento, são de competência da PGFN.

Assim, o marco que define a transferência de responsabilidade do crédito para PGFN é a inscrição em dívida ativa, contudo, se houver qualquer ato de cobrança, independentemente da fase em que se encontra o crédito, mesmo antes da inscrição, esse ato de cobrança necessariamente é da competência da PGFN.

Atualmente a PGFN possui uma posição institucional diversa desse entendimento, a qual foi firmada nos seguintes instrumentos de orientação: NOTA PGFN/CDA/DFGTS nº 206/2010, bem como, a NOTA CDA/DFGTS/Nº 164/2010, da lavra do ilustre Procurador da Fazenda Nacional Dr. Gustavo Franco Raulino.

Segundo essas orientações, a PGFN não realiza atos de cobrança antes da inscrição em dívida ativa, tendo como justificativa o fato de não realizar o processo de cobrança antes de atestar a certeza e liquidez do crédito, e ainda, outro fundamento utilizado é que para que haja cobrança pela PGFN o crédito pode ser não tributário, contudo, deve ter natureza fiscal, assumindo tal roupagem a partir da inscrição em dívida ativa.

O presente estudo discrepa desse entendimento.

O último argumento parece ser o mais frágil, já que nem por hipótese as contribuições do FGTS são consideradas receitas públicas, e portanto não se equiparam a créditos fiscais. Trata-se, como já repisado, direito social do trabalhador, e nessa condição intocável pela União, mesmo que possa ser utilizado eventualmente em obras de habitação, saneamento básico, etc. Isso não tem o condão de definir a natureza jurídica desse crédito como receita pública, muito menos o ato de inscrição transforma o direito social do trabalhador em crédito fiscal.

E acima dessas considerações ainda se deve atentar para o seguinte, a PGFN tem como missão institucional definida no inciso V do art. 12 da LC 73/93 representar a União nas causas de natureza fiscal⁴. Contudo, no caso do FGTS a PGFN não está exercendo essa competência, na cobrança de créditos fiscais da UNIÃO, tributários ou não tributários, mas no caso em tela a PGFN está exercendo a competência que lhe foi conferida pelo art. 2º da lei 8.844/94, a recuperação de créditos do FGTS, pertencentes aos trabalhadores brasileiros.

Portanto, a simples inscrição em dívida ativa não transforma esses créditos do FGTS em créditos fiscais, a PGFN está exercendo suas funções tendo em vista a recuperação de créditos para os respectivos trabalhadores. Desse modo, o fato de estar ou não inscrito em dívida ativa não provoca qualquer restrição no ato de cobrança.

Já o argumento de que a PGFN não promove cobranças antes do ateste de certeza e liquidez, o mesmo não subsiste por dois motivos: primeiro, a competência para cobrança do FGTS decorre diretamente da lei 8.844/94, e não de qualquer outro diploma.

Nesse caso, sendo tal lei a fonte primacial de onde dimana a competência da PGFN para cobrança do FGTS, deve-se, por óbvio, buscar nos seus dispositivos o campo de atribuições conferido e seus

4 Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente: I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial; II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário; III - (VETADO) IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial; V - representar a União nas causas de natureza fiscal. Parágrafo único - São consideradas causas de natureza fiscal as relativas a: I - tributos de competência da União, inclusive infrações à legislação tributária; II - empréstimos compulsórios; III - apreensão de mercadorias, nacionais ou estrangeiras; IV - decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal; V - benefícios e isenções fiscais; VI - créditos e estímulos fiscais à exportação; VII - responsabilidade tributária de transportadores e agentes marítimos; VIII - incidentes processuais suscitados em ações de natureza fiscal.

respectivos limites. O art. 2º retro citado fala em “representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança”.

Ora, com total clareza depreende-se que todo e qualquer ato de cobrança dessa contribuição é realizada pela PGFN, seja no plano judicial ou extrajudicial. A cobrança administrativa anterior a inscrição em dívida amolda-se numa dessas possibilidades? Sim, na cobrança extrajudicial.

Portanto, não se pode afastar a competência da PGFN para cobrança do FGTS antes da inscrição em dívida ativa porque não haveria competência institucional nessa fase.

Segundo, certamente existe entrelaçamento entre o ato de inscrição em dívida ativa e o ateste de certeza e liquidez do crédito. Contudo, cremos seja falsa a assertiva de que não possa haver ateste de liquidez e certeza sem o ato de inscrição em dívida ativa.

Isso porque, é plenamente factível a especificação de sistemas para promover o ateste de liquidez e certeza do crédito e, antes da chancela da inscrição em dívida ativa, encaminhar carta de cobrança para o devedor, caso haja conveniência/opportunidade para arrecadação. Ante o não pagamento no prazo estipulado, chancela-se com a inscrição em dívida ativa.

Observe-se, como já foi dito, houve prévia especificação no sistema para colimar com o ateste de certeza e liquidez do crédito, apenas se colocou uma fase anterior a chancela da inscrição em dívida ativa, consistente em ato de cobrança visando maior arrecadação.

Diante do exposto, não encontra firmeza a assertiva de que a PGFN não possa fazer cobrança administrativa antes da inscrição em dívida ativa já que no caso do FGTS a lei 8.844/94 é a fonte primacial de sua competência, e quanto a legalidade de tal cobrança, sem dúvida o ato de inscrição em dívida ativa está entrelaçado com o ateste de liquidez e certeza do crédito, contudo, isso não implica na impossibilidade de tais fases ocorrerem em momentos distintos, mormente em se tratando de mera especificação no sistema que, após o ateste de liquidez e certeza, e antes da chancela da inscrição, encaminha uma carta-cobrança ao devedor visando incremento na arrecadação, essa sim a missão institucional da PGFN.

Nessa mesma linha de entendimento, o Ministro José Delgado do Superior Tribunal de Justiça manifestou seu entendimento que foi seguidos pelos seus pares, no sentido de que a competência da PGFN não se inicia com o ato de inscrição, mas é antecedente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. DÉBITO FUNDIÁRIO NÃO-INSCRITO. ART. 2º DA LEI 8.844/1994 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.467/1997). NEGATIVA DE VIGÊNCIA NÃO-CONFIGURADA.

1. Recurso especial no qual se alega violação do art. 2º da Lei 8.844/1994 sob o argumento de ser ilegítima a Fazenda Nacional para responder demanda que envolva anulação de débitos não inscritos em dívida ativa.

2. O art. 2º da Lei 8.844/1994 (redação dada pela Lei 9.467/1997) confere à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva.

3. Não há razoabilidade em dizer que a União só é parte legítima nos casos que envolvam cobrança de débito fundiário devidamente inscrito. Se a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional tem competência para a inscrição e a correspondente cobrança dos débitos do FGTS, também será competente para a defesa da sua exigibilidade, nos casos em que o contribuinte a questionar, ainda que se trate de débito não inscrito. 4. Recurso especial não-provido (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 948535 RS 2007/0101687-0; Primeira Turma, julgado em 19/02/2008, DJe 05/03/2008)

Por fim, vale ressaltar que entendimento diverso fulmina qualquer ato de cobrança realizado antes da inscrição em dívida ativa, inclusive os praticados pela Caixa enquanto delegatária da PGFN como se verá adiante.

Para melhor compreender a esfera de atuação da PGFN na recuperação dos créditos, essencial analisar o fluxo de dados relativos ao FGTS.

3 FLUXO DOS DADOS RELATIVOS AO CRÉDITO DE FGTS: MINISTÉRIO DO TRABALHO, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E PGFN, DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Excepcionados os atos de cobrança, todo tratamento do crédito anterior a inscrição em dívida ativa não é de responsabilidade da PGFN.

Nesse sentido, o art. 1^a da mesma lei esclarece:

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.

Depreende-se de referida norma a competência do Ministério do Trabalho para realização dos atos de administração tributária anteriores a inscrição em dívida ativa, com a colaboração da Caixa Econômica Federal, a qual prestará as informações necessárias.

Na prática, o fluxo dos dados relativos ao crédito de FGTS tem um caráter *sui generis*, porque diferentemente dos créditos tributários da União, os quais são constituídos por um órgão centralizado, a Receita Federal do Brasil, os créditos de FGTS tem origem plurigênica. É que eles tanto podem ter sua gênese através de um ato do credor, que no caso é representado pelo MTE, em razão do art. 1 da Lei 8.844/94,⁵ como também, podem se originar de confissões de dívida (termos de parcelamento rescindidos) feitas pelo empregador diretamente junto a Caixa Econômica, agente arrecadador⁶, sem nunca passar pelo Ministério do Trabalho.

5 O crédito do FGTS é constituído pelo Ministério do Trabalho e Emprego através de um processo administrativo o qual tem início com a lavratura de uma notificação fiscal para Recolhimento da Contribuição para o FGTS e Contribuição Social – NFGC ou uma Notificação Fiscal para Recolhimento Rescisório do FGTS e das Contribuições Sociais – NRFC, consoante Instrução Normativa nº 25, de 20 de dezembro de 2001, do Ministério do Trabalho e Emprego.

6 A base legal das atribuições da Caixa Econômica Federal atuar como agente arrecadador está no art. 7º, I, da Lei 8.036/90.

Além disso, após a apuração do crédito, o Ministério do Trabalho necessariamente irá remeter os dados para Caixa Econômica, a qual, na qualidade de agente arrecadador, pode ter recebido do sujeito passivo pagamentos relativos ao crédito apurado pelo Ministério do Trabalho, aí então terá oportunidade de promover a imputação dos valores recebidos antes de encaminhar o saldo devedor para a respectiva inscrição em dívida.

Do exposto verifica-se que por força das circunstâncias, seja a origem do crédito através de confissão de dívida (termos de parcelamento rescindidos) realizada no âmbito da Caixa, seja pela análise realizada pela Caixa de eventuais pagamentos do crédito apurado pelo Ministério do Trabalho, a PGFN necessariamente irá receber os dados relativos ao crédito para inscrição em dívida ativa do agente arrecadador, a Caixa Econômica Federal⁷.

Esse é o desenho do fluxo dos dados referentes ao crédito de FGTS encaminhado para inscrição em dívida ativa: a Caixa concentra os dados surgidos no seu âmbito através das Confissões de Dívida, bem como, aqueles encaminhados pelo MTE, por força mesmo da natureza da sua função, pois poderá dizer o *quantum debeat* após eventuais pagamentos, sendo responsável por isso. A partir daí, de acordo com as informações que irá prestar, à PGFN compete a cobrança da dívida, que inicia com a inscrição em dívida ativa, ou mesmo com a cobrança extrajudicial anterior a inscrição em dívida ativa consoante já asseverado anteriormente.

Essa compreensão do fluxo dos dados referentes ao crédito do FGTS até o ato de inscrição em dívida ativa é fundamental para definir as responsabilidades dos órgãos que atuam na administração desse crédito.

7 A competência do MTE se encerra com a constituição definitiva do crédito e envio para a Caixa. Ao receber o processo, a Caixa realiza atos complementares à inscrição, qual seja, a verificação da consistência dos valores, que significa abater os valores, porventura, recolhidos após a notificação fiscal, a fim de inscrever apenas o saldo remanescente. É de se ressaltar a competência da Caixa para emitir o Certificado de Regularidade Fiscal. Pela Nota PGFN/CDA/DFGTS nº 206/2010, a competência da PGFN inicia-se após essa fase, quando se considera efetivamente enviado o processo para inscrição. Portanto, os atos prévios à inscrição, como a verificação da correta instrumentalização do Processo Administrativo (se há notificação devidamente assinada pelo auditor, se há notificação do devedor, se há defesa, se houve a amortização do débito pela Caixa) são de responsabilidade da PGFN, e a Caixa realiza tais atividades em nome da Procuradoria.

Uma vez que a PGFN necessariamente deve receber do agente arrecadador as informações pertinentes para inscrição em dívida, a responsabilidade administrativa da PGFN cinge-se a inscrever e dar prosseguimento à cobrança conforme os dados que já lhe foram prestados pela Caixa, por sua vez, a esta compete prestar as informações como espelho fiel do fluxo de dados havido com o Ministério do Trabalho e os valores recebidos como agente arrecadador.

Delineado o fluxo dos dados para administração do crédito, necessário deter-se doravante no modo/meio de operacionalização dos atos de cobrança.

4 CONVÊNIO PGFN/CAIXA PARA COBRANÇA DOS CRÉDITOS DE FGTS

Já foi possível constatar que a PGFN desde a edição da lei 8.844/94 passou a ter competência para efetuar a cobrança do FGTS, seja através de representação judicial ou mesmo extrajudicial.

Assim, a cobrança de tais valores pela PGFN é mera questão de opção legislativa, diferentemente da contribuição social instituída pela lei complementar 110/2001, que por se tratar de tributo⁸, por expressa disposição constitucional cabe à PGFN promover sua cobrança⁹.

Ora, diante desse panorama fica fácil compreender a ampla liberdade do legislador quando dispôs no art. 2º da lei 8.844/94, retro citado, que embora a competência para cobrança do FGTS, tanto na representação judicial como na extrajudicial, fosse da PGFN, mesmo assim, seria possível que esse órgão transferisse tais atribuições para Caixa Econômica Federal.

Nunca é demais repisar o texto legal, *ipsis verbis*, para sua perfeita exegese: *Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a*

8 A natureza tributária das contribuições sociais é pacífica na doutrina, em que pese a definição de tributo dada pelo art. 3º do CTN, a divergência parece atualmente centrar-se mais em estabelecer uma classificação dos tributos (teoria trinarria, quinarria,...) e não propriamente definir se as contribuições são ou não tributos. Assim, o próprio STF já teve oportunidade de referir: "E, em assim sendo, pelo menos em exame compatível com a apreciação do pedido de liminar, enquandram-se as duas contribuições sociais instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001 na sub-espécie contribuições sociais gerais, que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não ao art. 195 da Carta Magna." ADIN 2.556-DF Rel. Min. Moreira Alves.

9 CF Art. 131. 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

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.

Como se percebe o legislador ainda vai além de permitir a cobrança da contribuição, multas e encargos do FGTS, por intermédio da Caixa Econômica Federal, definindo ainda que o instrumento através do qual essa transferência de atribuições se dará será o convênio.

Conforme se pode ver no texto integral da lei citado na capítulo 1, após trazer essa possibilidade de transferência das atribuições de cobrança do FGTS por meio de Convênio, o legislador não faz qualquer elucidação sobre a natureza de referido instrumento, nem sobre as responsabilidades de cada um dos convenientes, tema que se passa a enfrentar.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE PGFN E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PARA COBRANÇA DOS CRÉDITOS DE FGTS

O *convênio* não é figura estranha ao direito administrativo, contudo, resta saber se o legislador quando dispõe sobre a forma como se poderia transferir as atribuições para cobrança do FGTS tinha em vista o convênio instituição do direito administrativo ou outro instituto de ramo diverso, como por exemplo, uma típica relação contratual mas com o *nomem iuris* convênio, ou até mesmo um convênio *sui generis*, com natureza específica para realização dessa transferência de atribuições.

No campo administrativo o Convênio tem previsão legal no decreto-lei 200/67 que ao cuidar da reforma administrativa recomenda o Convênio como meio de descentralização das atividades em três planos, inclusive da Administração Federal para as unidades federadas, desde que os partícipes estejam devidamente aparelhados (artigo 10, §3º, “b”)¹⁰.

10 Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e *mediante convênio*; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. (grifo nosso)

Além dessa base normativa, ainda há o tratamento dado pela lei 8666/93, segundo o artigo 116 desse diploma, existe determinação de que a incidência de seus dispositivos, no que couber, recairá a todos os *convênios*, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos ou entidades da Administração, estabelecendo ainda, diversas formalidades que devem ser cumpridas quando da celebração de convênio¹¹.

Na seara licitatória a preocupação do legislador parece ter sido exclusivamente com os convênios que implicariam transferência de

11 Art. 116 - Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. § 1º - A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador. § 2º - Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. § 3º - As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes: I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública; II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas convencionais básicas; III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno. § 4º - Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês. § 5º - As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste. § 6º - Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

recursos financeiros, e ainda para acordos de execução de tarefa ou obra definida em período adrede previsto em plano de trabalho¹².

Tanto a previsão normativa do decreto-lei 200/67 quanto a da lei 8666/93 regulamentam formas de convênio que, todavia, não se amoldam à figura trazida pela lei 8.844/94, seja por serem os órgãos convenientes órgão público (PGFN) e privado (Caixa), e não entes federativos, seja porque não há qualquer previsão de dispêndio com recursos financeiros. Ainda, deve-se notar que a lei 8.844/94 ao permitir à PGFN a realização de convênio para cobrança do FGTS, especifica que tal se dará com a Caixa Econômica Federal. Portanto, há liberdade na opção de cobrança por meio indireto, mas não na eleição da instituição conveniente, o que afasta por completo o regime licitatório¹³.

Contudo, quando a doutrina administrativista define convênio novas luzes são lançadas para o instituto: *Não constitui modalidade de contrato. Trata-se de uma avença ou ajuste entre entidades de direito público de natureza e nível diversos ou entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração*¹⁴.

Assim, consoante pacífica doutrina administrativista os convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos particulares.

Note-se, convênio é acordo, não é contrato.

12 Como se verá adiante, essa visão foi captada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando afirma que “A redação do dispositivo [art. 116] não é muito feliz, porque dá a impressão de que somente se aplica a ajustes que tenham por objeto a realização de projetos, ou, por outras palavras, um resultado determinado (uma obra, um serviço, um parecer, um laudo, etc.), com repasse de verbas de uma entidade para outra. Isto nem sempre ocorre, tendo em vista que, em determinadas hipóteses, o objetivo do convênio é o de estabelecer a mútua colaboração para a prestação de serviços contínuos a terceiros, em áreas como educação, ensino, cultura, por exemplo; além disso, nem sempre a mútua colaboração envolve repasse de verbas.” *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 299. (grifo nosso)

13 Sobreleva notar que a lei 8666/93 pautava a conduta dos administradores na contratação pública, tendo em vista o primado da impessoalidade e do interesse público para as despesas realizadas com o dinheiro público. No entanto, o FGTS não é recurso público, mas direito social do trabalhador, que merece todo amparo que a legislação lhe confere, mas à rigor não se trata de dinheiro público.

14 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito Administrativo*. 3. ed. Salvador: Juspodivum, 2004. p. 446. A jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz excelente estudo sobre os convênios, aduzindo: “O Convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas. Define-se convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum mediante mútua colaboração.” *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 296-297.

No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Significa dizer que no contrato há sempre duas partes, uma que pretende o objeto do ajuste e a outra que pretende a contraprestação correspondente, diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões.

De forma muito lúcida Maria Sylvia Zanella Di Pietro interpreta o art. 116 da lei 8666/93 destacado da própria conotação licitatória que parece impregnado, aduzindo inclusive que a exigência de licitação *não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis*¹⁵.

Nesse sentido, a própria noção de convênio estaria alijada do caráter concorrencial imanente às contratações pela Administração, justamente por não ter conteúdo contratual, mas colaborativo.

Bem, mesmo que interpretado o Convênio como instrumento para colaboração de interesses comuns e coincidentes dos partícipes, despido de qualquer caráter licitatório, ainda restaria a enfrentar todas as exigências trazidas pelo art. 116 para que se aperfeiçoe o Convênio, como o plano de trabalho, a prévia aprovação do órgão legislativo, [...]

No entanto, novamente Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que a observância dessas exigências apenas se fariam necessárias quando houvesse repasse de bens e valores, daí então a regulamentação pela lei 8666/93 no seu art. 116, já que nesse caso se deve zelar pela aplicação dos recursos públicos.

Não é o caso do convênio de que trata o art. 2º da lei 8.844/94, pois tal convênio se presta para transferência das atribuições de cobrança, sem qualquer repasse de ordem financeira por parte da PGFN, havendo sim nítido caráter colaborativo para alcançar o fim comum, recuperação dos créditos FGTS¹⁶.

15 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 300.

16 A missão institucional da Caixa Econômica Federal junto ao FGTS fica bastante clara quando se lê os Considerandos do atual Convênio, dentre eles destaca-se: "Considerando que a CEF, na qualidade de Operadora do FGTS, tem o máximo interesse em agilizar não só a cobrança administrativa, mas, também, a cobrança judicial dos referidos débitos, a qual depende de sua inscrição em dívida ativa;".

Desde esse ponto de vista, a lei 8.844/94 prevê a figura administrativa do Convênio – *ajuste entre entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração* – sem, contudo, incidir as regras do art. 116 da lei 8666/93, já que não há transferência de recursos para colimar o objetivo visado.

Ainda, como esteio normativo para o Convênio previsto na lei 8.844/94, existe um diploma, expedido pelo Presidente da República, que esclarece o conteúdo de um convênio, trata-se do Decreto N° 93.872, de 23 de dezembro de 1986, *verbis*:

Art 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste. Parágrafo único. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato.

Verifica-se que essa norma ratifica a doutrina administrativista quando entende que os Convênios não se encerram no amplexo da lei 8666/93, com os requisitos da art. 116, nem estão circunscritos aos parâmetros do decreto-lei 200/65 que previa convênio apenas entre entes públicos.

Por fim, arremata-se com o entendimento trazido por Lucas Rocha Furtado:

O que mais caracteriza o convênio, e neste ponto ele é particular, é ele ser instrumento de que se vale o poder público para realizar objetivos de interesse comum com outros órgãos ou entidades administrativas ou mesmo com particulares. A principal característica do convênio consiste na busca de objetivos comuns.¹⁷

Destarte, que o art. 2º da lei 8.844/94 quando permitiu à PGFN a realização de convênio com a Caixa para transferir as atribuições de cobrança do FGTS, tratou de um típico convênio de natureza administrativa não há dúvida.

¹⁷ Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 342.

Não apenas o *nomem iuris* não se confunde com um ato contratual, mas a própria essência desse ato transparece ser um convênio, na medida em que ambas entidades unem esforços em torno de um mesmo fim – implemento da arrecadação do FGTS, sem que para isso haja contraprestação (sinalagma).

É convênio, tipicamente administrativo.

Mas, visto se tratar de um convênio administrativo para conjugar esforços em torno de um mesmo fim, essa figura é o instrumento no qual se ajustam as vontades. Resta explicitar qual seu objeto, seu conteúdo mesmo. Assim, chegada a esta etapa, há que se definir qual a natureza do objeto desse convênio, é o que se propõe tratar no próximo item.

4.2 OBJETO E AMPLITUDE DO CONVÊNIO PGFN/CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PARA COBRANÇA DOS CRÉDITOS DE FGTS

O Convênio previsto no art. 2º da lei 8.844/94 como se pôde perceber é um convênio de natureza administrativa, em que os convenientes conjugam esforços em torno do implemento da arrecadação dos créditos FGTS. Visto se tratar de um convênio administrativo, resta indagar sobre a natureza do seu objeto, para que assim se consiga bem definir sua amplitude no que toca a responsabilidade de cada órgão.

Sabe-se que não é um convênio no qual exista mera cooperação técnica, para troca de informações, nem se trata de um convênio para realização de obra ou prática de um serviço específico, distante, portanto, das definições trazidas pelo art. 116 da lei 8666/93, até porque também não há que se falar em transferência de recursos.

O Convênio une esforços de ambas as instituições em torno da arrecadação dos créditos FGTS, para isso, as atribuições relativas à cobrança extrajudicial e judicial são transferidas para Caixa Econômica Federal.

Assim, nos exatos termos da lei, *competete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional 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.*

No campo do direito administrativo, o qual sói compreender toda esfera de ação dos entes públicos como a PGFN, analisa-se os atos

praticados, como esse descrito no art. 2º da lei 8.844/94, a partir de suas estruturas, de seus elementos formadores: sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo consoante clássica divisão¹⁸.

Interessa no presente estudo o elemento sujeito do ato administrativo, sendo aquele a quem a lei atribuiu competência para prática do ato, *in casu*, a prática dos atos de cobrança foram conferidas à PGFN.

Assim, o sujeito do ato administrativo deve deter capacidade para sua prática, e respectiva competência, que só pode ser concedida por lei, já que se define competência *como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo*¹⁹.

Desde esse ponto de vista, existe higidez nos atos administrativos praticados pela PGFN na cobrança dos créditos FGTS, pois detém capacidade legal, e claro, a competência para prática de tais atos, face a determinação legal ora em análise.

Ocorre que, à competência aplicam-se regras inarredáveis²⁰, quais sejam:

Primeiro, e já exaustivamente referido, a competência decorre de lei, porque não é crível que o próprio órgão estipule quais são suas competências.

18 Essa divisão adquiriu força normativa a partir da lei 4.717/65 (lei de ação popular), a qual no seu art. 2º menciona os cinco elementos do ato administrativo. Vale destacar que o elemento sujeito por vezes também é denominado apenas competência, contudo, a melhor doutrina informa que o elemento em si não é apenas a competência, porque não basta para o sujeito ser competente, é necessário ainda que seja capaz. Maria Sylvia ensina: "Portanto, pode-se dizer que os elementos do ato administrativo são sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. A só indicação desses elementos já revela as peculiaridades com que o tema é tratado no direito administrativo, quando comparado com o direito privado; neste, consideram-se elementos do ato jurídico (ou negócio jurídico, na terminologia do novo Código Civil) apenas o sujeito, o objeto e a forma." *Direito Administrativo*. 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p. 196.

19 *Idem*, p. 196. Igual definição de competência é trazida por Lucas Rocha Furtado: "O primeiro dos requisitos de validade dos atos administrativos – igualmente denominado por parte de nossa doutrina de sujeito – tem relação direta com o princípio da legalidade administrativa. Falar em competência como requisito de validade do ato administrativo importa em exigir que a autoridade, órgão ou entidade administrativa que pratique o ato tenha recebido da lei a atribuição necessária à sua prática." *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 254.

20 Mais uma vez, socorre-se do magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no seu *Direito Administrativo*. 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p. 197-198. Mas muitos outros ainda poderiam ser citados, já que essas regras são totalmente pacíficas na doutrina administrativista, tais como CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito Administrativo*. 3ª edição, Salvador: Juspodivum, 2004, p. 446. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: Jus Podium, 2008.

Segundo, tendo sido estabelecida com base no interesse público, a competência é inderrogável, não podendo ser alijada nem pela vontade da administração, nem por acordo com terceiros.

Neste ponto chama atenção à última parte da regra, pois concedida a competência, o conjunto de atribuições por força de lei à PGFN, tais atribuições não poderiam ser realizadas por terceiros sequer através de acordo! Isso parece consistir em entrave para a correta compreensão do convênio da lei 8.844/94, contudo, a terceira e última regra dirimirá qualquer dúvida.

Terceiro, a competência pode ser delegada, desde que não se trate de competência conferida com exclusividade pela lei ao órgão ou agente.

Essa última regra, que interessa sobremaneira ao tema em comento, adquire força normativa a partir do seguinte texto legal que rege o processo administrativo na administração pública federal:

Lei 9.784/99. Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Como se pode perceber com absoluta clareza, o conjunto de atribuições legais conferido à PGFN pela lei 8.844/94, não apenas não foram concedidos em caráter exclusivo – pelo menos não os atos de cobrança judicial e extrajudicial sob análise, como também a própria lei previu a possibilidade de transferir tal atribuição.

Assim, do estudo dos elementos do ato administrativo, especificamente no que se refere ao elemento sujeito, surge a figura da competência, como conjunto das atribuições conferidas por lei ao órgão ou agente.

Da análise da competência administrativa, percebe-se como possibilidade imanente à própria natureza desse instituto, a figura da delegação administrativa, contanto que não esteja presente a restrição legal da exclusividade na prática do ato.

Esse delineamento faz emergir do instrumento convênio, previsto no art. 2º da lei 8.844/94, a realização da *delegação* para Caixa Econômica Federal das atribuições não exclusivas que legalmente foram

conferidas à PGFN, sujeito competente para as atribuições de cobrança dos créditos de FGTS²¹.

Desse modo, é indissociável a exegese do art. 2º da lei 8.844/94 dos parâmetros elementares da teoria do ato administrativo, pois não se pode conceber a transferência de responsabilidade para cobrança dos créditos do FGTS, ausente qualquer relação contratual entre Caixa e PGFN, sem ter nítida a existência do sujeito do ato administrativo, sua competência positivada na lei, e a imanente possibilidade de delegação de suas atribuições, que é inerente à própria noção de competência não exclusiva.

Com relação à delegação administrativa instrumentalizada pelo convênio de que trata o art. 2º da lei 8.844/94, ainda se deve enfrentar essas questões: a primeira, relativa a possibilidade de delegação da prática do ato sem que haja entre delegante e delegatário relação hierárquica, a segunda, qual a medida dos poderes que remanescem com o delegante, a fim de aferir se é possível atuação concomitante ao delegatário, se a delegação pode ser feita com reserva de atribuições, e por fim, terceiro, o estudo atinente a revogação da delegação, requisitos e modo/meio de se revogar a delegação.

Para essa análise pormenorizada do ato de delegação administrativa será dedicado o próximo item do trabalho, sendo que as questões acima postas serão enfrentadas tendo como vetor o atual Convênio firmado entre Caixa e PGFN para cobrança dos créditos FGTS.

Torna-se imperiosa uma última observação antes de ingressar no estudo da delegação administrativa existente no Convênio Caixa/PGFN.

21 O próprio STJ já teve oportunidade de se manifestar a respeito e confirmar o instituto da delegação nessa transferência de atribuições da PGFN para Caixa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO FISCAL – INSCRIÇÃO DA DÍVIDA PELA FAZENDA NACIONAL – COBRANÇA PELA CEF – EXECUTIVO DA UNIÃO – EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 – JUSTIÇA ESTADUAL NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA (ART. 109, § 3º, DA CF/88). 1. A dívida ativa para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é inscrita pela Fazenda Nacional, que pode, por autorização legal (Lei 8.844/94), transferir a cobrança para a Caixa Econômica Federal. Apesar da *delegação* de competência, o título não perde a característica de executivo fiscal da União. 2. A modificação pela Emenda Constitucional 45/2004 do art. 114 da CF não altera a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito. 3. Fixação da competência da Justiça Federal delegada ao Juízo Estadual em razão do disposto no art. 109, § 3º, da CF/88. 4. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Itumbiara - GO, o suscitado. (CC 59806/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23.08.2006, DJ 11.09.2006 p. 217)" (grifo nosso)

Até agora, todas as vezes que foi citado esse Convênio para delegação de atribuições, necessariamente se referiu às atividades de cobrança, seja judicial ou extrajudicial, em nenhum momento se fez referência ao ato de inscrição em dívida ativa de tais créditos, isto porque, é de uma clareza solar que a própria lei 8.844/94, no já reiteradamente citado art. 2^o²², antepôs uma barreira ao ato de delegação dessa atribuição: a exclusividade da competência da PGFN para promover o ato de inscrição em dívida ativa.

Assim, em momento oportuno será tratado o ato de inscrição em dívida ativa, não no âmbito da delegação administrativa.

4.3 DELEGAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DO FGTS, PARA A CORRESPONDENTE COBRANÇA, RELATIVAMENTE À CONTRIBUIÇÃO E ÀS MULTAS E DEMAIS ENCARGOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO RESPECTIVA:

A primeira questão que se propõe analisar é relativa a possibilidade de delegação da prática do ato sem que haja entre delegante e delegatário relação hierárquica.

No item anterior foi trazido o art. 11 da lei 9.784/99, a qual trata do processo administrativo em âmbito federal, sendo que referida norma positiva o ato de delegação na administração pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro chega a afirmar que não seria necessária uma norma permitindo a delegação administrativa²³, porque ela é da própria natureza da organização administrativa, da gestão da coisa pública.

Necessário é uma norma que, para o caso concreto, impeça a delegação, mormente nos casos de competência exclusiva. De tal

22 Lei 8.844/94. Art. 2^o 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 [...].

23 *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 198. Lucas Rocha Furtado ainda complementa: “Aspecto ainda mais controvertido diz respeito à necessidade de expressa autorização legal para a delegação. Conforme mencionado no art. 11, a delegação somente é legítima se houver lei que expressamente a autorize. O art. 12, caput, ao contrário, admite a delegação se não houver impedimento legal. Afinal, a delegação é legítima se lei expressamente a autorizar ou se não houver impedimento em lei? A interpretação dos dois dispositivos leva à conclusão de que deve ser dada prevalência à regra contida no art. 12, no sentido de que, se não houver impedimento legal, a delegação é lícita.” *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 256.

forma que, havendo norma conferindo atribuições, o poder de delegar é inerente, salvo se tal competência foi atribuída em caráter exclusivo²⁴.

Essa é a dicção do art. 12 da lei 784/99:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos cogiados aos respectivos presidentes.

Note-se particularmente nesse dispositivo a expressão: “delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados”. Isso afasta por completo a noção de que a delegação depende da relação hierárquica entre delegatário e delegante.

Lucas Rocha Furtado captou com singular perspicácia o mecanismo de delegação da competência quando realizado entre entidades sem relação hierárquica, daí podendo-se inferir a legalidade do instrumento convênio PGFN/Caixa para realização desse ato:

A delegação de competência opera-se mediante ato unilateral ou por meio de acordos de vontade como os convênios. A delegação de competência pode ser formalizada por meio de ato unilateral quando houver hierarquia entre o delegante e o delegado, haja vista o exercício do poder hierárquico conferir àquele competência para referida delegação independentemente do consentimento ou concordância do órgão ou autoridade delegada. Caso não haja hierarquia, a delegação somente será efetivada se houver a concordância por parte do delegado²⁵.

24 O art. 13 coloca outros eventuais impedimentos ao ato de delegar: “Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.”

25 *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 168. Igualmente admitindo a delegação sem que haja entre os órgãos relação hierárquica: CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: Jus Podium, 2008, p. 266-267.

Portanto, a primeira questão é pacífica, há previsão legal acerca da possibilidade da delegação ser realizada entre órgãos sem subordinação hierárquica²⁶, situação amplamente consagrada na doutrina, resta saber, qual a medida dos poderes que remanescem com o delegante, se lhe permitem atuação concomitante ao delegatário, se a delegação pode ser feita com reserva de atribuições.

Neste ponto reside grave divergência doutrinária, justamente porque a lei não elucidou como seria desejável, dando margem a posicionamentos opostos, veja-se o entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²⁷:

A delegação não transfere a competência, mas somente, em caráter temporário, o exercício de parte das atribuições *do delegante, o qual tem a possibilidade de permanecer exercendo-a concomitantemente com o delegado* (ressalva de exercício da atribuição delegada), e de revogar a delegação a qualquer tempo. [...] O ato de delegação pode, ou não, conter ressalva de exercício da atribuição delegada. Caso contenha, *a atribuição delegada permanecerá podendo ser, também, praticada pelo delegante.* (grifo nosso)

Outra parece ser a opinião traçada por Lucas Rocha Furtado²⁸, *in verbis*:

Na delegação de competência é transferida apenas a incumbência para a prestação do serviço. A titularidade da atribuição é mantida com o delegante, de modo que, a qualquer tempo, poderá a atribuição ser avocada. *A delegação, ao menos enquanto não revogada ou avocada, impede o delegante de exercer a atribuição delegada.* Delegada determinada competência, salvo disposição expressa em sentido contrário no termo de delegação, resta o delegante impedido de exercer a sua atribuição, de modo que o ato praticado pelo delegante, sem que tenha ocorrido a prévia revogação da delegação, pode ser anulado pela falta de competência para a sua prática. (grifo nosso)

26 Vale ressaltar que a PGFN está administrativamente subordinada ao Ministério da Fazenda, tecnicamente à AGU, enquanto a Caixa não tem subordinação a nenhum órgão da administração direta, mas está apenas vinculada ao Ministério da Fazenda, consoante art. 1º do decreto 66.303/70. Disso decorre que entre Caixa e PGFN não existe qualquer relação hierárquica.

27 Direito Administrativo. 13ª edição, revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007, p. 312.

28 FURTADO, op. cit., p. 168.

Enquanto Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo afirmam pela possibilidade de exercício concomitante da atividade delegada, a leitura deste último trecho não permite dúvidas, enquanto a delegação não for revogada, há impedimento para o delegante exercer a atribuição delegada, ficando, portanto, vedado o exercício concomitante da atribuição.

Lucas Rocha Furtado é claro ao afirmar que se for delegada determinada competência, e mesmo assim o delegante praticar o ato, o mesmo estará eivado de nulidade, porque faltaria competência para sua realização. E ainda, faz referência a José dos Santos Carvalho Filho, de quem expressamente dissente porque, para este último doutrinador, o ato de delegação não retira a competência da autoridade delegante, que continua sempre competente cumulativamente com a autoridade delegada.

Com razão Lucas Rocha Furtado porque o exercício concomitante não se coaduna com o espírito da delegação, que é a transferência das atribuições de um órgão a outro, nada impedindo que se convenione o exercício concomitante das atribuições, contudo, essa não parece ser a regra, do contrário, não se trataria de típico ato de delegação administrativa, porque não haveria *transferência* propriamente.

Parece mesmo que tenha sido essa a posição defendida por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo quando mencionam no texto a expressão *ressalva de exercício da atribuição delegada*, a qual, uma vez presente no ato de delegação permitiria o exercício das atribuições de forma concomitante.

Fica claro, portanto, que o ato de delegação implica na transferência das atribuições ao órgão delegatário, sem possibilidade de que o delegante exerça tais atribuições enquanto viger o ato de delegação, salvo, na hipótese do termo de delegação, o Convênio PGFN-Caixa, constar de forma expressa a ressalva de exercício da atribuição delegada.

Não é o caso, pois no atual Convênio ocorre a transferência das atribuições para cobrança dos créditos FGTS sem qualquer ressalva para exercício concomitante de atribuições. Seria possível que tal ocorresse? A doutrina unânime informa que sim, pois como acima transcrito, há divergência quanto ao exercício concomitante das atribuições ser inerente ao ato de delegação, mas a possibilidade de constar no próprio ato de delegação tal procedimento não paira dúvida.

Portanto, nada impede que num futuro convênio que venha a ser firmado entre Caixa e PGFN, os convenientes através de expressa disposição no termo de delegação, estipulem o exercício concomitante das atribuições. Não há que se confundir isso com as cláusulas de ressalva de competência, nas quais a PGFN restringe o ato de delegação para não transferir específicas atribuições. Este último caso difere do exercício concomitante justamente porque são atribuições que não podem ser exercidas pela Caixa Econômica Federal, pois não foram delegadas, como por exemplo, a cobrança das contribuições ao FGTS anteriores a 1995.

Seria possível então que no Convênio PGFN-Caixa houvesse tanto cláusulas de reserva de competência, nas quais a PGFN deixa de transferir para Caixa Econômica determinadas atribuições, seguindo apenas a PGFN com competência para sua prática, e igualmente, cláusulas com ressalva de exercício da atribuição delegada, nas quais a PGFN delega atribuição e expressamente ressalva o direito de seguir exercendo de forma concomitante tais atribuições.

Por fim, quanto ao ato de delegação ainda deve ser enfrentada a questão atinente a revogação da delegação, requisitos e modo/meio de se revogar a delegação.

A lei do processo administrativo federal, em seu art. 15 expressa a possibilidade *em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior*.

De plano já é possível verificar que o legislador permitiu a avocação em caráter extraordinário, considerando que o motivo deva ser relevante e ainda devidamente justificado, e apenas nos casos em que a delegação tenha ocorrido para um delegatário hierarquicamente inferior.

Ora, como já foi exaustivamente mencionado, o Convênio PGFN-Caixa para cobrança do FGTS, embora realizado por entes pertencentes à administração pública, inexistente qualquer traço de subordinação entre os mesmos, logo, não seria possível nos termos da referida lei que a PGFN avocasse atribuições após as ter delegado para Caixa Econômica Federal²⁹.

29 Maria Sylvania Zanella Di Pietro traz o seguinte alerta sobre o art. 15 da lei 9.784/99: "A norma talvez se justifique porque, para o subordinado, cuja competência foi avocada, a avocação sempre aparece como uma

Contudo, essa interpretação também deve ser feita com cuidado, pois como visto acima, contanto que os convenientes hajam acordado, é possível o exercício concomitante da atribuição delegada, esse é o ensinamento de Lucas Rocha Furtado³⁰:

Conforme visto, a delegação pode ocorrer em relações hierarquizadas ou não. Na hipótese de haver hierarquia, em que a delegação se formaliza por meio de ato unilateral, é possível a avocação temporária. Esta não é admitida quando não houver hierarquia em função de que somente se for modificado o instrumento utilizado para delegar poderá ser permitido ao delegante praticar o ato delegado – salvo se o termo de delegação houver adotado solução diversa.

Fica evidente, portanto, que a regra para o Convênio PGFN-Caixa é não ser possível a avocação de atribuições por parte do órgão competente – PGFN, como por exemplo, a avocação de um processo de execução que seja do interesse da instituição para dar um tratamento específico, isso violaria o art. 15 da referida lei. No entanto, no ato que instrumentaliza a delegação, o Convênio, pode conter cláusula expressa no qual conste a possibilidade de avocação, ou mesmo, exercício concomitante da atividade de cobrança, consoante acima aduzido.

Ressalte-se, mais uma vez, que essas hipóteses não se confundem com a reserva de competência, a qual consiste naquelas atribuições de cobrança do FGTS, como por exemplo débitos anteriores a 1995, que sequer foram objeto de delegação, nesses casos não há que se falar em avocação ou exercício concomitante da atividade delegada.

Diante desse quadro traçado no estudo da delegação administrativa para representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva, verifica-se que a autonomia dos entes convenientes no exercício de suas atribuições está totalmente dependente ao que dispuser o Convênio.

Constata-se, ademais, ser amplamente possível retirar essa autonomia do delegatário, já que é factível, mediante cláusula expressa, o exercício concomitante da atividade delegada.

capitis diminutio." Op. Cit., p. 199.

30 FURTADO, op. cit., p. 257.

A avocação que pela legislação só é permitida quando o delegante for superior hierárquico, com motivo relevante e devidamente justificado, pode ser livremente praticada no caso em estudo, contanto que conste expressamente do termo de delegação, o Convênio.

Entrementes, tendo em vista o atual Convênio, no qual nenhuma dessas ressalvas é feita, incide as regras gerais da delegação administrativa entre entes sem subordinação hierárquica, em que fica reforçada a autonomia dos entes convenientes, de forma a não ser possível sequer o exercício concomitante de qualquer atribuição, uma vez que a mesma tenha sido transferida ao delegatário.

Após analisar detidamente os mecanismos dispostos na lei 8.844/94 para a realização da cobrança das contribuições ao FGTS, mormente a delegação administrativa instrumentalizada pelo convênio PGFN-Caixa, necessário verificar como esse diploma legislativo tratou a questão relativa à inscrição em dívida ativa dessas contribuições.

5 INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DOS DÉBITOS PARA COM O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS

Se nos capítulos que antecederam pôde-se perceber a complexidade da atividade de cobrança das contribuições ao FGTS, em parte devido a própria natureza dessas contribuições, não tributárias, pelo menos do ponto de vista dos tribunais superiores, e em parte devido a forma como a lei 8.844/94 dispôs a cobrança realizada indiretamente por intermédio da Caixa Econômica Federal, neste item, dedicado a análise da inscrição em dívida ativa dos débitos para com o FGTS, não há celeuma, a lei é clara, *in claris cesat interpretatio*.

Mais uma vez, *ipsis literis*, o novel dispositivo da lei 8.844:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997)

A linguagem é simples e clara: compete à PGFN a inscrição em dívida ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

A competência para que se promova a inscrição em dívida ativa é da PGFN, competência essa mister indelegável, porque a própria lei no mesmo dispositivo em comento permite que a atividade de cobrança seja objeto de delegação para Caixa Econômica Federal, e em um silêncio eloqüente não traz tal permissivo para a atividade de inscrição em dívida ativa.

Daí poder-se inferir que a atividade de inscrição em dívida ativa inclui-se naquela esfera de atribuições consideradas *exclusivas* do órgão, e por tal caráter não admitem que sejam exercidas por outro ente, restando mesmo inviável a delegação administrativa.

Isso leva a consequência necessária de que não pode a Caixa Econômica atuar na atividade de inscrição em dívida ativa, nem mesmo por delegação, porque tal consistiria em nítida usurpação de poder, e o ato praticado seria inquinado de nulidade absoluta, porque praticado por agente despido de competência, requisito de validade do ato administrativo.

Em virtude dessas considerações, necessário fazer uma análise mais detida nos termos do atual Convênio PGFN-Caixa para cobrança dos créditos do FGTS:

Cláusula primeira. A CEF tornará disponíveis para a PGFN os recursos humanos, materiais e tecnológicos que se façam necessários para a inscrição em dívida ativa dos débitos para com o FGTS, bem assim para o controle dos respectivos processos de cobrança na esfera judicial, observadas as formalidades legais.

Cláusula segunda. Uma vez apurada a liquidez e certeza do débito, a CEF encaminhará à PGFN toda a documentação necessária à sua inscrição em dívida ativa/conforme especificação fornecida pela PGFN.

Inicialmente cabe apontar que o Convênio foi exigido pela lei a fim de que se pudesse instrumentalizar a atividade de cobrança dos créditos FGTS por meio da Caixa Econômica Federal, mas de forma alguma, ele seria utilizado para tratar de delegação da atividade de inscrição em

dívida ativa, até porque a mesma está vedada pela própria lei 8.844/94, na medida em que atribui de forma exclusiva essa atividade para a PGFN.

Disso decorre que não há razão jurídica para que o Convênio que trata da delegação de competência da PGFN para Caixa Econômica Federal em matéria de *cobrança* da contribuição ao FGTS, igualmente albergue uma cláusula de cooperação em matéria de recursos humanos e tecnológicos para as atividades de inscrição em dívida ativa do FGTS.

É que se de um lado a própria lei exigiu o Convênio como forma de instrumentalizar a delegação de competência da atividade de cobrança do FGTS, por outro lado, a mesma lei deixou claro que a atividade de inscrição em dívida ativa não seria objeto desse Convênio, justamente porque indelegável.

Ora, se os entes convenientes utilizam do mesmo Convênio para, além de transferir a competência de cobrança, igualmente se comprometerem a cooperar com recursos tecnológicos, humanos e materiais para outra atividade que não a especificada em lei, o fazem por falta mesmo de rigorismo com a formalização do ato administrativo de cooperação.

Isso porque, o convênio deve se prestar para uma finalidade especificada em lei (delegação de competência de cobrança), e na prática, também foi usado para inserir cláusula atinente à cooperação que uma entidade vai prestar à outra em atividade diversa.

Ainda é possível acusar a falta de técnica na redação da cláusula primeira por outro motivo, pois além de incluir no Convênio uma matéria de todo estranha ao que exigiu a lei 8.844/94, cooperação de recursos humanos, materiais e tecnológicos para inscrição em dívida ativa, igualmente, dentro da mesma cláusula primeira dispõe que a CEF tornará disponíveis tais recursos para a PGFN: *para o controle dos respectivos processos de cobrança na esfera judicial, observadas as formalidades legais.*

Percebe-se a falta de rigor no trato das distintas matérias que é objeto o Convênio, pois no mesmo dispositivo que inseriu tema estranho ao Convênio (cooperação de recursos para *inscrição* em dívida ativa), trata do controle dos processos de cobrança judicial do FGTS, estes sim finalidade última do Convênio.

Fato é que se a lei de um lado deixou bastante claro que apenas a atividade de cobrança seria objeto de delegação, a ser formalizada através de um Convênio, por outro lado, o próprio Convênio quando foi efetivamente implementado acabou tratando questões *extra legem*, como a cooperação em matéria de recursos humanos, materiais e tecnológicos para inscrição em dívida ativa, chegando mesmo a tratar num único dispositivo questões atinentes a cobrança e a inscrição em dívida ativa, sem o rigorismo formal que seria desejável no campo do direito administrativo.

A despeito da negligência com a técnica do ato normativo, não se pode acusar o Convênio de ter aviltado a lei, pois o mesmo igualmente não levanta dúvidas quanto a titularidade plena que deve ser exercida pela PGFN no ato de inscrição em dívida ativa dos créditos FGTS, embora recebendo a ajuda de recursos humanos, materiais e tecnológicos da Caixa Econômica Federal.

Portanto, a Caixa atua na atividade de inscrição em dívida ativa como *longa manus* da PGFN, sob total controle e supervisão da mesma, e tendo a PGFN inteira responsabilidade por qualquer dano causado, pois se os recursos humanos, materiais e tecnológicos são da Caixa, é a PGFN que estaria fazendo uso dos mesmos no exercício de atividade que lhe foi atribuída por lei, em caráter exclusivo.

Para finalizar, é importante lembrar que o atual Convênio mesmo que seja revisado, alterado, nunca poderá dispor sobre o ato de inscrição em dívida ativa dos créditos FGTS, a não ser que haja alteração do próprio art. 2º da lei 8.844/94, vindo a retirar o caráter exclusivo com que foi atribuída tal competência à PGFN. Enquanto isso não ocorrer, todas as regras em torno da inscrição em dívida ativa do FGTS, seja dentro ou fora do Convênio, é questão atinente a simples cooperação de recursos, e jamais à prática do ato em si, mister indelegável.

6 CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, pode-se concluir o pesado ônus atribuído pela lei 8.844/94 à PGFN em face das responsabilidades legais na inscrição e cobrança dos créditos relativos ao FGTS.

O Convênio com a Caixa Econômica Federal transfere apenas parcialmente a atividade de cobrança, sendo que a responsabilidade pela higidez no procedimento de inscrição é totalmente atribuído à PGFN.

Não se pode olvidar ainda que a delegação administrativa permitida pela lei 8.844/94, instrumentalizada pelo Convênio entre os referidos órgãos, possibilita, mas não determina, a realização da delegação para cobrança, de modo que tal se dará apenas em razão da conveniência/oportunidade aferida pela PGFN em transferir esses atos.

Destarte, evidencia-se a destacada posição da PGFN que deverá bem calibrar todos os eventos que cercam essa atividade de delegação, a fim de que seja vantajosa não só para instituição, mas, sobretudo, para o próprio Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: Jus Podium, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito Administrativo*. 3 ed. Salvador: Juspodivum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do FGTS*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel Saad. *Comentários ao FGTS*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1995.

FIDELIDADE PARTIDÁRIA E AS ELEIÇÕES: UMA NOVA PEÇA NO TABULEIRO JURÍDICO-POLÍTICO

PARTY FIDELITY AND ELECTIONS: A NEW PIECE ON JUDICIAL AND POLITICAL BOARD

*Raphael Ramos Monteiro de Souza, Advogado da União
Coordenador-Geral do Departamento de
Acompanhamento Estratégico da Secretaria-Geral de Contencioso
Especialista em Direito Público pelo IDP*

SUMÁRIO: 1 Considerações Iniciais; 2 Mandato Eletivo; 2.1 Conceito e Espécies; 2.1.1 Mandato Imperativo; 2.1.2 Mandato Representativo; 2.1.3 Mandato Partidário; 2.2 Crise de Representatividade; 3 Partidos Políticos; 3.1 Funções e Disfunções. Respeito às minorias; 3.2 Autonomia Constitucional; 3.3 Normas sobre Fidelidade Partidária; 4 A Fidelidade Partidária na Jurisprudência: modificação de entendimento; 4.1 A Orientação Tradicional do STF; 4.2 A grande transformação; 4.2.1 O Início da Viragem: a consulta nº 1.398 no TSE; 4.3 Os mandados de Segurança nos 26.602, 26.603 e 26.604 no STF; 4.4 As Resoluções nos 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE e as ADIs nos 3.999 e 4.086; 5 Casuística pós-resolução; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Com a significativa mudança de entendimento em matéria de fidelidade partidária no Brasil, não há mais dúvida de que o abandono injustificado de legenda tem como resultado a perda do mandato eletivo. O estudo propõe-se a analisar em que medida esta visão representa uma transformação na tutela da coerência partidária e no respeito à soberania popular, aproveitando o ensejo da realização das primeiras eleições nacionais sob a égide da nova interpretação. A partir de uma abordagem crítica do panorama vigente no período, aprofunda-se o conceito de mandato eletivo, suas espécies – imperativo, representativo e partidário –, sem olvidar da atual crise de representatividade. Também são examinadas as funções e as disfunções dos partidos, a autonomia conferida pela Constituição de 1988 e as normas concernentes à fidelidade. Na sequência, investiga-se a evolução da jurisprudência. Primeiro, à luz do entendimento tradicional do STF; após, com a ruptura originada pela consulta nº 1.398 /TSE, ratificada no julgamento dos mandados de segurança nºs 22.602, 22.603 e 22.604/STF. Por último, é apreciada a Resolução nº 22.610/2007/TSE – disciplina o processo de perda de cargo eletivo e de justificação de desfiliação partidária –, além dos casos que mais significativos julgados do TSE até março de 2010. Conclui-se que houve um significativo avanço na defesa da ética na política – ainda que insuficiente, caso isolado –, impedindo-se a sobreposição de interesses estritamente privados dos mandatários, em fraude à vontade dos eleitores.

PALAVRAS-CHAVE: Eleições. Mandato. Sistema Representativo. Partidos Políticos. Fidelidade partidária. Perda do cargo.

ABSTRACT: Significant overruling as regards party fidelity in Brazil leaves no doubt that the unjustified abandonment of a political party results in loss of mandate. This essay examines to what extent such view represents an improvement in the protection of party coherence and respect for popular sovereignty, profiting from the opportunity of first national elections under the aegis of the new interpretation. From a critical overview of the current period, it analyses carefully the concept of elective office and its species - imperative and party representative – as well as the present crisis of representation. The functions *and* dysfunctions of political parties; the autonomy granted by the 1988 Federal Constitution and the rules concerning fidelity are also discussed. Afterwards, the essay investigates jurisprudential evolution, beginning from the traditional understanding of the Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal - STF) up to the overruling Consult number 1398, of the Superior Electoral Court

(Tribunal Superior Eleitoral - TSE), ratified at the trial of writs of mandamus 22.602, 22.603 and 22.604, by the STF. Finally, the essay considers Resolution 22.610/2007/TSE – which regulates the process of loss of mandate and justified party desfiliation – and the most expressive cases judged by TSE until march 2010. In conclusion, it is argued that there has been significant improvement in defense of ethics in politics – although still insufficient, if isolated – to prevent overlapping of narrow private interests of representatives, disregarding the purpose of electors.

KEYWORDS: Elections. Office. Representative System. Political Parties. Party Fidelity. Loss of Mandate.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após a significativa mudança de entendimento ocorrida em matéria de *fidelidade partidária* no Brasil, a partir da intervenção do Poder Judiciário – primeiro, mediante a atuação do Tribunal Superior Eleitoral, em resposta a uma consulta; em seguida, com a chancela do Supremo Tribunal Federal na análise mandados de segurança e, por último, em fiscalização abstrata de constitucionalidade –, já não há mais dúvida de que o abandono injustificado de legenda por parlamentar tem como resultado a perda do mandato eletivo.

Vale lembrar que, conquanto não esteja prevista expressamente entre as causas de perda de mandato do art. 55 da Lei Fundamental, a fidelidade partidária foi considerada um princípio implícito – decorrência direta de diversos valores constitucionais, tais como a soberania popular, o pluralismo, a cidadania e a moralidade, entre outros.

A abordagem da transformação nos contornos do referido instituto, prestes a completar o terceiro ano de vigência, merece ser retomada neste momento, considerando, em especial, o fato de que ocorrem as primeiras eleições nacionais, para cargos proporcionais e majoritários, à luz do novo panorama jurídico-político assentado.

Tal assunto ainda voltou à tona na opinião pública, com intensidade, a partir da decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal que, ao examinar representação do Ministério Público Eleitoral, acolheu o pedido para afastar do cargo o então governador José Roberto Arruda por desfiliação, sem justa causa,

do partido Democratas (PET nº 33569/2010, DJe de 18.03.2010). O ineditismo da medida consubstanciou-se em virtude de ter sido o primeiro caso de infidelidade partidária envolvendo um governador de estado o qual, ao fim, restou conformado e não interpôs recurso da decisão para o TSE.

É certo que o tema suscita múltiplos e palpitantes enfoques, a exemplo da expansão e do limite da atuação jurisdicional no contexto da separação de funções e da legitimação democrática – ativismo judiciário –, na linha do que abordam, entre outros, CAPPELLETTI¹ e BARROSO². Assim como, ainda, da própria técnica decisória de eficácia aditiva ou modificativa, inspirada na experiência da Corte Constitucional italiana, como expõem CAMAZANO³ e GILMAR MENDES⁴, que derroga o dogma

1 Em sua obra *Juizes Legisladores?*, o mestre italiano refuta a ameaça dos argumentos contrários à atividade criativa do juiz, considerando “evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária [...] pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*”. Para tanto, enfatiza alguns aspectos como a motivação das decisões, a independência dos juizes e a possibilidade de ser conferida proteção às minorias. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, passim.

2 O constitucionalista, em artigo recente, discorre acerca da crescente judicialização das relações político-sociais na atualidade. A abordagem ressalta, a partir da experiência pendular norte-americana – entre o *self restraint* e o ativismo –, e da ascensão institucional dos juizes e tribunais nas democracias contemporâneas, “que a linha divisória entre ambos [direito e política] nem sempre é nítida, e certamente não é fixa”. Relembra, ainda, objeções ao ativismo de natureza política (contramajoritária), institucional (incapacidade para efeitos sistêmicos) e de limitação do debate (elitização técnica), conquanto reconheça a importância de uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.

3 Conforme expõe Camazano, “aunque ciertamente por medio de estas sentencias el TC [Tribunal Constitucional] viene a assumir un papel que corresponde principalmente al poder legislativo [...] lo cierto es, por outro lado, que en muchos casos la mera anulación no resolveria el problema planteado por la cuestión de inconstitucionalidad, haciendose necesarios este tipo de pronunciamientos a fin de que la justicia constitucional pueda desarrollar el rol que le corresponde”. CAMAZANO, Joaquín Brage. “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias ‘atípicas’)”. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (ed.), *La interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005 (no prelo).

4 “As sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1361.

kelseniano do legislador negativo⁵. Sem olvidar a sempre comentada “Reforma Política”⁶.

Não obstante, a proposta central do presente trabalho é a de analisar os fundamentos que deram azo a essa releitura constitucional, permitindo a extração direta do princípio da fidelidade partidária, ao abandonar o entendimento outrora dominante e inaugurar um novo modelo.

Para tanto, indispensáveis são as considerações atuais acerca do mandato eletivo, da representação e dos partidos políticos, além da análise do caminho percorrido pela jurisprudência pátria até chegar às repercussões mais recentes no âmbito do TSE.

Espera-se, pois, contribuir para uma reflexão acerca das mudanças promovidas pelo Poder Judiciário, ao introduzir essa relevante peça no tabuleiro da relação entre eleitores, candidatos e partidos.

2 MANDATO ELETIVO

O primeiro elemento imprescindível à presente pesquisa é, sem dúvida, o mandato eletivo. Na dicção autorizada de ATALIBA, “o mandato se põe no centro de toda a construção jurídica da República. É seu instrumento de viabilização. Não se pode cogitar de representação sem meios idôneos de sua eficácia. Sem mandato não há República”⁷. Impossível falar em perda do mandato sem apreender seu conceito, bem como delimitar as respectivas espécies, a saber: imperativo, representativo e partidário.

Há espaço, ainda, para uma breve reflexão crítica acerca do atual crise de representatividade, mediante a análise das correlações sociais, políticas e jurídicas do assunto.

5 Segundo o qual a atividade dos tribunais constitucionais cingir-se-ia à anulação das leis incompatíveis com a norma fundamental. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 263.

6 A cuidar, ao lado da fidelidade partidária, de propostas envolvendo o financiamento de campanhas, a obrigatoriedade do voto, as coligações proporcionais e o calendário eleitoral, entre outros. AIETA, Vânia Siciliano. *Reforma Política*. Estudos em homenagem ao Prof., Siqueira Castro. Tomo V. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 16-27.

7 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo : Malheiros. 2. ed., 4ª tiragem, 2007, p. 91.

2.1 CONCEITO E ESPÉCIES

A definição do que vem a ser o mandato eletivo, bem com a análise de suas funções no cenário político-jurídico contemporâneo, remonta ao desenvolvimento do escólio mais elementar de democracia, entendida como governo *do* povo *para* o povo e *pelo* povo⁸. Esta concepção – já presente nos teorias de ARISTÓTELES, PLATÃO⁹ e MAQUIAVEL – mantém relação umbilical com a soberania da vontade popular; noutra prisma, tal sistema é ainda retratado como forma de vida, forma de racionalização do sistema político e, por fim, como forma de legitimação de poder, consoante preceitua CANOTILHO¹⁰. Todas as noções relacionadas, de algum modo, com o presente estudo.

As primeiras formas de manifestação da democracia ocorreram de maneira direta, isto é, sem qualquer agente de intermediação entre a decisão de tomada de poder e o seu legítimo detentor, o povo. Experiência desta natureza tem como expressão mais autêntica as assembleias populares de Atenas, na antiga Grécia. Não obstante reconheça o mais alto grau de pureza democrática nesta modalidade, KELSEN¹¹ apresenta duas advertências a respeito: tal organização somente é possível em comunidades pequenas e sob condições sociais simples; e nem todos os integrantes da comunidade participavam das assembleias daquela época, uma vez que mulheres, escravos e estrangeiros, entre outros, estavam alijados dos processos decisórios.

A partir da evolução das condições sociais e econômicas, a complexidade da vida humana torna necessária a cisão entre a titularidade do poder político e seu exercício, dada a inviabilidade de

8 Na célebre fórmula de Abraham Lincoln, ex-presidente norte-americano.

9 Conforme anota Bobbio, na obra *Político*, de Platão, foi cunhada a conhecida idéia segundo a qual a democracia é considerada a menos boa das formas boas e a menos má das formas más de governo, sendo a que oferece mais vantagens para viver. In BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.); *Dicionário de política*. 5. ed. Trad. de Carmem C. Varriale, Brasília : UnB, 2000. p. 320. Algo que, séculos mais tarde, foi repetido por Winston Churchill, ao dizer, em discurso na Casa dos Comuns, que “a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos”. Na mesma linha, o saudoso filósofo conclui que “uma má democracia é sempre preferível a uma boa ditadura”. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 11. ed.. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2009. p. 87.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1998. p. 277. Vale mencionar, ainda, o conceito de José Afonso da Silva, para quem a democracia é, ao mesmo tempo, meio e instrumento de realização de valores essenciais da convivência humana. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 40.

11 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 412.

reunião permanente de todos os cidadãos na administração dos rumos comuns. Necessário, portanto, ante a evolução histórica, migrar para um novo modelo, tendo início a denominada democracia indireta, mediante a representação política.

Assim, determinados indivíduos possuiriam a missão de manifestar a vontade de todos os demais, atuando, pois, em nome de outrem. Sua essência é comum ao direito privado, na relação estabelecida pelo contrato originado do *mandatum* romano, na figura do procurador¹². Ainda no campo civilista, ARNOLDO WALD¹³ destaca que a base do mandato “é, pois, fiduciária, decorrente da confiança entre os contratantes”.

Como nota distintiva em relação ao mandato civil, pode-se mencionar, todavia, que o mandato político possui caráter irrevogável – salvo naqueles ordenamentos que admitem o chamado *recall*, que possibilita a revogação por parte da população¹⁴ – e livre; diferentemente do privado, vinculado por natureza.

É possível constatar, com BOBBIO¹⁵, uma tríplice relação na representação: delegação, confiança e espelho social. Trata-se, nessa perspectiva, de uma ficção política, segundo a qual, tecnicamente, a presença de um representante no parlamento significa a presença de todos os representados, como assinala KELSEN¹⁶.

Em termos teóricos, considera-se que a moderna formulação da representação política, embora tenha raízes filosóficas em MONTESQUIEU, somente com SIEYÈS foi realmente estruturada¹⁷, conforme se verificará

12 O Código Civil atual, ao definir o mandato, bem exprime a idéia de atuação na defesa dos interesses de outrem: “Art. 653. Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.”

13 WALD, Arnolde. *Obrigações e contratos*. 14. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2000. p. 457.

14 Muito embora os exemplos mais conhecidos de tal prática seja o do estado norte-americano da Califórnia e o de alguns cantões suíços, interessante observar que, no Brasil, já se previu tal instituto. Isto ocorreu na Constituição dos estados do Rio Grande do Sul (1891), de Goiás (1891) e de Santa Catarina (1892 e 1895). In: PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. Brasília : UnB, 2000, p. 333-335. A Constituição da antiga União Soviética (art. 105) também continha disposição semelhante. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 11. ed.. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2009. p. 61.

15 BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. 2000. p. 1102

16 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2005. p. 416.

17 AIETA, Vânia Siciliano. *Mandato Eletivo*. Estudos em homenagem ao Prof., Siqueira Castro. Tomo III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

no item a seguir, por meio do estudo das espécies de mandato: imperativo, representativo e partidário.

Desse modo, por ora, importa assentar que a relação estabelecida no mandato parlamentar é a autorização para representar o povo nas reuniões em assembléia, ante a dificuldade de todos exercerem pessoalmente o poder.

Já tendo sido definido seu conceito, no próximo item segue-se um detalhamento acerca das espécies de mandato eletivo.

2.1.1 MANDATO IMPERATIVO

A classificação do mandato como imperativo – em aparte ao representativo e ao partidário – tem em consideração um elemento próprio à subordinação do eleito, isto é, este deveria estrita obediência ao mandante, cuja vinculação reduziria a margens mínimas a liberdade de atuação do parlamentar.

VÂNIA AIETA¹⁸ observa que o auge do mandato imperativo ocorreu na França pré-revolucionária, onde os representantes do terceiro estado “recebiam instruções precisas acerca do que deveriam fazer com o mandato que lhes era confiado”. Também lembra que um de seus maiores defensores foi ROUSSEAU, a partir da concepção contratualista. Daí a razão de um de seus principais fundamentos, conforme explica COSTA PORTO¹⁹, na necessidade de se aproximar, ao máximo, da democracia direta – como expressão da soberania popular –, explicando-se o porquê essa sujeição tão estreita.

Não obstante, o mesmo autor reconhece que, nestes termos, o mandato imperativo rebaixaria o representante a um papel meramente mecânico. De fato, se a cada decisão fosse necessária a consulta obrigatória aos representados, não haveria sentido no processo de seleção, uma vez que os parlamentares estariam reduzidos a simples autômatos; afora as vicissitudes, acima destacadas, da participação direta de toda a coletividade no destino comum.

Este tipo de representação ficou conhecido, igualmente, como representação de *interesses*, justamente em razão de o mandato estar vinculado aos desígnios de determinada classe de indivíduos. Ao

18 AIETA, op. cit.

19 PORTO, op. cit., p. 278.

contrário representação *política*, que configura sua antítese, na qual o mandato se desenvolve livre de qualquer sujeição²⁰. Se o Antigo Regime marcou o apogeu daquele tal modelo, é certo que sua derrocada também coincide com a passagem para o Estado Liberal, notadamente a partir da Constituição Francesa de 1791, consoante a seguir detalhado.

2.1.2 MANDATO REPRESENTATIVO

Atribui-se a EDMUND BURKE, parlamentar inglês do século XVIII, em discurso aos eleitores de Bristol, no ano de 1774, um dos mais contundentes manifestos em face do mandato imperativo. Para ele, os deputados representariam interesses gerais, sem estar submetidos ao mandato imperativo, haja vista que os laços com os representados são apenas de confiança²¹.

Fato é que não tardou para que suas idéias prevalecessem. Com a ruptura provocada pela Revolução Francesa, a Assembléia Constituinte daquele país acolheu a tese de que o mandato passava a ser livre, consoante foi disposto no Título III, Capítulo II, Seção 3, artigo 7º: “*Os representantes eleitos nos parlamentos não serão representantes de um departamento particular, mas de toda a nação e nenhum mandato lhes poderá ser atribuído*”. (tradução livre)²². Conteúdo semelhante ao que está expresso, atualmente, nas Constituições da Itália (art. 67)²³ e da Alemanha (art. 38, §1º, alínea 2)²⁴.

Cuidava-se de uma transição compreensível, pois, ao advento do Estado Liberal, cuja estrutura favorecia a manutenção do poder por parte da burguesia, à medida que conferia amplos poderes políticos aos novos representantes²⁵.

20 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 2009. p. 36.

21 AIETA, Vânia Siciliano. *Mandato Eletivo*. 2006. p. 76.

22 *Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat.*

23 Todo membro do Parlamento representa a nação e exerce suas funções sem vínculo de mandato (tradução livre; *Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato*).

24 [Os Membros do Parlamento Federal] serão representantes do povo como um todo, não estarão sujeitos a ordens ou instruções, mas apenas à sua consciência (tradução livre; *Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen*).

25 ARAS, Augusto. *Fidelidade Partidária: A Perda do Mandato Parlamentar*. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2006. p. 285.

Com efeito, tal marco é tributo, outrossim, do pensamento do abade SIEYÈS, o qual sempre advogara que ao parlamento é confiada exclusivamente a proteção dos interesses gerais, sem preocupação com os interesses corporativos²⁶. Vale ressaltar, conforme análise feita pela Ministra CÁRMEN LÚCIA que “o eleito não defende os interesses *apenas* daqueles que o elegeram. Defende os interesses de *todos* os cidadãos [...], no desempenho de um mandato que se nomeia mesmo como forma de *representação*”²⁷.

Era a passagem da mera representação de interesses para a verdadeira representação política – ao menos em tese, um vez que, ainda hoje, com a atuação das denominadas *bancadas*, são arduamente defendidas posições de religiosos, empresários, banqueiros, trabalhadores, ruralistas, entre outros.

A margem de autonomia, novamente com BOBBIO²⁸, é bem mais ampla da que se permite no modelo imperativo, respeitando-se a livre convicção do parlamentar, conquanto não se prescindia de uma necessária correlação com a expectativa do eleitorado. A falta de sintonia com os desejos da população é um dos fatores da atual crise de representatividade, problema abordado na sequência.

Releva frisar, contudo, que tal realidade se originou numa época na qual a equação estabelecida era simplesmente *eleitor-eleito*, sem qualquer intermediação. Sucede que, com o surgimento das agremiações político-partidárias, um novo elemento foi introduzido neste cenário, passando a se configurar em *eleitor-partido-eleito*, por conseguinte, em mandato partidário.

A configuração do mencionado duplo vínculo foi um dos argumentos levados em consideração pelo Supremo Tribunal Federal, ao redefinir a temática da fidelidade, uma vez que “representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular), quanto aos partidos que lhes propiciaram a candidatura

26 Bobbio ressalta que, tanto no célebre texto *Que-est-ce que le Tiers Etat?*, como no discurso à assembléia de 8 de julho, Sieyès teve papel determinante na transformação da vedação do mandato imperativo como princípio. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 8ª tiragem. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2003. p. 85.

27 MS nº 22.604, Rel. Min.ª Cármen Lúcia, DJ de 03.10.2008 (grifos do original).

28 BOBBIO, Norberto *et al.* *Dicionário de política*. 2000. p. 1106

(vínculo partidário)”, nos termos do que observou o Ministro CELSO DE MELLO²⁹.

2.1.3 MANDATO PARTIDÁRIO

Cuida-se, aqui, de um dos pontos mais sensíveis do direito constitucional eleitoral brasileiro na atualidade. AUGUSTO ARAS³⁰ propõe uma completa releitura do instituto do mandato, porquanto a relação entre o partido político e o eleito mostra-se bastante intrincada. Para ele, na maioria dos casos, há uma proeminência dos interesses das agremiações sobre o dos filiados, cuja livre consciência possui cada vez menos espaço. Daí falar mesmo em mandato representativo *partidário*.

Um de seus maiores defensores foi KELSEN³¹, segundo o qual o indivíduo isoladamente possui reduzida influência no parlamento, sendo imperiosa a associação a outros que compartilhem das mesmas opiniões políticas. Tal comunhão, obviamente, pressupõe não apenas direitos, mas também deveres, entre os quais está a disciplina em relação às orientações do partido.

Uma característica do regramento jurídico que estaria a corroborar tal corrente, no Brasil, é a adoção – na disputa dos cargos do Poder Legislativo, exceto Senadores da República – do sistema de representação proporcional, mediante a fórmula do quociente eleitoral (art. 108 da Lei nº 4.737/65, Código Eleitoral; art. 5º da Lei nº 9.504/97)³². Como se sabe, tal técnica estabelece, em síntese, um número mínimo de votos para que uma vaga seja preenchida, sendo o total de votos de cada partido considerado para a ocupação do número de cadeiras, através de operações aritméticas sucessivas³³.

29 MS nº 22.603, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.12.2008.

30 ARAS. op. cit., p. 273.

31 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2005. p. 421.

32 “Art. 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido”.

“Art. 5º Nas eleições proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias”.

33 Daí ser possível às minorias políticas obter uma representação no Parlamento, mediante a soma dos votos de todos os seus componentes, algo que, de fato, é um traço positivo. (Cf. ARAS, 2006. p. 99).

Ora, daí se indaga que, grande parcela dos parlamentares só consegue se eleger em razão do denominado “voto de legenda”³⁴, isto é, o voto obtido por todo o partido, não haveria como ser negado o caráter partidário dos mandatos.

Ao lado deste argumento, também se invoca o fato de que a filiação partidária, no sistema nacional, é uma condição de elegibilidade, constitucionalmente prevista no artigo 14, §9º, inciso V, da Lei Maior. Como relembra ADRIANO SOARES DA COSTA³⁵, o citado pressuposto impede que haja candidaturas avulsas, respeitado, ainda, o prazo mínimo de filiação – o qual, em regra, é de um ano³⁶. Os partidos possuem, assim, um “monopólio das candidaturas aos cargos eletivos”, é o que atestou o STF³⁷, tudo a reforçar essa feição do mandato.

2.2 CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Um aspecto que não se pode olvidar, quando se estuda o tema da fidelidade partidária, é o atinente à denominada *crise de representatividade*. Como bem acentuado por VÂNIA AIETA³⁸, tal fenômeno caracteriza-se pelos seguintes fatores: distanciamento entre o eleitor e o eleito; concentração do poder; e frágil fiscalização dos atos dos representantes.

No que tange ao primeiro ponto, a baixa escolaridade do povo brasileiro já poderia ser apontada como uma das causas para o pouco envolvimento com assuntos políticos. Acresça a isso um certo desapontamento com a classe política, em razão de sucessivos episódios de desvio de ética, quebra de decoro parlamentar e improbidades.

Nessa perspectiva, a credibilidade dos políticos e dos partidos perante a população ainda é bastante reduzida. É o que informa a pesquisa “Confiança nas Instituições”, realizada, em maio de 2005, pelo

34 Na eleição de 2006, apenas 31 parlamentares (6,04%) dos 513 eleitos – e dos 5.659 candidatos que concorreram a uma vaga na Câmara dos Deputados – conseguiram o número de votos necessário para se eleger, atingindo o chamado quociente eleitoral. É o que noticiou o Ministro Cezar Peluso, ao apresentar seu voto na Consulta nº 1.398 do Tribunal Superior Eleitoral.

35 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte : Del Rey. 2000. p. 110

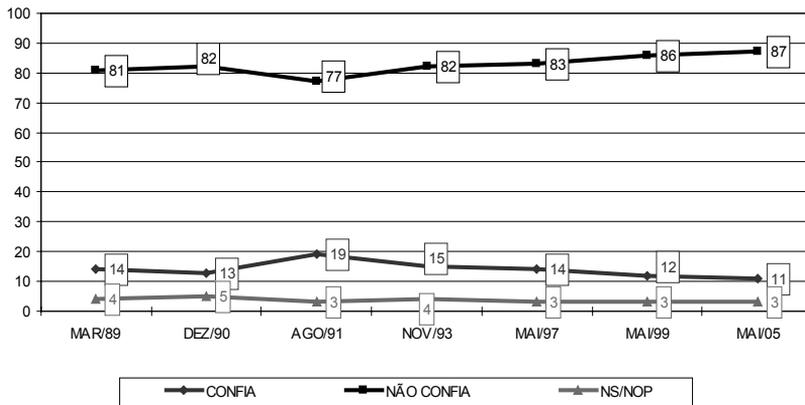
36 É o que preceitua o art. 18 da Lei nº 9.096/95, nos seguintes termos: “Art. 18. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais.”

37 MS nº 22.604, Rel. Min.ª Cármen Lúcia, DJ de 03.10.2008.

38 AIETA, Vânia Siciliano. *Mandato Eletivo*. 2006. p. 9.

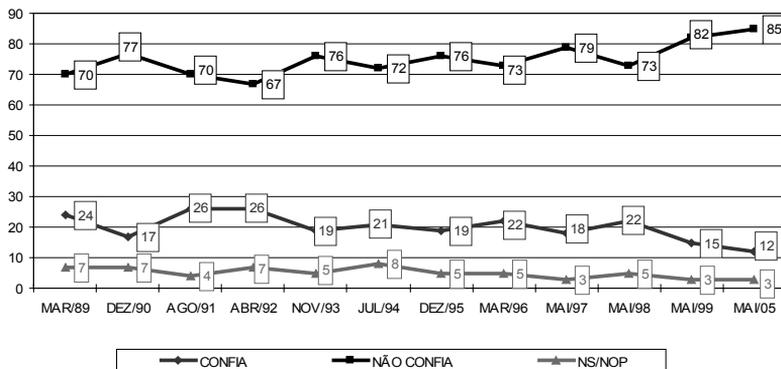
Instituto Brasileiro de Opinião Pública – IBOPE³⁹. De tão significativos, vale conferir os gráficos correspondentes. Inicialmente, constata-se que apenas 11% dos brasileiros confiam nos políticos – sendo certo que, ao longo dos últimos anos, tal índice vem caindo a cada pesquisa:

GRÁFICO 1 – CONFIANÇA NOS POLÍTICOS



Algo não muito diferente em relação aos partidos, cuja desconfiança atinge cerca de 85% da população:

GRÁFICO 2 – CONFIANÇA NOS PARTIDOS



39 Na mesma série histórica – em que os políticos ficaram na última colocação –, também foram avaliadas as Forças Armadas, a Igreja Católica, a Televisão, os sindicatos, o Judiciário e os empresários. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/opiniao_publica/downloads/opp_confiancainstituicoes_mai05.ppt>. Acesso em 02.04.2010.

Ora, parece ser difícil falar em uma autêntica representação diante de um quadro como este que, de acordo com ENTERRÍA⁴⁰, conduz a uma “grave ruptura de la confianza del pueblo em sus gobernantes, y, por tanto, a uma quiebra radical de la democracia, por más que los procesos electorales se desenvuelvan con toda a corrección procedimental y temporal”.

PAULO BONAVIDES⁴¹, expõe, com RUI BARBOSA, que este problema já se fazia presente desde o Império, sendo certo que:

[...] o mal de tudo isso há de ter sido, em parte, a carência de base ideológica, visto que os princípios, ainda os da escola liberal e conservadora, não causavam lá sincera impressão no ânimo dos seus propugnadores mais ardentes, que, via de regra, se mostravam dispostos a sotopô-los ao interesse falacioso ou pessoal, toda vez que entrava este em jogo.

Decerto a causa passa também pelo próprio processo seletivo, acompanhado pelo parco acompanhamento popular ao longo dos quatro anos seguintes à votação, pois o contato estabelecido entre os programas partidários e os eleitores é extremamente rarefeito.

Não passa despercebido, igualmente, o nascedouro do vínculo entre o eleitor e seu potencial candidato, isto é, a propaganda política. A escolha, cada vez mais, é prenhe de fórmulas de *marketing*, cuja aplicação transforma os futuros representantes da nação em verdadeiros produtos de mídia. São poucas propostas, não há a apresentação de conteúdo ou idéias consistentes; por outro lado, muitos recursos visuais e ataques aos adversários.

Em uma análise mais percuciente, verifica-se aí um reflexo da atual “sociedade do espetáculo”, como formulado pelo filósofo francês GUY DEBORD⁴², segundo o qual “no reino social das aparências, nenhuma questão central pode ser colocada aberta e honestamente [...] e a *apologia do espetáculo* constitui o pensamento do não-pensamento”.

Outro ponto relacionado diz respeito à utilização de pesquisas eleitorais. Tais instrumentos são, sabidamente, capazes de exercer

40 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Reimpressão. Civitas: Madrid. 2005. p. 118.

41 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. ampliada. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 144.

42 DEBORD, Guy. *A Sociedade do espetáculo*. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto. 2006. p. 42-127.

influência sobre a vontade popular; ora fortalecendo candidaturas, ora aniquilando pretensões. Como bem relata a jornalista norte-americana CYNTHIA CROSSEN⁴³ – cujo país é o maior produtor mundial de pesquisas – “como em qualquer trabalho, o mercado de pesquisas tende a trabalhar em benefício dos mais fortes e poderosos”. De forma objetiva, prossegue, “as classes dominantes, econômica e politicamente, que sabem como ‘mercadejar idéias’, também podem dominar a ideologia de uma nação com pesquisas”.

É o que constata, igualmente, MAGALHÃES e ROBERT⁴⁴, ao vislumbrarem riscos à democracia, na medida em que “a imprensa também utiliza esses mecanismos de pesquisa de opinião pública, induzindo ou pressionando governos, através da indução da população a determinadas posições”.

Diante de todos esses óbices levantados, torna-se deveras difícil falar em uma representação, digamos, com grau de pureza 100%. Daí porque, verificada a baixa densidade ideológica, a descrença dos eleitores e a praticamente inexistente pressão popular, o “troca-troca” partidário tornava-se corriqueiro⁴⁵ – algo que, em última análise, poderia reduzir o mandato eletivo à mera propriedade privada, sem qualquer respeito ao conceito de soberania e em tudo contrário ao princípio democrático⁴⁶. Era precisão reafirmar, por conseguinte, o caráter publicístico do mandato, a fim de elidi-lo da lógica dominial do “grande mercado” que vinha presidindo as relações políticas⁴⁷.

Foi este um dos vieses examinados pelo STF, ao alterar a compreensão acerca da fidelidade partidária e consagrar nova interpretação constitucional, buscando superar tamanha incongruência.

43 CROSSEN, Cynthia. *O fundo falso das pesquisas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 112.

44 ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de Magalhães. *Teoria do Estado, Democracia e Poder Local*. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Júris. 2002. p. 113.

45 Como noticiou a Revista Época, de outubro de 2002 a fevereiro de 2007, nada menos do que 193 dos 513 deputados federais trocaram de legenda. In: “Infidelidade punida”. *Revista Época*. ed. n° 490, outubro de 2007.

46 “O princípio democrático outra coisa não é, do ponto de vista político, senão a ingerência dos governados na obra do governo”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2003, p. 263.

47 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 2009. p. 149-153.

3 PARTIDOS POLÍTICOS

Segundo elemento-chave para exata compreensão da temática curso é o dos partidos políticos. Assim, a seguir tem-se a análise de suas funções – e também disfunções –, à luz da autonomia que lhes é constitucionalmente assegurada, além do estudo das normas sobre fidelidade partidária.

3.1 FUNÇÕES E DISFUNÇÕES. RESPEITO ÀS MINORIAS.

A atuação isolada nas atividades parlamentares, como ressalta KELSEN⁴⁸, mostra-se de pouca eficácia na formação da vontade dos órgãos legislativos. Desse modo, é imperiosa a associação entre indivíduos que compartilhem dos mesmos ideais, a fim de lutar por uma posição majoritária nas votações. Nesse mister, observa GRIMM⁴⁹, “não existe equivalente funcional para os partidos”.

Nesse cenário, pois, surgem as agremiações políticas, originárias da experiência inglesa do século XVIII, possuindo a função de agregar forças comuns, com vistas a assumir o poder e realizar seu programa de governo. No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵⁰, com DUVERGER, tal organização social apenas se firmou em meados do século passado e, hoje, constitui-se em “peça fundamental do processo democrático de nossos dias”.

Opinião compartilhada, outrossim, por VÂNIA AIETA⁵¹, para quem os partidos políticos:

na sua tarefa de despertar, instigar, formar e promover a opinião pública tornam-se mecanismos vitais para o êxito democrático, pois fornecem aos cidadãos apoio para o processo de tomada de decisão política, através de sugestões, opções, programas e dogmas.

Como grupo de pessoas organizadas, caracteriza-se pelos seguintes fatores, de modo a distingui-lo dos meros grupos de pressão:

- a) durabilidade;

48 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2005. p. 421

49 GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 54.

50 op. cit., p. 237.

51 AIETA, Vânia Siciliano. *Partidos Políticos*. 2006, p. 237.

- b) complexidade;
- c) vontade de chegar e exercer o poder, e não simplesmente influenciá-lo;
- d) preocupação em obter o suporte popular⁵².

CANOTILHO⁵³ chega mesmo a afirmar que a democracia moderna, em verdade, é uma democracia partidária, vez que cada agremiação espelharia um grupo social, a partir do programa e da ideologia professados. O renomado constitucionalista saúda tal característica, mediante a “aglutinação de interesses e mundividências”, como uma das virtudes do sistema representativo. O Ministro CARLOS BRITTO destaca, ademais, que os partidos são a “ponte entre os eleitos e os eleitores”⁵⁴.

Não obstante os nobres propósitos da organização partidária – mediante a mobilização pela busca do bem coletivo – a realidade mostra que a prática é bem distinta. Este é um dado fundamental no contexto da infidelidade partidária, porquanto, não raro, os interesses privados dos dirigentes partidários e seus financiadores sobrelevam-se ao da população representada.

Daí porque ao se falar em duplo vínculo do eleito⁵⁵, uma ligação com sua agremiação e outra aqueles que lhe atribuíram voto, como visto no tópico referente ao mandato representativo, deve-se efetuar algumas ponderações.

É o que não passa despercebido a AUGUSTO ARAS⁵⁶, que, ao analisar a vida partidária nacional, alerta, de início, que a maioria dos partidos políticos está sempre de “portas abertas”, filiando-se quem quer que seja. Ademais, observa, a escolha partidária por parte dos potenciais candidatos se dá pragmaticamente – pela força da agremiação, e não por razões ideológicas –, sendo certo, ainda, que prepondera o individualismo durante as campanhas eleitorais.

⁵² Trata-se de elaboração de Joseph LaPalombara, cientista político da Universidade de Yale, lembrada por Victor Nunes Leal. (1984. p. 88; no mesmo sentido: PORTO, 2000. p. 303)

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 294 - 303.

⁵⁴ ADI nºs 3.999 e 4.086, DJ de 17.04.2009.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 2003. p. 470.

⁵⁶ ARAS, op. cit., p. 248.

Acresça-se a advertência de VICTOR NUNES LEAL⁵⁷, lembrando o nefasto papel desempenhado pelo Poder Executivo neste processo. Para ele, a desnaturação dos partidos tem origem, também, “nas iniciativas minuciosas e constrangedoras do Executivo”.

A título de ilustra o,   cediço que o direcionamento e libera o de recursos, mediante as emendas parlamentares ao projeto orçamentário, ordinariamente favorece os componentes dos partidos da base de sustenta o do governo. Não por outra razão que, na absoluta maioria dos casos, migra-se de uma legenda da oposi o para a outra da situa o – raramente o inverso⁵⁸. Este aliciamento⁵⁹, ao final, transforma o partido em um balcão de negócios e o mandato, com seus valiosos votos, em moeda de negocia o.

O problema da coopta o de filiados não passou despercebido para o STF. O dever de fidelidade foi afirmado, outrossim, sob a  tica do legítimo direito de exercício de oposi o – a prote o das minorias como nota essencial da democracia   li o unânime na doutrina⁶⁰. Neste rumo, o Ministro CELSO DE MELLO⁶¹ deixa claro que, além do respeito   soberania popular, o direito de oposi o encontra respaldo no pluralismo político consagrado pela Constitui o Federal. De modo que as migra es inesperadas “culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio nas forças do parlamento”, adverte o Ministro GILMAR MENDES⁶².

Tal quadro não deixa de ser uma expressão, novamente, da já mencionada crise de representatividade. Numa leitura bastante realista,

57 LEAL, Victor Nunes. “Os partidos políticos brasileiros”. *Revista da Escola Superior de Guerra*, Rio de Janeiro, Vol. 2, n  3, 1984, p. 85.

58 Matéria jornalística informou, a título de ilustra o, que o número de filiados do Partido dos Trabalhadores simplesmente dobrou de tamanho, em apenas dois anos de governo, passando de cerca de 400 mil para 810 mil adeptos. FELÍCIO, César. ‘PT dobra filia es em dois anos de Lula’. *Valor Econômico*. Brasília, 9 fev. 2005. Política, p. A5.

59 A propósito desta prática de domínio sócio-político-econ mico, iniciada na Primeira República, interessante anotar que o problema da infidelidade partidária l  já se fazia presente, como registrou Victor Nunes Leal, há várias décadas: “nos períodos que antecedem as elei es   que o ambiente de opressão atinge o ponto mais agudo. Nos intervalos das campanhas eleitorais, melhoram muito as rela es entre as parcialidades do município, chegando eventualmente a ser amenas e respeitadas.   nessa fase que se processam os entendimentos que permitem   facão que está no poder, ou   apoiada pelo governo estadual, engrossar suas fileiras, pela adesão de cabos eleitorais urbanos ou de ‘coronéis’”. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1948, p. 24.

60 ATALIBA, Geraldo. Op. cit., 2007, p. 98-101; ENTERRIA, Garcia de. Op. cit., 2009, p. 87; BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 2009, p. 74.

61 MS n  26.603, DJ de 19.12.2008.

62 ADIs nós 3.999 e 4.086, DJ de 17.04.2009.

tem-se que o cidadão, “tendo o voto como obrigação, não assume posição política, de cobrar ou de exigir, atendo-se a seus assuntos particulares, deixando o encargo de governar delegado ao representante”⁶³.

Assim, literalmente livres de pressão popular, cujo controle limita-se ao sufrágio periódico, os partidos vão seguindo sua conturbada trajetória no Brasil. Talvez um dos maiores argumentos dos que são contrários ao mandato partidário, com o conseqüente fortalecimento dessas mesmas questionadas agremiações, concerne à idéia de “partidocracia”, *parteienstaat* dos alemães ou *partitocrazia* dos italianos.

Esta “ditadura dos partidos”, que BOBBIO⁶⁴, considera como “realidade de fato incontrovertível”, leva os mesmos à condição de soberanos, “gostemos ou não”, atesta o referido filósofo. Nesse sentido, há de se reconhecer como consistente a objeção, sobretudo no frágil quadro político nacional, em que a independência dos parlamentares é sujeita aos ditames dos líderes partidários.

Diante deste contexto, não seria exagero, portanto, falar que as características atuais aproximam o Brasil de um mandato imperativo partidário, tendo estes a “primazia na organização governamental contemporânea”⁶⁵.

3.2 AUTONOMIA CONSTITUCIONAL

Um traço de fundamental relevância na discussão em torno da estrutura partidária, bem como das respectivas normas de fidelidade, diz respeito à autonomia que lhes é assegurada pela Constituição Federal de 1988, cujos dispositivos a disciplinar os partidos políticos estão consagrados no art. 17⁶⁶.

63 CZORNEI, Eleutério. “Poder, Partidos Políticos e Fidelidade Partidária”. In: *Revista Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 57, p. 19-59, julho, 2005.

64 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 2003, p. 471.

65 ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. “Reforma Política, Fidelidade Partidária e a Crise do Sistema Representativo Brasileiro”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, n° 8, p. 174-189, Janeiro-Junho, 2008.

66 No que interessa ao presente estudo, destaque para o §1º do art. 17 da CR: “é assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 52, de 2006)”.

Cumpra registrar, de plano, que tal panorama – com o reconhecimento da instituição partido político pelo próprio legislador constituinte – somente foi inaugurado, de forma efetiva, a partir da Carta de 1946 (arts. 40 e 131, §13º). Antes desse marco, conquanto ignorados em 1891 e 1934, as agremiações partidárias já haviam sido previstas no Código Eleitoral de 1932 (Decreto nº 21.076, de 24.02.1932).

Todavia, durante o regime autoritário – Constituições de 1967 (art. 149) e 1969 (art. 152) –, houve severo controle ideológico e quantitativo sobre os partidos, notadamente “para impedir o surgimento de partidos de tendência marxista”, consoante registra JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶⁷. Relembre-se que, nesta época, havia um sistema bipartidário imposto pelo Governo: de um lado, a ARENA (Aliança Renovadora Nacional); de outro, o MDB (Movimento Democrático Brasileiro).

Esta circunstância restritiva explica o caráter bastante liberal do atual texto, na medida em que, com a retomada do regime democrático, a única limitação estabelecida concerne à necessidade de observância do âmbito nacional (art. 17, I) da vedação de financiamento externo (governamental ou privado; art. 17, II) e de fins paramilitares (art. 17, §4º).

A matéria relativa à autonomia para “estrutura interna, organização e funcionamento” constitui-se o que se denomina de *interna corporis*; imune, pois, ao controle judicial – salvo em caso de ameaça ou lesão a direito fundamental (e.g.: violação à igualdade de oportunidades em disputa interna ou ao devido processo legal), conforme tem decidido o STF⁶⁸. Alguns

67 Op. cit., p. 273.

68 Esta é a recorrente orientação do Supremo Tribunal Federal, em tema de controle de atos *interna corporis*, como assentou o Min. Celso de Mello, ao examinar atos políticos do Poder Legislativo: “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES *INTERNA CORPORIS* DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL [...] POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, [...], revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes. [...]”. (MS nº 24.831/DF, Pleno, DJ de 04.08.2006, p. 26, grifou-se).

especialistas, como é o caso de ALBERTO ROLLO⁶⁹, chegavam a criticar essa postura um tanto tímida do Poder Judiciário – algo que também foi alvo de objeções daqueles que sustentavam que a fidelidade partidária deveria ser matéria de cunho estritamente regimental, sem interferência dos tribunais.

A seguir, um breve panorama do regramento específico acerca do tema, tanto em nível constitucional, como legal.

3.3 NORMAS SOBRE FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Na ordem jurídica vigente no período que se seguiu à redemocratização do país – antes da atual disciplina do processo de perda do cargo eletivo por infidelidade partidária –, o que havia, de início, era tão somente a previsão constitucional do já citado §1º do art. 17 da atual Lei Maior. Com destaque para a autorização contida no seguinte trecho: “devendo seus estatutos [dos partidos] estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

Vale registrar que, diferentemente da Carta de 1988, a Constituição de 1967 previa expressamente a infidelidade partidária como causa de perda de mandato, nos termos do que dispunha seus artigos. 35, V e 152, parágrafo único⁷⁰ – matéria pormenorizada pela Lei nº 5.682/1971⁷¹. Algo que, para os que advogaram uma interpretação

69 ROLLO, Alberto. “O Excesso de *interna corporis* no Direito Eleitoral”. *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*. São Paulo, vol. 11, nº 38, p. 16-26, abril-junho, 1997.

70 “Art. 35. Perderá o mandato o deputado ou senador: [...]”

V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152. [...] Art. 152 [...] Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmara Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.”

71 Lei nº 5.682/1971: “Da Perda do Mandato por Infidelidade Partidária

Art. 72. O Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual ou Vereador que, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o Partido sob cuja legenda fôr eleito, perderá o mandato.

Parágrafo único. Equipara-se a renúncia, para efeito de convocação do respectivo suplente, a perda de mandato a que se refere êste artigo.

Art. 73. Consideram-se diretrizes legitimamente estabelecidas às que forem fixadas pelas Convenções ou Diretórios Nacionais, Regionais ou Municipais, convocados na forma do estatuto e com observância do quorum da maioria absoluta. [...]”

Art. 74. Considera-se também descumprimento das diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária:

I - deixar ou abster-se proposadamente de votar em deliberação parlamentar;

a *contrario sensu*, representaria a impossibilidade de perda do cargo, por tal razão, na ordem constitucional vigente.

Acrescem a isto o fato de que a Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, simplesmente revogara o inciso V do artigo 35. Adiante-se que este argumento foi um dos responsáveis pela posição tradicional da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido do taxatividade do rol das causas de perda de mandato pós-1998 – assunto esquadrihado à frente.

Não obstante tais críticas, certo é que a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) veio minudenciar o processo de disciplina partidária, assegurando princípios com o da tipicidade e o da ampla defesa, além de dispor que o parlamentar deve seguir as orientações estatutárias da legenda, sujeitando-se a diversas penalidades caso as contrarie (arts. 23 a 26)⁷².

Anote-se, porém, que tinham sido previstas apenas as causas de infidelidade do eleito, mas não as da própria agremiação, em relação ao seu programa, ou mesmo as hipóteses de perseguição interna, hoje asseguradas. Ainda não era possível, pois, ao parlamentar justificar o

II - criticar, fora das reuniões reservadas do partido, o programa ou as diretrizes partidárias;

III - fazer propaganda de candidato a cargo eletivo inscrito por outro partido, ou de qualquer forma, recomendar seu nome ao sufrágio do eleitorado; e

IV - fazer aliança ou acôrdo com os filiados de outro partido.

Art. 75. A perda de mandato do parlamentar será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do Partido, ajuizada no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - da investidura do representado no cargo eletivo, se o ato que possa caracterizar a infidelidade partidária tiver sido praticado após o registro de sua candidatura, e antes da posse; e

II - do conhecimento do ato que caracterize a infidelidade partidária, se posterior à posse.[...].”

72 Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido.

§ 1º Filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido político.

§ 2º Ao acusado é assegurado amplo direito de defesa.

Art. 24. Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Art. 26. Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

respectivo ato de desfiliação – uma das grandes novidades da modificação de entendimento da jurisprudência.

4 A FIDELIDADE PARTIDÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA: MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO

O tema da fidelidade partidária recebia, por parte do Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2007, um tratamento complementemente distinto do qual hoje está assentado por aquela Corte. Isto é, ao contrário do entendimento que vige atualmente – no sentido de que o abandono injustificado de agremiação representa a perda do mandato parlamentar –, prevalecia a tese segundo a qual tal sanção não estava prevista constitucionalmente.

4.1 A ORIENTAÇÃO TRADICIONAL DO STF

O marco inicial, no contexto da Carta de 1988, foi o julgamento do MS ° 20.916/DF (Rel. p/ acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 11.10.1989, mas cujo acórdão foi publicado somente em 26.03.1993). O *writ* fora impetrado pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB – em face do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados, com o intuito de impedir a posse de suplente em vaga aberta para deputado federal, uma vez que teria perdido esta condição em virtude de seu desligamento da legenda, filiando-se ao PSC – Partido Socialista Cristão.

Os argumentos que prevaleceram para a denegação da ordem foram essencialmente dois. O primeiro baseou-se na extinção da sanção por infidelidade partidária efetuada a partir da edição Emenda Constitucional nº 25, de 15.5.1985, aliado ao fato de que o rol do art. 55 da Carta de 1988 – hipóteses de perda do mandato parlamentar – seria *numerus clausus*; o segundo no fato de que a alteração de agremiação equivaleria a uma renúncia tácita à condição de suplente. Ademais, este possuiria uma mera expectativa de direito, a ser concretizado no caso de vacância do cargo.

O Min. CELSO DE MELLO, à época vencido – na companhia dos o Min. CARLOS MADEIRA, relator, PAULO BROSSARD e SYDNEY SANCHES, consignara uma visão que, quase vinte anos depois, foi retomada pela atual composição do STF. De início, ressaltou a impossibilidade de haver candidaturas avulsas no ordenamento pátrio, visto que “os mandatos representativos estão fortemente impregnados de caráter partidário”,

sendo, ainda, a filiação partidária uma condição de elegibilidade, nos moldes do que se abordou no item “2” do Capítulo 2.

No mesmo sentido, considerou que o dever de fidelidade partidária é corolário do relevante papel destas instituições no regime democrático, “absolutamente indispensáveis na dinâmica do processo político e governamental”.

Em hipótese muito semelhante, no entanto, ainda no mesmo outubro de 1989, o Plenário ratificou a posição majoritária contrária a perda do mandato, por ocasião do julgamento do MS nº 20.927/DF, relatado pelo Min. MOREIRA ALVES.

Evidenciava-se, pois, uma postura na qual a hermenêutica de princípios – fundada na moralidade, na soberania da vontade popular e no fortalecimento do regime democrático – ainda não era capaz de suplantar a visão atrelada à taxatividade do art. 55 da Lei Fundamental. Assim, a troca desenfreada de partidos seguia indene, ao sabor de interesses totalmente divorciados da vontade popular e do bem comum.

Anos mais tarde, outro caso foi levado à apreciação da Suprema Corte, novamente versando sobre a possibilidade de posse de suplente cuja filiação partidária não era mais a mesma. Tal hipótese não foi, contudo, examinada no mérito, uma vez que, ante o término da legislatura, houve a perda de objeto do *writ*. (MS nº 23405/GO, DJ de 23.03.2004).

No processo acima, mantendo a mesma dinâmica dos julgamentos do final da década de 80, o Min. GILMAR MENDES, relator, embora negando a inaplicabilidade da perda do mandato por infidelidade, advertiu que “a troca de partidos por parlamentares eleitos sob o regime da proporcionalidade revela-se extremamente negativa para o desenvolvimento do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático”.

Havia, assim, um nítido sentimento de que seria necessário alguma medida em face do desvirtuamento do mandato eletivo; no entanto, o Judiciário ainda sentia-se impotente, ante o cenário daquele período, para qualquer providência que fosse de encontro à literalidade da Carta Maior. Daí porque se pode mesmo considerar uma efetiva guinada a nova interpretação jurisprudencial, detalhada abordada no item a seguir.

4.2 A GRANDE TRANSFORMAÇÃO

O ano de 2007 pode ser considerado como “revolucionário” em matéria de fidelidade partidária no Brasil⁷³. Desse modo, passava a perder o mandato aquele parlamentar que – sem justa causa – viesse a deixar a legenda pela qual foi eleito. Vale afirmar que era um movimento judiciário com amplo suporte na Carta Maior, como se verá, além de compatível com os anseios populares, ao extrair um conteúdo que confere harmonia com as necessidades da Nação⁷⁴.

4.2.1 INÍCIO DA VIRAGEM: A CONSULTA Nº 1.398 DO TSE

A consulta nº 1398⁷⁵, formulada, em 1º.03.2007, pelo antigo Partido da Frente Liberal – PFL, atual Democratas – foi, sem inegavelmente, o agente deflagrador de toda esta alteração de percepção relativa ao assunto. Ao provocar o Tribunal Superior Eleitoral, tal agremiação o fez nos seguintes termos:

Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

73 Confira-se, a propósito, a manchete de capa da Revista *Época* de 8.10.2007: “*Infidelidade punida – A decisão do Supremo Tribunal Federal de castigar os deputados que trocam de partido é um marco histórico para a democracia brasileira – e para os eleitores. Nós contamos aqui por quê*”. Na mesma linha, o jornal *O Globo* já noticiara, em sua edição de 29.03.2007: “*Freio no troca-troca partidário – Guerra sobre fidelidade – Como TSE diz que mandato é do partido, legendas vão ao STF para ter cadeiras de volta*”.

74 É caso de falar-se, mesmo, em total sintonia entre a Constituição escrita e a Constituição real e efetiva, a partir dos fatores reais de poder de Lassale, não relegando a primeira a um “mero pedaço de papel”. (LASSALE, 1988. p. 28).

75 Cuida-se, aqui, de uma competência administrativa do TSE, o qual somente está autorizado a se manifestar em tese, ou seja, abstratamente – sem qualquer referência a um caso concreto. (Cf. MICHELS, 2006. p. 56-58). A propósito, vale a leitura do que dispõe o Código Eleitoral (Lei nº 4.717/65): “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;”

INDAGA-SE:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? (grifo nosso).

Para surpresa de muitos – haja vista a já citada orientação do STF –, a resposta dada pelo TSE foi afirmativa, isto é, no sentido de que os partidos possuem o direito de preservar a vaga obtida no legislativo, em caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

O cerne desta posição sustentou-se em uma interpretação sistemática da Constituição Federal, considerando-se o sistema representativo proporcional, o princípio da moralidade e o papel dos partidos políticos no cenário nacional, cujo reconhecimento constitucional (art. 17, CR) vem a corroborar seu relevante espaço como instituição da democracia.

O Min. ASFOR ROCHA, relator, criticou, de maneira bastante contundente, a posição tradicional da jurisprudência que, a seu ver, “não está[va] afinada com o espírito do nosso tempo, rigorosamente intolerante com tudo o que represente infração à probidade e à moralidade administrativa e pública” – no que tinha absoluta razão.

Na mesma linha, o Min. CEZAR PELUSO também destacou aspectos do sistema proporcional e da relevância da representação de diversas correntes ideológicas, agrupadas nas diversas legendas. Constatou, aliás, que há “nítida e visceral dependência que guarda o sistema proporcional em relação aos partidos políticos”, uma vez que, “por exemplo, candidato eleito sob determinado partido poderia não tê-lo sido noutro”.

Acresceu, ainda, o argumento relativo aos gastos despendidos pelas agremiações, na feitura de material para propaganda, mobilização de recursos humanos, entre outros. Vale lembrar, no ponto, o fato de que boa parte destas verbas é oriunda do denominado “Fundo Partidário”⁷⁶, cuja aplicação beneficia a todos os filiados. Daí porque

76 O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos encontra-se previsto na Lei nº 9.096/95 e tem como fontes as seguintes receitas: multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter

ser correto falar na indevida utilização do patrimônio da legenda, em caso de posterior abandono sem justa causa.

Cumprido destacar, resgatando aquilo que já foi mencionado no tópico “crise de representatividade” (Cap. 2.3), as palavras do Min. CEZAR PELUSO acerca das mazelas da democracia partidária brasileira, bem como de que forma é possível minora-las:

Arrisco a diagnosticar que, a despeito das peculiaridades do nosso sistema proporcional, uma das causas da debilidade dos partidos políticos reside, precisamente, nos estímulos oficiais e na indiferença popular quanto à desenfreada *transmigração partidária* que se observa nos parlamentos, não raro induzida por interesses menos nobres. Ora, suposto não solucionem de per si os problemas, até certo ponto naturais, das disputas intrapartidárias e dos embates por votos entre correligionários, o reconhecimento, a garantia e a vivência de que o mandato pertence ao partido, não à pessoa do mandatário, têm, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa. (Grifo do autor).

O único voto dissonante foi o do Ministro MARCELO RIBEIRO, para quem, mesmo concordando com o “verdadeiro absurdo” da falta de fidelidade aos partidos, não seria possível a perda de mandato por migração injustificada, tendo em vista a ausência de previsão expressa na Lei Fundamental, a posição até então dominante no STF.

Não obstante, os seis votos vencedores – três dos quais proferidos por Ministros que integram o STF – prevaleceram e influenciaram, como será evidenciado a seguir, a própria reformulação de entendimento da Suprema Corte, tudo com vistas ao “aprimoramento do regime democrático”, na feliz síntese do Ministro JOSÉ DELGADO.

4.3 OS MANDADOS DE SEGURANÇA N^{OS} 26.602, 26.603 E 26.604 NO STF

Como reflexo imediato da orientação fixada pelo TSE, os partidos que tinham sofrido baixas em seus quadros, em virtude da troca de

permanente ou eventual; doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

agremiação, foram buscar a recuperação dos mandatos perante a Mesa da Câmara dos Deputados. Sucede que os requerimentos de declaração de vacância foram indeferidos pelo então Presidente daquela Casa, Deputado Arlindo Chinaglia (PT/SP), basicamente por ausência de previsão regimental.

Nota-se, curiosamente, que as legendas que reclamaram a perda de correligionários são todas elas, atualmente, de oposição ao governo: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Partido Popular Socialista - PPS e pelo Partido Democratas – DEM (antigo Partido da Frente Liberal - PFL). Em suma, de ordinário, nenhum parlamentar muda de legenda da situação para a oposição; todos migram para a base governista, com vistas à aproximação com o poder e às respectivas vantagens.

Com efeito, estas agremiações impetraram *writ* no Supremo Tribunal Federal, sustentando a violação ao direito líquido e certo de reaver os mandatos de deputados federais, à luz da resposta dada na Consulta nº 1.398 do TSE. Os mandados de segurança receberam, respectivamente, os nºs 26.602 (Rel. Min. Eros Grau), 26.603 (Rel. Min. Celso de Mello), e 26.604 (Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia).

O julgamento ocorreu de forma conjunta, em duas sessões consecutivas, nos dias 3 e 4 de outubro de 2007, as quais foram repletas de debates, culminando em autêntico marco na concepção da Suprema Corte acerca do tema. Visto isso, passa-se a destacar os principais pontos deste acórdão, a partir do qual se sacramentou que os partidos têm o direito de preservar a vaga obtida no pleito, caso o parlamentar deixe sua legenda sem causa razoável.

Uma das premissas utilizadas pelo Min. CELSO DE MELLO, em seu voto condutor, foi a “essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático”, tal como salientado no início do presente texto.

Ele que, como visto, integrava a minoria vencida em 1989, passou a capitanear a alteração de entendimento, ressaltando, uma vez mais, a relevância da atuação dos partidos:

As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos

e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

Anotou-se, outrossim, a questão da autonomia conferida pelo constituinte, bem como o duplo vínculo existente entre o parlamentar e o eleitor (vínculo popular), além da relação entre o parlamentar e o seu respectivo partido (vínculo partidário). A Ministra CARMEN LÚCIA, por sua vez, asseverou que a infidelidade frustra não apenas a convenção partidária, mas a própria soberania popular no momento pós-voto, algo bastante grave pois “é neste momento que o eleitor tem garantido, ou não, seu voto. Não é na visita feita à urna.”

Esta abordagem é realmente interessante, na medida em que direciona o foco da controvérsia para o cidadão, porquanto este teria sua vontade fraudada, quando seu candidato abandone sua agremiação – e, por conseguinte, sua ideologia e a daqueles o elegeram. Assim, em última análise, vulnerar-se-ia o princípio democrático⁷⁷. Foi o que asseverou magistralmente o Min. CELSO DE MELLO, em palavras que merecem referência:

O tema suscitado na presente causa, portanto, deve ser examinado sob uma dupla perspectiva - (a) a da fidelidade do representante eleito ao partido político sob cuja legenda se elegeu e (b) a da fidelidade daquele que se elegeu aos cidadãos integrantes do corpo eleitoral -, de modo a se reconhecer que o ato de infidelidade, quer à agremiação partidária, quer, sobretudo, aos eleitores, traduz um gesto de intolerável desrespeito à vontade soberana do povo, fraudado em suas justas expectativas e frustrado pela conduta desviante daquele que, pelo sufrágio popular e por intermédio da filiação a determinado partido, foi investido no alto desempenho do mandato eletivo.

Na seqüência, foram ratificados, pela maioria da Corte, todos os argumentos constantes da Consulta nº 1398, vencidos os Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Estes, em

⁷⁷ No ponto, também vale mencionar o seguinte trecho do voto: “o ato de infidelidade, seja ao Partido Político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa um inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por razões justas, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas -, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular, e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política.”

síntese, sustentaram a posição de que não caberia a uma resolução do TSE regular a matéria, de forma primária, em substituição ao Poder Legislativo.

Venceu, porém, a tese no sentido de que o dever de fidelidade é intrínseco ao sistema representativo brasileiro, consentâneo, ainda, com a moralidade e probidade administrativas. Restou claro que não se tratava propriamente de sanção – uma vez que migrar de partido não é ato ilícito –, mas mero reconhecimento do direito subjetivo dos partidos a recuperar as vagas, como emanção direta da Constituição Federal. Especificamente, da soberania popular, da cidadania, do pluralismo político, da filiação como condição de elegibilidade, do sistema representativo proporcional e da moralidade (arts. 1º, II, III, V; 14, §3º, 37, caput; e 45, §1º, da Lei Maior).

A desfiliação voluntária equivaleria, nestes termos, a uma renúncia tácita. Como apontou o Min. CARLOS BRITTO, a saída injustificada representa “um *abrir mão* da continuidade do exercício do mandato”.

Rebateu-se, finalmente, as objeções relativas à eventual usurpação de atribuições do Congresso Nacional, uma vez que, como guardião da Constituição, em sua dimensão política, STF deve “interpretá-la e, de seu texto, extrair a máxima eficácia possível”, conclui o Min. CELSO DE MELLO⁷⁸.

Nesse sentido, foi estabelecido como marco temporal a data de 27.03.2007, dia da publicação da Consulta nº 1398 do TSE, medida que prestigiou a segurança jurídica, sobretudo diante da jurisprudência até então prevalente. Considerou-se que, dali em diante, em vista da ampla divulgação daquele pronunciamento, não haveria como desconhecer a nova orientação.

Destarte, prevalecendo a determinação que os casos fossem remetidos ao TSE, a fim de proceder a análise de cada caso de infidelidade partidária, nascia uma nova etapa na compreensão do tema, cujo axioma é o seguinte: “a mudança injustificada de legenda partidária dá ensejo à perda do mandato parlamentar”.

78 A interpretação conferida pelo STF tem, com Hesse, um “significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”, pois quanto mais o conteúdo da mesma “lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força”. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Fabris. 1991, p. 20,22.

4.4 AS RESOLUÇÕES NºS 22.610/2007 E 22.733/2008 DO TSE E AS ADIS NºS 3.999 E 4.086

Em cumprimento, por conseguinte, ao que foi decidido pelo plenário da Suprema Corte, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610/2007 – alterada pela Resolução nº 22.733/2008 –, de modo a disciplinar o processo de perda do cargo eletivo por infidelidade partidária, ou de justificação de mudança de legenda.

Alguns pontos importantes merecem destaque.

Em primeiro plano, o elenco de causas que podem justificar um eventual abandono de legenda, de acordo com o §1º do art. 1º: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal.

São exceções plenamente razoáveis, pois, não raro, a infidelidade pode ser do próprio partido – cuja traição aos seus ideais originários estaria a justificar uma busca por nova legenda⁷⁹ –, ou há perseguição interna.

Na seqüência, ao observar o devido processo legal, com o “direito ao procedimento”⁸⁰ viabilizado sob o albergue dos princípios da ampla defesa e do contraditório, com o prazo de resposta de cinco dias – algo próprio à necessária celeridade dos feitos eleitorais – e participação do Ministério Público, este é, inclusive, legitimado ativo para propor a perda do cargo eletivo.

O art. 13, por fim, traz a limitação temporal para a aplicação do novo entendimento: a partir de 27.03.2007, data da publicação da Consulta nº 1.398 do TSE, para os cargos do sistema proporcional; e, para os cargos do sistema majoritário, o dia 16.10.2007, data de publicação da decisão nos mandados de segurança examinados.

79 “Quem é o infiel? Apenas o parlamentar que, fisiologicamente, troca de partido após a eleição? Ou, também, o partido que assume o poder e trai seus compromissos de campanha e seu programa partidário?”. AIETA, Vânia Siciliano. *Mandato Eletivo*. 2006. p. 140-141.

80 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 72.

Regulamentação que foi julgada integralmente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no exame das ADIs nºs 3.999 e 4.086, relatadas pelo Min. JOAQUIM BARBOSA.

Sustentava-se a incompatibilidade formal e material da Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Em suma, ao argumento de que somente lei complementar poderia disciplinar a competência de um tribunal eleitoral (arts. 5º, II; 22, I e XIII; e 121, CR) e, ainda, que haveria uma indevida interferência no Poder Legislativo e nas competências do Poder Executivo, em ofensa ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CR), entre outros.

Apesar de vozes dissonantes como as do Ministros EROS GRAU, MARCO AURÉLIO e JOAQUIM BARBOSA – este último que, ao final, rendeu-se ao entendimento da maioria do colegiado firmado nos *leading cases* –, reputou-se legítima a atuação da TSE, até que o Poder Legislativo se pronuncie. Uma vez mais, a exegese que atribuiu à fidelidade partidária o caráter de princípio implícito, emanção direta da Lei Maior, conjugada com a necessidade de se conferir efetividade e força normativa aos valores da Constituição reconhecidos, deram a tônica do julgado⁸¹.

5 CASUÍSTICA PÓS-RESOLUÇÃO

Na etapa final deste trabalho, serão abordados alguns pronunciamentos do Tribunal Superior Eleitoral, posteriores à definição das balizas concernentes à fidelidade partidária, em consequência do movimento até aqui analisado.

Optou-se por restringir a pesquisa ao âmbito do TSE, haja vista a multiplicidade de casos em trâmite perante os vinte e sete Tribunais Regionais Eleitorais. Relativamente ao limite temporal, estão em destaque os mais significativos casos, que tiveram seu resultado publicado até o mês de março de 2010.

Nessa perspectiva, o primeiro caso de destaque após o entendimento que é lícito aos partidos a recuperação do mandato eletivo foi o relativo à Consulta nº 1407, formulada pelo Deputado Federal Nilson Mourão (PT/AC). Sua dúvida dizia respeito à aplicabilidade da novel orientação aos ocupantes de cargos majoritários. A Resposta do TSE, publicada em 16.10.2007 – marco para tais cargos –, foi no sentido afirmativo, com esteio nos mesmo argumentos acolhidos por aquela própria Corte

81 ADIs nºs 3.999 e 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17.04.2009.

Superior e pelo STF, conforme já exposto: papel dos partidos políticos; soberania popular; regime representativo, entre outros⁸². A propósito, a Suprema Corte já havia enfatizado que as regras constitucionais em questão “são indistintamente aplicáveis a senadores e deputados”⁸³.

Outra linha de questionamento enfrentou a peculiaridade das coligações partidárias. Assim, nas Consultas n^{os} 1.423, 1.439 e 1.509 – formuladas, respectivamente, pelos Deputados Federais Ciro Nogueira (PP/PI), Celso Russomanno (PP/SP) e pelo Senador Sebastião Machado (PT/AC) –, tal tema foi objeto de reflexão pelo TSE. De modo que se entendeu ser possível ao partido, independente de cada coligação, postular individualmente o cargo abandonado, ainda que a migração ocorra para uma legenda coligada⁸⁴.

Em relação ao prazo de trinta dias para questionar a migração – previsto no art. 1^o, §2^o, Resolução n^o 22.610/2007 –, o TSE já sufragou que tal lapso possui natureza decadencial⁸⁵. Assentou, de igual modo, que o eventual interessado somente pode atuar após o transcurso do prazo conferido à agremiação⁸⁶.

Ademais, em relação ao intervalo de tempo entre a ocorrência da incorporação partidária e saída da legenda, aquela Corte tem entendido que é necessário que a troca ocorra de imediato, ou em prazo razoável, “pois não se justifica a desfiliação de titular de cargo eletivo, quando decorrido lapso temporal considerável entre o fato e as hipóteses de incorporação e fusão partidárias”⁸⁷.

No que concerne às hipóteses de grave discriminação, já houve algumas decisões ilustrativas. Nessa linha, o TSE entendeu caracterizada a justa causa para a desfiliação do Deputado Federal, por Santa Catarina, Gervásio da Silva, que trocara o Democratas pelo PSDB. Verificou-se a grave discriminação pessoal alegada, diante da “flagrante desproporcionalidade na distribuição de recursos, pelo

82 CTA n^o 1.407, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 16.10.2007

83 MS n^o 22.604, voto do Min. Carlos Britto, DJ de 03.10.2008

84 CTA n^o 1.423, Rel. Min. José Delgado, DJ de 28.8.2007; CTA n^o 1.439, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 30.8.2007; e n^o 1.509, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 18.03.2008.

85 CTA n^o 1.503, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 10.12.2009

86 PET n^o 2.974, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 30.03.2010.

87 AgR-AC n^o 2.380, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 05.09.2008.

partido, para a campanha eleitoral, de modo a prejudicar o requerente, candidato à reeleição e político de tradição no Estado.”⁸⁸

Por outro lado, aquela Corte Superior já decidiu pela ausência de justificativa para a desfiliação no caso de “mera divergência entre filiados partidários no sentido de ser alcançada projeção política não constitui justa causa para desfiliação”⁸⁹. De igual modo “a eventual resistência interna a futura pretensão de concorrer à prefeitura ou a intenção de viabilizar essa candidatura por outra sigla não caracterizam justa causa para a desfiliação partidária, pois a disputa e a divergência internas fazem parte da vida partidária”⁹⁰.

Acerca da previsão de “mudança substancial ou desvio reiterado de programa partidário, hipótese de justa casta para desfiliação”, contida no art. 1º, §1º, III, da Resolução nº 22.610/2007, vale destacar o caso do Deputado Federal Paulo Rubem, de Pernambuco. O TSE, por unanimidade, considerou legítima sua saída do PT para o PDT, porquanto a “modificação da posição do partido em relação a tema de grande relevância configura justa causa para a migração partidária de filiado.” O tema em questão era a votação da Emenda Constitucional da Reforma da Previdência, com a qual o parlamentar manteve sua discordância e sofreu retaliações⁹¹.

Resta acolhida, igualmente, a tese de que é possível ao transfuga arrepender-se e retornar à agremiação originária, pela qual fora eleito, sendo certo que, nesta hipótese, tal discussão fica restrita ao âmbito *interna corporis*⁹². Assim como é matéria interna dos partidos a migração de suplente que não exerce mandato eletivo⁹³. Cabe ao TSE intervir, no entanto, quando for o caso de suplente deixar sua legenda no exercício do mandato⁹⁴.

Registre-se que é irrelevante a realização de “acordos ou deliberações de qualquer esfera partidária” pois estes “não têm o condão de afastar as consequências impostas pela Resolução TSE nº

88 PETs nºs 2.754 e 2.755, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 13.06.2008.

89 PET nº 2.756, Rel. Min. José Delgado, DJ de 05.05.2008.

90 RO nº 1.761, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 18.09.2009.

91 PET nº 2.773, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 29.04.2009.

92 AgR-PET nº 2.981, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 01.09.2009.

93 RP nº 1.399, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18.03.2009.

94 CTA 1.714, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 16.10.2009.

22.610/2007, considerando a pluralidade de interessados habilitados a ingressar com o pedido de decretação de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária⁹⁵.

Interessante anotar, ainda, que, em questionamento envolvendo o falecido Deputado Clodovil Hernandes, o TSE consignou que “a expressiva votação obtida por parlamentar, que logrou votos superiores ao quociente eleitoral, não o exclui da regra de fidelidade partidária”. Isto é, mesmo os denominados campeões de votos – em 2006, por exemplos, apenas 31 dos 513 deputados federais eleitos – devem se sujeitar às regras da fidelidade.

Finalmente, no que tange à eficácia imediata das decisões relativas à matéria, vários precedentes do TSE já afirmaram que “em face da expressa disposição regulamentar [art. 10 da Resolução TSE nº 22.610/2007], não há falar em exigência de trânsito em julgado para cumprimento da decisão em processo de perda de cargo eletivo”⁹⁶.

Já na esfera do STF, em recente julgado, ficou decidido que não cabe ao novo partido, beneficiado por migração justificada, o direito de sucessão à vaga surgida em hipótese de vacância. Isto porque o candidato, “por mais famoso que fosse” [referia-se ao caso Clodovil], não poderia “carregar ao novo partido relação que fora aferida no momento da eleição”⁹⁷.

Como se pode perceber, em período inferior a uma legislatura, as novas regras já provocaram uma série de questionamentos no âmbito judicial, sendo certo que os partidos vêm buscando atuar para preservar a integridade de sua bancada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta breve pesquisa, pode-se afirmar que, de fato, houve – e, mais, segue em curso – uma grande modificação do instituto da fidelidade no cenário jurídico-político nacional, a partir da nova orientação estabelecida pelo Poder Judiciário. Em suma, agora é

95 CTA 1.720, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 16.10.2009.

96 AgR-AC nº 2.694, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 23.09.2008. No mesmo sentido, AgR-AC nº 3.082, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 20.02.2009; AgR-AC nº 2.686, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 29.09.2008.

97 MS nº 27.938, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 22.03.2010.

possível aos partidos recuperarem as cadeiras daqueles parlamentares que, injustificadamente, troquem de legenda.

De modo que, verificados, inicialmente, os aspectos conceituais clássicos do mandato eletivo e dos partidos políticos, verdadeiras premissas para a compreensão do tema, constatou-se aqui, na prática, o império de uma crise de representatividade, composta por inegável quadro de distorção na atividade partidária – com a participação ativa do Poder Executivo.

Certamente este panorama de baixa confiança e desprestígio ético foi o pano de fundo para que o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal adotassem interpretação sistemática direta – modificando entendimento vigente durante quase vinte anos da Constituição de 1988 – a fim de reputar lícita a perda de mandato, em caso de infidelidade partidária; em que pese tal causa não constar do rol previsto no art. 55 da Lei Maior.

Alias, o Ministro GILMAR MENDES incluiu tal decisão no rol das mais emblemáticas das últimas décadas: “realmente uma decisão que preserva a democracia do Brasil. Uma decisão verdadeiramente histórica. Talvez esteja entre as cinco mais importantes deste período de 88. Realmente uma decisão importante em toda a sua dimensão”⁹⁸.

Se, por um lado, tal visão pode ser considerada uma conquista para a democracia, na medida em que prestigia a vontade do eleitorado e fortalece os partidos, não menos verdade é que o substrato ideológico das agremiações nacionais ainda é de baixa intensidade. Some-se a isso o centralismo interno que pode dificultar a disputa no âmbito das legendas. Talvez a observância da fidelidade tenha o mérito de, ao menos, reforçar a necessidade de coerência e de minorar os constantes aliciamentos, algo bastante positivo.

No plano do processo legislativo, os efeitos também não tardaram a aparecer. Vários projetos tiveram seu andamento retomado, e as discussões avançam nas Comissões do Congresso Nacional, desde propostas de emenda constitucional ao artigo 55 a alterações de lei complementar e ordinária, notadamente a Lei Complementar nº 64/90 (Elegibilidades) e as Leis Federais nºs 4.737/65 (Código Eleitoral), 9.096/95 (Partidos Políticos) e 9.504/97 (Eleições).

98 Voto proferido no julgamento das ADIs nºs 3.999 e 4.086, DJ de 17.04.2009.

Entre as diversas proposições, várias delas apensadas, destaque para a PEC nº 42-A/95, de autoria da Deputada Rita Camata (PMDB/ES), e para o Projeto de Lei Complementar nº 35/2007 (no Senado: PLC nº 58/2007), de autoria do Deputado Luciano Castro (PR/RR). Este último, na linha de uma outra série de iniciativas, estabelece um período de trinta dias, um ano antes das eleições, no qual é autorizada a livre migração entre os partidos – a denominada “janela”. No mais, seguem o que definido pelo TSE, nas hipóteses justificadoras e na garantia da ampla de defesa e do contraditório.

A ressonância no meio político, após o novo posicionamento do meio jurídico, por si só, já denota uma virtude do entendimento adotado. É que, como salientado, trouxe à tona novamente a imperiosidade de uma “Reforma Política”. Isto é, um conjunto de medidas legislativas, a envolver, outrossim, temas como financiamento de campanhas eleitorais, suplências e regras para reeleição, entre outros.

Aspectos que ganham ainda mais relevo, tendo em vista a proximidade da realização de eleições gerais, as quais, nas palavras do Min. CARLOS BRITTO, funcionam como “chave de ignição da democracia representativa”⁹⁹. A fidelidade partidária aparece, pois, como novidade neste momento de dar a partida, oportunidade propícia para reflexão de todos.

Desse modo, conclui-se que houve um significativo avanço na defesa da ética na política, impedindo-se a sobreposição de interesses estritamente privados dos mandatários, em fraude à vontade dos eleitores. Conquanto seja, por óbvio, insuficiente, caso isolado. Aqui se recorre, todavia, à conhecida alegoria do passarinho frente a um incêndio na floresta: neste ponto, o Judiciário fez a sua parte.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. *Mandato Eletivo*. Estudos em homenagem ao Prof., Siqueira Castro. Tomo III. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006a.

_____. *Partidos Políticos*. Estudos em homenagem ao Prof., Siqueira Castro. Tomo IV. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2006b.

_____. *Reforma Política*. Estudos em homenagem ao Prof., Siqueira Castro. Tomo V. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2006c.

99 Voto proferido no julgamento das ADIs nºs 3.999 e 4.086, DJ de 17.04.2009.

ARAS, Augusto. *Fidelidade Partidária: A Perda do Mandato Parlamentar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo : Malheiros. 2 ed. 4ª tiragem. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 8ª tiragem . Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2003. 717 p.

_____. *O Futuro da Democracia*. 11. ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2009.

_____; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). Dicionário de política. 5 ed. Trad. de Carmem C. Varriale. et al. Brasília: UnB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.999 e 4.086, Distrito Federal. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 17 abr. 2009.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 20.916, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 26 mar.1993.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 20.927, Rel. Min. Moreira Alves. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 15 abr.1994.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 23.405, Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 mar.2004.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 24.831, Rel. Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 4 ago.2006.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 26.604, Rel. Min.ª Cármen Lúcia. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 3 out.2008.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 26.602, Rel. Min.^a Eros Grau. Diário de Justiça da União, Brasília, 17 out.2008.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 26.603, Rel. Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 19 dez.2008.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 27.938, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário de Justiça da União, Brasília, 22 mar.2010.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal. Petição n. 33569/2010, Distrito Federal. Rel. Des. Mário Machado. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, 18 mar. 2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Ação Cautelar n° 2.380. Rel. Min. Ari Pargendler. Diário de Justiça da União, Brasília, 05 set.2008.

_____. _____. Ação Cautelar n° 2.694. Rel. Min. Arnaldo Versiani. *Diário de Justiça da União, Brasília*, 23 set.2008.

_____. _____. Ação Cautelar n° 2.694. Rel. Min. Felix Fischer. Diário de Justiça da União, Brasília, 20 fev.2009.

_____. _____. Consulta n° 1.398. Rel. Min. Asfor Rocha. Diário de Justiça da União, Brasília, 27 mar.2007.

_____. _____. Consulta n° 1.423. Rel. Min. José Delgado. Diário de Justiça da União, Brasília, 28 ago.2007.

_____. _____. Consulta n° 1.439. Rel. Min. Caputo Bastos. Diário de Justiça da União, Brasília, 30 ago.2007.

_____. _____. Consulta n° 1.407. Rel. Min. Carlos Britto. Diário de Justiça da União, Brasília, 16 out.2007.

_____. _____. Consulta n° 1.509. Rel. Min. Cezar Peluso. Diário de Justiça da União, Brasília, 18 mar.2008.

_____. _____. Consulta n° 1.714. Rel. Min. Felix Fischer. Diário de Justiça da União, Brasília, 16 out.2009.

_____. _____. Consulta n° 1.720. Rel. Min. Fernando Gonçalves Fischer. Diário de Justiça da União, Brasília, 16 out.2009.

_____. _____. Consulta nº 1.503. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Diário de Justiça da União, Brasília, 10 dez.2009.

_____. _____. Petição nº 2.754 e 2755. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Diário de Justiça da União, Brasília, 13 jun.2008.

_____. _____. Petição nº 2.773. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Diário de Justiça da União, Brasília, 29 abr.2009.

_____. _____. Petição nº 2.981. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário de Justiça da União, Brasília, 01 set.2009.

_____. _____. Petição nº 2.974. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Diário de Justiça da União, Brasília, 30 mar.2010.

_____. _____. Recurso Ordinário nº 1.761. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. Diário de Justiça da União, Brasília, 18 set.2009.

_____. _____. Representação nº 1.399. Rel. Min. Felix Fischer. Diário de Justiça da União, Brasília, 18 mar.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris. 1993.

CAMAZANO, Joaquín Brage. “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias ‘atípicas’)”. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer (ed.), *La interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005 (no prelo).

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

CROSSEN, Cynthia. *O fundo falso das pesquisas*. Rio de Janeiro: Revan. 1996.

- CZORNEI, Eleutério. Poder, Partidos Políticos e Fidelidade Partidária. *Revista Paraná Eleitoral*, Curitiba, n. 57. p. 19-59, julho, 2005.
- DEBORD, Guy. *A Sociedade do espetáculo*. 4. reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto. 2006.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Reimpressão. Civitas: Madrid. 2005.
- FELÍCIO, César. 'PT dobra filiações em dois anos de Lula'. *Valor Econômico*. Brasília, 9 fev. 2005. Política.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris. 1991.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2005. _____. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Trad. de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Líber Juris. 1988.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto : o município e o regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.
- _____. Os partidos políticos brasileiros. *Revista da Escola Superior de Guerra*. Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, p. 84-92, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. Brasília: UnB. 2000.

ROBERT, Cinthia. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de Magalhães. *Teoria do Estado, Democracia e Poder Local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Reforma Política, Fidelidade Partidária e a Crise do Sistema Representativo Brasileiro. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, n. 8, p. 174-189, Janeiro-Junho, 2008.

ROLLO, Alberto. O Excesso de *interna corporis* no Direito Eleitoral. *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, São Paulo, vol. 11, n. 38, p. 16-26, abril-junho, 1997.

SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos. *Revista do Advogado*, São Paulo, Ano XXIII, nº 73. p. 94-108, novembro, 2003.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*, 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

PENAS E MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL: EM BUSCA DA EFICIÊNCIA DO SISTEMA PERSECUTÓRIO PARA A SEGURANÇA SOCIAL

Patrimonial sentences and provisional measures in the Brazilian Criminal Procedure – seeking efficiency of the criminal prosecution system for social safety

Rochelle Pastana Ribeiro

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília

Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília

Pós-graduanda em Direito Penal e Controle Social pelo Centro Universitário de Brasília

Mestranda em Direito Internacional Público pela Universidade de Leiden

SUMÁRIO: Introdução; 1 O perdimento e o bloqueio de bens no ordenamento jurídico brasileiro; 1.1 Perdimento e bloqueio de bens na Lei de Lavagem de Dinheiro; 1.2 Perdimento e bloqueio de bens na Lei Antidrogas; 1.3 Perdimento e bloqueio de bens no Decreto-lei nº 3.240/41; 2 Aperfeiçoamentos necessários em relação às medidas patrimoniais no Processo Penal Brasileiro e propostas de mudança legislativa; 2.1 Proibição de confisco de instrumentos de uso lícito; 2.2 Ausência de previsão do confisco de bens de valor equivalente; 2.3 Ausência de previsão do procedimento de alienação antecipada de bens sujeitos a medidas assecuratórias; 2.4 Análise do PLS 156, de 2009 – Projeto de Novo Código de Processo Penal; 3 Conclusões.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo destacar o papel desempenhado pelo perdimento e do bloqueio de bens ilícitos para o combate da criminalidade organizada, bem como analisar a disciplina jurídica dessas medidas processo penal brasileiro, identificando suas falhas e sugerindo algumas mudanças legislativas, sempre levando em conta os projetos de lei que já tramitam no Congresso Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Perdimento de Bens. Medidas Assecuratórias. Crime Organizado.

ABSTRACT: The present article aims to highlight the role of forfeiture and seizure of illicit assets for the fight against organized crime, and to analyze the legal framework of those measures in the Brazilian criminal procedure, by identifying its shortcomings and suggesting some legislative changes, always taking into consideration the project laws under consideration by the National Parliament.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Assets Forfeiture. Provisional Measures. Organized Crime.

INTRODUÇÃO

São vários os dispositivos constitucionais que garantem ao indivíduo o direito a um sistema persecutório eficiente. A inviolabilidade do direito à segurança é considerada como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º. A mesma norma fundamental reconhece o direito à segurança como direito social em seu art. 6º. Dispõe ainda, no art. 144, que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. De fato, quando o Estado passa a assumir o monopólio da violência e, conseqüentemente, a restringir a autotutela penal, os indivíduos passam a ter “*direito a um sistema que faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e atribua ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade*”¹.

No mesmo sentido Suxberger² lembra que a intervenção penal em um Estado Democrático de Direito somente se justifica quando um sistema de proteção efetiva dos cidadãos (sentido democrático ou social) é submetido a uma série de limites (sentido jurídico) de forma a se evitar a radicalização da tendência intervencionista do Estado social, como ocorreu durante a II Guerra Mundial. Conclui este autor que:

Importará, portanto, não apenas a eficácia da prevenção (princípio da máxima utilidade possível, mas também a máxima limitação dos custos (princípio do mínimo sofrimento necessário), de sorte que a proteção que oferece o direito penal do Estado democrático de Direito resulte menos gravosa que outros meios de controle social ilimitados (como a vingança privada ou pública) ou desprovidos de garantias (como as atuações policiais sem controle, as condenações sem a observância do devido processo legal, a imposição de medidas abusivas de prevenção da criminalidade etc.) ou mesmo decorrentes de um direito penal autoritário.³

Uma vez estabelecidos os limites da intervenção estatal, o que então significaria a prestação de uma proteção penal eficiente? Segundo Scarance Fernandes⁴, a eficiência no processo penal tem sido definida

1 FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, jan./fev. 2008. p. 233.

2 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21.

3 SUXBERGER, op cit. p. 21

4 FERNANDES, op. cit. p. 233.

de modos diversos pela legislação e doutrina, passando pelos princípios da busca da verdade e da celeridade e pela concretização dos fins do processo penal, entendidos como a realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos. Com singular acerto, o autor revela, vale aqui repetir, que a eficiência não pode estar dissociada do garantismo, isto é, qualquer medida de caráter invasivo da liberdade e privacidade individuais necessárias a realização dos fins do Direito Penal devem atentar aos princípios da legalidade e proporcionalidade, assegurada a ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido que afirma que “[s]erá eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do processo legal”⁵.

Apenas dotando o Estado de meios eficazes e proporcionais para assegurar a segurança social, consegue-se conferir efetividade ao Direito Penal, em outras palavras, garantir a consecução de seus objetivos ou funções. A doutrina tradicional equipara a função do Direito Penal à função de suas conseqüências jurídicas específicas, isto é, à função da pena⁶. Entende-se por pena, para fins do presente trabalho, o mal que se impõe por causa da comissão de um delito, conforme conceito oferecido por Mir Puig⁷.

A despeito das teorias absolutas e das teorias relativas⁸, pode-se dizer que a tendência contemporânea é admitir que a pena possui funções mistas de retribuição e prevenção⁹. As diferentes funções não atuam, todavia, de modo justaposto, mas sim em momentos distintos da pena.

Os defensores da função retributiva da pena partem da suposição de que àquele que infringe uma norma penal cabe a imposição de um

5 Fernandes, op. cit., p. 234.

6 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases Del Derecho Penal* – Concepto y Método. 2^{da} edición. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2002. p. 48.

7 *Ibidem*, p. 49.

8 Para uma abordagem mais detalhada da evolução das teorias da função da pena, conferir MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases Del Derecho Penal* – Concepto y Método. 2^{da} edición. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2002. pp. 48 a 92e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral, v. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 83-105.

9 Segundo MIR PUIG (2002, p. 49) “*La retribución, la prevención y la unión de ambas ideas constituyen los eyes de la discusión moderna em torno a la función de la pena, como se há indicado, suele servir de única base a la concepción de la función del derecho penal.*”

castigo ou, como melhor interpreta ROXIN¹⁰, a retribuição é entendida “*como realização da justiça*”. Para as teorias liberais, a pena é considerada como “*a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida [...] a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal*”¹¹.

Sob o mesmo raciocínio, os teóricos liberais entendem que a retribuição serviria como limite ao Estado e garantia para o cidadão, uma vez que exige a proporcionalidade entre a pena (castigo) e a gravidade do crime (perturbação da ordem social), isto porque “*la dignidad humana se oponía a que el individuo fuese utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes*”¹².

Enquanto os fins retributivos olham para o passado (delito cometido), os fins preventivos visam o futuro, entendendo que a pena é necessária a subsistência da sociedade, seja por meio da ameaça abstrata da pena dirigida à coletividade (prevenção geral), seja inocuizando, ressocializando ou intimidando o delinqüente para evitar que volte a delinqüir¹³.

Para Feuerbach¹⁴, a pena é efetivamente uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, operando como uma coação psicológica no momento abstrato da tipificação legal. Seria também função da pena, portanto, controlar a criminalidade latente na sociedade¹⁵. Embora a função preventiva geral da pena atue no momento da cominação, em que o legislador alça um bem jurídico, por seu singular valor, à proteção penal, vale lembrar que sua efetividade em muito depende da execução penal, momento em que se confirma a seriedade da ameaça abstratamente inserida no tipo penal.

É no momento de execução da pena que atua a prevenção especial. “*La pena persigue, según ella (prevenção especial), evitar que quien la sufre vuelva a delinqüir*”, relembra MIR PUIG¹⁶. Portanto, no momento da

10 ROXIN apud MIR PUIG, op. cit. p. 50.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, v. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

12 MIR PUIG, op. cit. p. 51.

13 Ibid. p. 69.

14 FEUERBACH apud BITTENCOURT, op. cit. p. 93

15 MIR PUIG, op. cit. p. 53.

16 MIR PUIG, op. cit., p. 55.

aplicação da pena há de se verificar qual a sanção correta, diga-se, a pena necessária¹⁷ para determinado delinqüente. Nesse sentido, VON LISZT divide o delinqüente em três categorias de forma a avaliar a forma de cumprimento da prevenção especial. Para ele, a pena para o delinqüente de ocasião serve como recordação que iniba posteriores delitos. Já ao delinqüente de estado corrigível, busca-se com a pena a correção e a ressocialização. Para o delinqüente habitual e incorrigível, a pena tem finalidade de neutralização. Para o autor, portanto, a função da pena por meio da prevenção especial é a intimidação, a correção ou a inocuidade. Vale lembrar, como bem apontado por MERKEL na construção de sua teoria unificadora, que se a prevenção se realiza por meio da retribuição (aplicação de um castigo), e esta serve como limite daquela. Chega-se assim a fórmula de que o âmbito da pena está “*circunscrito por la culpabilidad dentro del cual, y no más de allá, pueden tomarse en cuenta los fines preventivos*”¹⁸.

Como bem sintetizou Roxin¹⁹, as funções acima tratadas correspondem a três fases distintas da pena, de modo que cada uma pressupõe a anterior: a cominação penal (prevenção geral), a medição da pena (retribuição) e a execução da condenação (prevenção específica).

Para os fins da argumentação que será desenvolvida mais adiante, vale aqui recordar a classificação que promove Scarance Fernandes²⁰ sobre os três grandes grupos em que se separa a criminalidade. O primeiro grupo abarcaria a criminalidade de bagatela (infrações de menor potencial ofensivo). O segundo se refere à criminalidade comum e, por fim, o terceiro grupo cuida da criminalidade grave ou organizada.

Para as infrações leves, continua o autor, os caminhos seguidos ou apontados variam desde a descriminalização ou sua transformação em infrações administrativas ou penal-administrativas, da previsão de necessidade de representação e da transação penal para evitar a instauração do processo, do sursis processual até a substituição da pena privativa de liberdade por outras penas alternativas.

Para a criminalidade comum, Fernandes aponta que “*atua o sistema tradicional, com ampla garantia às partes, com regime progressivo de pena, com prisão processual prisional*”. O campo mais problemático, para o

17 VON LISZT apud MIR PUIG, op. cit. p. 56.

18 MIR PUIG, op. cit. p. 59.

19 ROXIN apud MIR PUIG, op. cit. p. 64.

20 FERNANDES, op. cit. p. 231.

autor²¹, revela-se em relação aos crimes de maior complexidade, isto é, a criminalidade grave e a criminalidade organizada²². O enfrentamento dessa criminalidade, em um Estado Democrático de Direito, exige a criação de um corpo legislativo que ofereça aos órgãos de persecução penal meios efetivos de garantir a segurança social ao mesmo tempo em que preveja garantias aos réus.

Como lembra Suxberger²³, essa nova criminalidade surge como efeito direto e imediato do processo de globalização. Embora a dimensão transnacional da criminalidade não seja recente²⁴, o que muda, no final do século passado é a velocidade, facilidade e variedade com que se dão os fluxos econômicos, tecnológicos e comunicacionais, inclusive os fluxos do comércio ilegal. Como as demais “corporações”, as organizações criminosas exploram as facilidades de um mundo globalizado, ultrapassando fronteiras em busca de mercados e condições de produção e investimento mais atrativos.

O enfrentamento dessa criminalidade, a partir da aplicação de penas efetivas, passa necessariamente pela compreensão de seu funcionamento²⁵. Uma pista nesse sentido pode ser obtida pela definição de grupo criminoso organizado oferecido pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo):

21 FERNANDES, op. cit., p. 232.

22 Para fins didáticos, FERNANDES divide essa criminalidade em três espécies:

a criminalidade grave, violenta ou não, não organizada, dirigida a bens individuais: o homicídio, o roubo, o estupro.

a criminalidade grave, violenta ou não, não organizada, que atinge grupos de pessoas ou a coletividade: o envenenamento da água potável, o induzimento ao suicídio coletivo, os golpes financeiros;

a criminalidade organizada, cujas características não foram ainda bem definidas e que se manifesta no mundo por meio de modelos mafiosos. (2008, p. 232)

23 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O papel do Ministério Público na Investigação do Crime Organizado. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 11, v. 22, jul./dez. 2003. p. 37.

24 WILLIAMS lembra que durante a Lei Seca dos EUA, bebidas eram contrabandeadas da Europa e Canadá, bem como que, quando se estuda o comércio de drogas, se verifica que os países conhecidos como os maiores produtores de substâncias ilícitas normalmente não são os maiores consumidores. WILLIAMS, Phil. Crime, Illicit Markets and Money Laundering. *Managing Global Issues: Lessons Learned*, 2001. Disponível em: <<http://www.ceip.org/files/pdf/mgi-ch3.pdf>>. Acesso em 13 set. 2006. p.108

25 SUXBERGER, op. cit. p. 38.

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material

Ao menos três elementos essenciais para a configuração dessa forma de criminalidade podem ser extraídos do conceito acima: o estrutural (mais de 3 pessoas atuando concertadamente e com divisão de atividades), o temporal (estabilidade) e o funcional (comissão de crimes graves para a obtenção de lucros). Qualquer instrumento que se pretenda efetivo no combate a essa forma de criminalidade deve ser capaz de dirigir-se a cada uma dessas características.

Se, como afirma Roxin²⁶, a prevenção geral se realiza no momento da cominação penal, em que o legislador elege bens jurídicos e prestações públicas imprescindíveis a receberem proteção especial, a pena escolhida deve ser capaz de dissuadir o possível infrator da prática delitativa. Segundo Bittencourt²⁷, *“um indivíduo a todo momento pode comparar calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena, conclui-se, apóia-se a razão do sujeito na luta contra impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce uma coerção psicológica ante o motivos contrários ao ditame do Direito”*.

No estabelecimento da pena, portanto, não se pode olvidar que a criminalidade complexa, por se estruturar de modo compartimentado, com divisão clara de tarefas e hierarquia, segue modelo verdadeiramente empresarial, facilitando a alta substitutibilidade de seus agentes e tem por objetivo o enriquecimento. Desse modo, conclui-se que a pena privativa de liberdade, embora necessária, não é capaz por si só de atingir as bases estruturais dessa criminalidade. O que tem se observado, na prática, é que as históricas falhas na correta estruturação do sistema penitenciário, criou oportunidade para essas organizações estruturarem-se dentro dos presídios²⁸ e de lá coordenarem atividades criminosas como a clonagem

26 ROXIN apud MIR PUIG, op. cit. p. 65.

27 BITTERN COURT, op. cit. p. 94.

28 Este foi o caso do Comando Vermelho (criado no interior do presídio Cândido Mendes, em Ilha Bela, Rio de Janeiro), do Primeiro Comando da Capital (nascido nos presídios em São Paulo), e de outros como Amigos dos Amigos, Terceiro Comando. Sobre a estruturação desses grupos criminosos organizados vide AMORIM, Carlos. CV_PCC: A Irmandade do Crime. 3ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

de telefones, a extorsão, rebeliões, homicídios de rivais, além do tráfico de drogas e armas²⁹.

Necessário, portanto, atribuir pena capaz de verdadeiramente atuar na motivação da comissão dos delitos, que no caso da criminalidade complexa é a obtenção de “*benefício econômico ou material*”. A pena deve ser capaz de privar o infrator de usufruir de bens obtidos ilícitamente e, mais, reverter esse mesmo patrimônio ilícito no fortalecimento das atividades dos órgãos de persecução penal. Assim como uma empresa, a organização criminosa necessita de recursos financeiros para estruturar suas atividades. No caso dos grupos criminosos, os recursos financiarão meios mais sofisticados para a comissão de delitos, para subornar servidores públicos que fiscalizam essas atividades, para a aquisição de negócios lícitos para dissimular a origem ilícita de seus recursos, para recrutar novos “empregados” e “testas-de-ferro”, além de proporcionar vida luxuosa aos chefes da organização³⁰. Daí a necessidade da política criminal voltar seu olhar também às penas de caráter patrimonial. “*Com o confisco*”, lembra Bittencourt³¹, “*o Estado visa impedir que os instrumentos idôneos para delinquir caiam em mãos de certas pessoas, ou que o produto do crime enriqueça o patrimônio do delinquente, constituindo-se em medida salutar, saneadora e moralizadora*”.

Vale lembrar, entretanto, que não basta a previsão legal abstrata dessa espécie de pena. O momento da imposição e medição da pena – em que se aplica a prevenção especial – deve servir de complementação a prevenção geral, por meio da confirmação da ameaça da cominação³². Assim, necessário oferecer ao órgão titular da persecução penal instrumentos necessários a garantir a efetividade da pena de confisco, imposta somente com trânsito final da condenação. Devem estar, portanto, previstas no ordenamento jurídico, medidas que buscam proteger a efetividade da sentença final e seus efeitos, em especial, o confisco, por meio da indisponibilidade temporária dos bens sob o qual pairam suspeitas de ilicitude, isto é, de medidas que tenham natureza acautelatória.

Cabem ainda algumas considerações sobre a função retributiva da pena de natureza patrimonial. É certo que a pena não pode extrapolar

29 GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1-2.

30 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.p. 9-10.

31 BITTENCOURT, op. cit. p. 734.

32 ROXIN apud MIR PUIG, op. cit. p. 65.

a culpabilidade do autor do crime, não podendo o homem servir como “*meio*” para o cumprimento de finalidades preventivas. Esse é o argumento utilizado para se evitar que, em função da frequência da realização de uma conduta e da debilidade dos contra-estímulos sociais, se aplique penas maiores para crimes de menor gravidade. Importante lembrar, todavia, que nenhuma condenação que permita ao criminoso permanecer em posse de valores ilicitamente obtidos satisfará por completo a função retributiva. Esse raciocínio é particularmente importante quando se analisa as possibilidades legais de se confiscar bens de valor equivalente, quando o patrimônio ilicitamente obtido tiver sido dissipado, conforme se verá mais adiante.

O presente trabalho tem por objetivo, portanto, visitar a disciplina jurídica do perdimento e do bloqueio de bens no Brasil, identificar suas falhas e sugerir algumas mudanças, sempre levando em conta os projetos de lei que já tramitam no Congresso Nacional.

1 O PERDIMENTO E BLOQUEIO DE BENS NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A disciplina das medidas cautelares patrimoniais, ou medidas assecuratórias como preferiu denominar o legislador, está prevista no Capítulo VI, artigos 125 a 144, do Código de Processo Penal. São elas: o seqüestro, a hipoteca legal e o arresto. Dispõe o art. 125, que cabe seqüestro “*dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro*”. Caberá ainda o seqüestro dos bens móveis se estes forem adquiridos com o produto do crime, hipótese em que não cabe busca e apreensão (art. 132 do CPP). Como bem definiu OLIVEIRA³³, “*o seqüestro é, portanto, a retenção da coisa litigiosa*”, a qual significa para o processo penal o produto do crime (*producta sceleris*) ou o proveito auferido com a sua prática (*pretium sceleris*). O seqüestro se presta, desse modo, a assegurar tanto a possibilidade de ressarcimento, como de perdimento dos bens de proveniência ilícita com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 133, parágrafo único do CPP).

Para a decretação do seqüestro, exigem-se indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126 do CPP). Estão resguardados no Código Processual penal tanto o direito do acusado quanto o do terceiro

33 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atualizada de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela Lei 11.900 (novo interrogatório) de 08.01.09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 279

de boa-fé, uma vez que está presente a possibilidade de embargos contra a decisão que decretou a medida cautelar. Assegurado, portanto, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Nos embargos, caberá ao acusado comprovar que o bem não foi adquirido com recursos provenientes da infração. Já ao terceiro de boa-fé, basta a manifestação a respeito da idoneidade da aquisição. Vale lembrar que os embargos não poderão ser julgados até a decisão definitiva da ação penal. Poderá ainda o terceiro prestar caução para levantar o seqüestro. Finalmente, a previsão de inscrição no Registro de Imóveis configura-se em mais uma garantia ao terceiros de boa-fé, por ter justamente a função de preveni-los contra qualquer tentativa do acusado de evitar os efeitos de uma possível condenação.

A hipoteca legal (art. 134), ao contrário, do seqüestro, pode recair sobre quaisquer imóveis do acusado independente da licitude da origem. Isto porque, visa exclusivamente à reparação do ofendido, daí a obrigatoriedade de se informar no pedido de especialização a estimativa do valor da responsabilidade civil e de se demonstrar indícios suficientes da autoria. No caso do seqüestro, a exigência de indícios referem-se à proveniência do bem, sem “*a necessidade de constatação em relação a autoria*”³⁴. Assim que, uma vez transitada a sentença condenatória, os autos da hipoteca (bem como o do arresto) serão remetidos ao juízo cível para execução da reparação civil *ex delicto*.

A disciplina do arresto (como corretamente denominou alteração promovida pela Lei nº 11.435/06) está prevista nos arts. 136 e 137 do CPP. A primeira hipótese é o de arresto prévio de bem imóvel como medida preparatória para a hipoteca legal. Mais nos interessa aqui, a medida do art. 137 do CPP, que recai sobre os bens móveis do acusado quando este não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente. Como ressaltado anteriormente, o objetivo dessa medida, na forma como disposta no CPP, refere-se à reparação civil, cujos efeitos serão desfrutados pelo ofendido somente com o ajuizamento da respectiva ação civil *ex delicto*. Para os fins da argumentação a ser desenvolvida mais adiante, insiste-se aqui em frisar a diferença entre a finalidade do seqüestro, qual seja, acautelar bens que podem ser objeto da pena de perdimento, e a do arresto, que na forma como atualmente disciplinado no CPP, serve exclusivamente a reparação civil³⁵.

34 OLIVEIRA, op. cit., p. 282.

35 Nesse sentido, já se manifestou o STJ:

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA FORMAÇÃO DE QUADRILHA – GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – OPERAÇÃO ILEGAL DE

No tocante às cautelares patrimoniais no Processo Penal, cabe ainda aqui se fazer algumas considerações sobre a busca e apreensão. O art. 240 do CPP autoriza busca domiciliar para, entre outras coisas: apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos (alínea b); apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos (alínea c); apreender armas e munições e instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso (alínea d). Assim, a medida cabível para o acautelamento de bem **móveis**, que se constituam em produto do crime (*producta sceleris*) e dos objetos utilizados na perpetração do crime (*instrumenta sceleris*) é a busca e apreensão. A finalidade precípua dessa medida diz respeito à preservação do material probatório, embora os objetos apreendidos possam vir a atender fins de confisco, como se demonstrará a seguir.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – EVASÃO DE DIVISAS – LAVAGEM DE DINHEIRO – SEQÜESTRO E ARRESTO DE BENS – INOCORRÊNCIA DOS DELITOS NARRADOS NA DENÚNCIA – FALTA DE INDÍCIOS DE AUTORIA – MATÉRIAS QUE DEVEM SER EXAMINADAS NO BOJO DA AÇÃO PENAL DE CONHECIMENTO – RESGUARDO DA MEAÇÃO DO CÔNJUGE – IMPOSSIBILIDADE DE PLEITEAR DIREITO ALHEIO – MEAÇÃO, ADEMAIS, QUE JÁ VEM SENDO RESPEITADA PELO MAGISTRADO SINGULAR POR CONTA DE DECISÃO DA CORTE DE 2º GRAU – CONSTRIÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS EM DATA ANTERIOR AOS DELITOS – MARCO QUE NÃO PODE SER IMPOSTO AO ARRESTO, MEDIDA QUE, AO CONTRÁRIO DO SEQÜESTRO, NÃO VISA O PERDIMENTO DE PRODUTOS DO CRIME – PROJEÇÃO EXACERBADA DO QUANTUM DA PENA DE MULTA – CÁLCULO EMBASADO EM CRITÉRIOS LEGAIS – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CABAL ACERCA DA INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

[...]

V. Como o arresto (procedimento antecedente à hipoteca legal) visa a constrição de bens necessários ao pagamento das responsabilidades do acusado (reparação do dano, pena pecuniária e custas processuais), caso venha a ser condenado, pouco importa que eles tenham sido adquiridos antes ou depois da infração penal. Inteligência do artigo 140 do Código de Processo Penal.

VI. Apenas o seqüestro deve recair sobre os produtos, diretos ou indiretos, do crime, pois seu escopo é o de propiciar o perdimento desses bens. Inteligência do artigo 125 do Código de Processo Penal.

[...]

VIII. Negado provimento ao recurso.

(RMS 23044 / PR, Relatora: Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, Data do Julgamento 05/05/2009).

No mesmo sentido decisão do TRF da 4ª Região:

PROCESSO PENAL. MULTA. EXECUÇÃO. ARRESTO DE BENS. COMPETÊNCIA. JUÍZO CÍVEL.

1. Ausente hipótese de competência da Vara de Execuções Fiscais, haja vista que a multa penal objeto do procedimento em tela ainda não foi remetida à Fazenda Nacional para inscrição em dívida ativa, conforme determina o art. 51 do Código de Processo Penal.

2. A teor do disposto no art. 143 do referido diploma processual, *após o trânsito em julgado da sentença penal os autos da medida cautelar de arresto e hipoteca devem ser remetidos ao Juízo Cível, sendo esse o competente para as providências necessárias à execução dos imóveis arrestados, restando exaurida a jurisdição do magistrado criminal.* (CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO, Processo: 2008.04.00.008704-9, Data da Decisão: 23/04/2009, CORTE ESPECIAL, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, Relator p/ Acórdão ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO).

O perdimento de bens ou confisco³⁶ está previsto no ordenamento jurídico brasileiro como efeito da condenação, conforme disposto no art. 91, II do CPP. Dispõe esse artigo:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Excluídos, portanto, da hipótese de perdimento prevista na nossa lei processual penal tanto os objetos utilizados na perpetração do crime que sejam de *uso lícito*, como os bens submetidos a *arresto* e a hipoteca legal, isto é, que não se constituam produto direto (*producta sceleris*) ou indireto (*pretium sceleris*) da prática criminosa. BITTENCOURT³⁷ elucida que para se configurar a hipótese de perdimento da alínea b do inciso II, do art. 91, “*é indispensável [...] que uma seja a causa do outro, isto é, que haja a demonstração inequívoca do vínculo entre a infração penal praticada e o proveito obtido (a coisa ou vantagem auferida)*”. Assim, confiscáveis apenas aqueles bens que podem ser objeto de seqüestro e apreensão, não existindo nenhuma previsão que permita a compensação de valores, caso o réu tenha dissipado o produto do crime.

1.1 PERDIMENTO E BLOQUEIO DE BENS NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Sempre que houver indícios suficientes, poderá o juiz, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, decretar o seqüestro ou apreensão de bens, direitos ou valores objetos de crime, conforme autoriza o art. 4º da Lei nº 9.613/98. Como

³⁶ O confisco não deve aqui ser confundido com a perda de bens e valores prevista no art. 43, II do Código Penal. O objetivo desse instituto não é a reparação civil ou a privação do enriquecimento ilícito, uma vez que o prejuízo causado ou proveito do crime servem apenas de parâmetro para o cálculo do valor da pena estipulada, sendo esta revertida em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Os valores submetidos ao confisco do art. 91, II, são destinados ao final para o Tesouro Nacional, ressalvado o direito do lesado e do terceiro de boa-fé (art. 133, parágrafo único do CPP).

³⁷ BITTENCOURT, op. cit. p. 733.

destaca MENDRONI³⁸, a expressão utilizada pela Lei de Lavagem de Dinheiro – objeto dos crimes - , por ser ampla permite a apreensão de bens, direito e valores indeterminados sobre quais pairam dúvidas sobre a licitude. Reside aí a grande diferença em relação ao Código de Processo Penal que autoriza a busca e apreensão somente em relação bens móveis determinados, especificados e individualizados. Tendo em vista que os bens podem estar misturados com outros de origem lícita, “*somente o próprio agente pode ser capaz de efetuar a correta separação*”.

Desta conclusão, advém talvez um dos aspectos mais polêmicos da Lei n° 9.613, a inversão do ônus da prova necessário para a restituição do bem (art. 4º, §2º da Lei n. 9.613/98). Na exposição de Exposição de Motivos³⁹ que encaminhou o projeto de lei para aprovação pelo Congresso Nacional, afirma-se que “[n]a orientação do projeto, tais medidas cautelares se justificam para muito além das hipóteses rotineiras já previstas pelo sistema processual em vigor [...], o projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do seqüestro (art. 4o)”. Essa previsão teria por objetivo atender ao compromisso assumido com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988), mais especificamente no art. 5º, n° 7:

7. Cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

Não há de se falar que com esse dispositivo, ocorreu um total afastamento das garantias constitucionais do réu. A alteração do ônus probatório restringe-se à viabilização das medidas assecuratórias, sem alcançar o confisco de bens, que continua a depender da condenação, isto é, da comprovação do cometimento do crime, conforme parágrafo 67 da mesma Exposição de Motivos. Resulta apenas, como bem resumiu DE SANCTIS⁴⁰, que o legislador, para tornar mais viável o perdimento ao final do processo, criou uma presunção *juris tantum* da ilicitude, mediante a apresentação de *indícios suficientes* pela autoridade

38 MENDRONI, op. cit. p.122-123.

39 Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/exposicao-de-motivos-da-lei-9.613>>. Acesso em 13 nov. 2009.

40 DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à Lavagem de Dinheiro – Teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008. p.44.

requerente, “*que somente restará combalida a partir da comprovação em contrário pelo interessado*”⁴¹.

Estabeleceu ainda a Lei de Lavagem de Dinheiro que qualquer pedido de restituição somente será conhecido com o comparecimento pessoal do acusado. Essa regra visa evitar que qualquer outra pessoa obtenha a liberação em favor de acusado. De fato, é prática comum na lavagem de dinheiro a utilização de *laranjas* para ocultar o verdadeiro proprietário do bem apreendido. O fundamento dessa regra reside na circunstância de que, muitas vezes, o dinheiro apreendido está em nome de interpostas pessoas, conhecidas como laranjas. A exigência de comparecimento pessoal auxiliaria a desvendar essas situações⁴².

Por fim, destaque-se que a Lei nº 9.613/98, ao levar em conta a complexidade da investigação dos crimes nela relacionados, duplicou o prazo previsto no CPP (de 60 para 120 dias) para o levantamento do seqüestro, no caso de ausência de propositura da ação penal.

1.2 PERDIMENTO E BLOQUEIO DE BENS NA LEI ANTIDROGAS

A Constituição Federal de 1988 determinou, em relação ao tráfico de entorpecentes, um alargamento das hipóteses de perdimento de bens, no art. 243, parágrafo único. Assim, por previsão constitucional “*tudo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias*”. Esse mesmo alargamento está contemplado na legislação específica, uma vez que o art. 63 da Lei nº 11.343/06 permite o confisco de qualquer produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível, que de algum modo tenham ligação com a prática do ilícito penal⁴³, inclusive os instrumentos de uso lícito, que não estão previsto no art. 91, II do CP. Neste sentido já decidiu o STF:

41 BONFIM, Marcia Monassi; BONFIM, Edison Mougenot. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 87-88.

42 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Lavagem de Dinheiro* (Lei nº 9.613/98). Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21975/2006_Lavagem%20de%20dinheiro%20\(lei%20n.%209.613-98\).pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21975/2006_Lavagem%20de%20dinheiro%20(lei%20n.%209.613-98).pdf?sequence=4)>. Acesso em 14 nov. 2009. p. 50.

43 GOBBATO, Marcelo Alessandro. *Medidas Assecuratórias na Lei nº 11.343/06, com enfoque no Direito Constitucional da Propriedade*. Cascavel, 2008. p.25.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA - TRÁFICO DE DROGAS - APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO - ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco - artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (STF, AC 82 MC/MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, Data do Julgamento: 03/02/2004, Publicação DJ 28-05-2004 EMENT VOL-02153-01 PP-00106)⁴⁴

A Lei nº 11.343/06, todavia, trouxe outras inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, em termos de regramento de manutenção e destinação de bens bloqueados que, sem sombra de dúvida, tornam mais efetivo o enfrentamento da criminalidade grave e organizada.

A regra geral estabelecida pela Lei Antidrogas em relação à administração de bens apreendidos é a da alienação antecipada para a preservação do valor econômico (§4º do art 62). Essa medida satisfaz

44 No mesmo sentido as seguintes decisões do TRF da 4ª Região:

“É de ser mantida a pena de perdimento dos bens utilizados para a prática dos crimes de tráfico e do montante adquirido como produto do mesmo crime.” (ACR - 2008.70.03.003335-5 UF: PR, Data da Decisão: 06/10/2009 Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA Relator NÉFI CORDEIRO)

“A pena de perdimento do veículo e dos valores apreendidos com os réus deve ser mantida, por terem sido os bens utilizados como instrumentos do crime de tráfico de drogas e porque obtidos com o produto deste.” (ACR - 2007.70.06.001294-5, Data da Decisão: 14/04/2009, Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Relator NÉFI CORDEIRO)

“11. A pena de perdimento de bens deve ser mantida, por terem sido os automóveis, a embarcação tipo lancha, o reboque e o aparelho de telefonia celular dos recorrentes utilizados como instrumentos do crime de tráfico de drogas.” (ACR 2006.70.02.004446-3, Data da Decisão: 14/04/2009, Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Relator NÉFI CORDEIRO)

“4. É de ser mantida a pena de perdimento dos bens, utilizados para a prática dos crimes de tráfico e do art. 18 da Lei nº 10.826/03” (ACR - 2008.70.01.002200-5, Data da Decisão: 03/02/2009, Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Relator GILSON LUIZ INÁCIO)

“13. A pena de perdimento do veículo, do imóvel onde seria refinada a cocaína, dos valores e dos celulares deve ser mantida, por terem sido os bens utilizados como instrumentos do crime de tráfico de drogas e porque obtidos com o produto deste.” (ACR - 2006.71.07.005645-1, Data da Decisão: 26/08/2008, Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Relator NÉFI CORDEIRO).

Vide ainda as seguintes julgados do TRF da 1ª Região: ACR 2001.35.00.012448-9/GO; ACR 1998.01.00.084953-4/RR.

Assim como as seguintes decisões do TRF 3ª Região: ACR 2008.61.19.002284-0/SP; ACR 2003.61.81.007102-4/SP; ACR - 1999.61.19.000322-1; ACR - 1999.61.19.000322-1/SP.

o interesse do Estado e do acusado, uma vez que com a conversão do bem em ativos financeiros, evita-se dispêndio com depositários ou administradores, bem como a depreciação ou mesmo perecimento do bem por má-conservação.

Não serão vendidos antecipadamente aqueles bens colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades. De fato, o enfretamento da criminalidade organizada depende do aparelhamento e treinamento adequado dos órgãos de persecução penal. Nada mais lógico, portanto, que utilizar os bens apreendidos e confiscados para esse fim, de forma que se estruturam órgãos com os meios necessários a prevenir, desvendar e reprimir essas organizações criminosas. Essa mesma lógica está por traz do art. 61, que permite a destinação dos bens apreendidos, para, além dos órgãos acima mencionados, as entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Do mesmo modo, a Lei Nº 7.560, de 19.12.1986, que criou o Fundo de Prevenção e Combate às Drogas de Abuso – FUNCAB, hoje conhecido como Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, permite a reversão de até 40% dos recursos obtidos com o confisco de bens do tráfico de drogas em favor da Polícia Federal e das Polícias dos Estados e do Distrito Federal, responsáveis pela apreensão (art. 5º, parágrafo único).

1.3 PERDIMENTO E BLOQUEIO DE BENS NO DECRETO-LEI Nº 3.240/41

O Decreto-Lei nº 3.240/41 estabelece procedimento próprio para o seqüestro dos bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública ou locupletamento ilícito para o indiciado (incluindo, à época, crimes com a administração pública, fé publica e fazenda pública, inclusive crimes contra a ordem tributária).

A primeira peculiaridade desse decreto é a previsão expressa de que essa medida pode ser decretada *inaudita altera pars* (art. 2º). Embora, hoje esteja consolidado o entendimento jurisprudencial de que o seqüestro do art. 125 CPP possa ser decretado sem a ciência do acusado, não existe ainda hoje previsão expressa nesse sentido. De fato essa possibilidade é essencial se sequer frustrar qualquer possibilidade

de o réu alterar sua situação patrimonial impedindo o ressarcimento final da Fazenda Pública. Todavia, como ressalta Braga⁴⁵, a lei não impede que, após a apreensão dos bens, os acusados sejam devidamente intimados para exercer a ampla defesa e o contraditório.

Também no Decreto-Lei nº 3.240/41, o prazo para oferecimento da ação penal após a decretação do seqüestro (90 dias) é maior que o do CPP. O mesmo nível probatório do CPP e da legislação extravagante é exigido para a decretação do seqüestro previsto no Decreto Lei nº 3.240/41, qual seja a demonstração de “indícios veementes da responsabilidade” do autor do crime. O seqüestro abarcará todos os bens do indiciado, bem como os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. Embora se utilize o termo seqüestro, trata-se na verdade de arresto, pois passível de recair também sobre bens que não estejam ligados diretamente a prática do crime⁴⁶. Neste sentido, já se consolidou a jurisprudência pátria:

PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS BENS A SEREM OBJETOS DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. As normas pertinentes a seqüestro de bens em razão de crime que causa prejuízo para a Fazenda Pública, contidas no Decreto-Lei nº. 3.240/41, são regras de cunho especial e devem prevalecer sobre a norma geral prevista no art. 125, do Código de Processo Penal. Precedente jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

2. Na forma do seqüestro de bens de pessoas indiciadas por crime de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, conforme o previsto no Decreto-lei nº 3.240/41, constata-se que *não se apresenta como exigível, para a sua decretação, que esses bens sejam provenientes da prática delituosa, sendo irrelevante, portanto, a indagação acerca de sua origem.*

3. *Para a decretação do seqüestro, ainda que sob essa denominação se tenha um verdadeiro arresto, o art. 3º, do acima mencionado diploma legal estabelece a necessidade da observância de dois requisitos: a) a existência*

45 BRAGA, Aureo Rogério Gil. O sequestro de bens e a hipoteca legal no âmbito dos crimes contra a ordem tributária. in: *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 51, p. 226, ago./dez. 2003.

46 *ibidem*, p. 228.

de indícios veementes da responsabilidade penal; e b) indicação dos bens que devam ser objeto da constrição.

[...]

5. Quanto ao segundo requisito, é de se entender que o requerente deve indicar, de forma individualizada, os bens a serem objeto do sequestro, os quais, por sua vez, poderão ser sequestrados em sua totalidade, desde que preenchidos os requisitos autorizadores da medida constritiva. Precedente jurisprudencial da Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal.

6. Decisum mantido.

7. Apelação criminal desprovida. (TRF da 1ª Região, ACR 2007.38.00.032513-7/MG; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, QUARTA TURMA, Publicação: 07/07/2009 e-DJF1 p.289, Data da Decisão: 16/06/2009)⁴⁷

Como o Decreto-Lei só autoriza a oposição de embargos por terceiros, sempre poderá o réu se socorrer da ação mandamental⁴⁸.

O perdimento está previsto no art. 8º e abarca todos os bens que forem produto, ou adquiridos com o produto do crime, ressalvado o direito de terceiro de boa fé. Talvez a disposição mais importante dessa norma esteja prevista no art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º - Se do crime resulta, para a fazenda pública, prejuízo que não seja coberto na forma do artigo anterior, promover-se-á, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos bens quantos bastem para ressarcir-lo.

Cuida-se, portanto, de previsão expressa na legislação brasileira de mecanismo mais célere para o ressarcimento da Fazenda Pública com bens de valor equivalente ao prejuízo causado quando os valores confiscados não forem suficientes ao ressarcimento do prejuízo público.

⁴⁷ No mesmo sentido: ACR 2008.38.15.000351-4/MG (TRF 1ª Região, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES Convocado: JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONCALVES DE CARVALHO Órgão Julgador: QUARTA TURMA Publicação: 12/11/2008 e-DJF1 p.165 Data da Decisão: 14/10/20)

⁴⁸ *Ibidem*, p. 227.

No tocante a administração dos bens seqüestrados, quando forem móveis, autoridade judiciária nomeará depositário, que assinará termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo e de assumir todas as responsabilidades a este inerentes. No caso de bens imóveis, será promovida a sua averbação no Registro de Imóveis.

Vale ainda registrar que o art. 7º resguarda possibilidade de a Fazenda Pública pleitear civilmente a incorporação dos bens ilegítimamente adquiridos, ainda extinta a ação ou absolvido o réu, se este for pessoa que exerça ou tenha exercido função pública.

2 APERFEIÇOAMENTOS NECESSÁRIOS EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS PATRIMONIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Na introdução deste trabalho, se argumentou que o surgimento de uma criminalidade complexa tem exigido do Estado o aperfeiçoamento dos instrumentos disponíveis na legislação processual penal, de forma a garantir a observância dos deveres relativos à prestação efetiva da segurança pública. Esses instrumentos estão relacionados à necessária orientação da política criminal para a uma investigação e persecução penal de cunho patrimonial, priorizando-se medidas de bloqueio e confisco de bens de origem ilícita.

Embora necessárias para que o Direito Penal satisfaça suas funções, por serem de cunho invasivo, o perdimento e as medidas assecuratórias não podem prescindir da legalidade, da proporcionalidade e do devido processo legal, que legitimam a intervenção penal. Conforme reafirma Suxberger “*O Estado de Direito deve ser entendido como um princípio diretivo que requer uma concreção de seus detalhes em cada situação dada. Caracteriza-se por, ao menos, garantir a segurança dos cidadãos, mediante uma vinculação da atuação do Estado a normas e princípios jurídicos conhecidos de tal maneira que resultem a eles em todo caso compreensíveis.*”⁴⁹

Assim, a aplicação de quaisquer dessas medidas deve vir antecedida de lei que autorize sua implementação e indique o procedimento a ser seguido, além de determinar a autoridade competente para autorizá-la⁵⁰. Ademais, para a sua decretação deve ser realizada a análise de sua adequação, em relação aos fins perseguidos, de sua necessidade, isto é,

49 SUXBERGER, 2006, op. cit. p. 22.

50 FERNANDES, op. cit. p. 238.

se não existe outra alternativa menos gravosa ao acusado, e, por fim, se há proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins almejados.

Ao longo da análise, realizada no item anterior, sobre a previsão legal das medidas assecuratórias e do confisco de bens, foi possível identificar algumas questões que mereceriam melhor disciplina no ordenamento jurídico brasileiro. As deficiências normativas passam pela proibição expressa ou tácita de realização de certas medidas, pela ausência de previsão de hipóteses alternativas caso o cumprimento de algum ato resulte comprometido e pela falta de disciplina de procedimento a ser seguido para a execução de determinadas medidas. Em outros casos, embora exista previsão legal, falta clareza nos procedimentos, o que leva a decisões judiciais contraditórias.

O aperfeiçoamento da disciplina das medidas assecuratórias, portanto, depende em grande medida da aprovação de alterações legislativas, de forma a assegurar ao jurisdicionado a segurança jurídica e a previsão do contraditório e da ampla defesa. Algumas dessas propostas, já em trâmite, no Congresso Nacional serão analisadas mais adiante.

2.1 PROIBIÇÃO DE CONFISCO DE INSTRUMENTOS DE USO LÍCITO

Com exceção da legislação antidrogas, não existe hoje previsão no ordenamento jurídico que autorize o perdimento dos bens utilizados no cometimento dos crimes que sejam de uso lícito. O art. 91, II, “a” tem sido interpretado na sua literalidade, nesse sentido decidiu o STJ:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEI 7.492/86. TENTATIVA DE EVASÃO DE DIVISAS. PERDA DA QUANTIA APREENDIDA EM FAVOR DA UNIÃO. DINHEIRO OBJETO DO CRIME. CÓDIGO PENAL. ART. 91; II, B, DA LEI 9.069/95.

Os instrumentos que podem ser confiscados são aqueles decorrentes de fato ilícito. Dinheiro que não consta dos autos ser de origem ilegítima, mas, sim, o objeto do crime em que se discute a perda em favor da União, não constitui fato ilícito e, por consequência, não pode o juiz decretar a saída da esfera do patrimônio do recorrente em favor da União. Dinheiro colocado à disposição do Banco Central para que sejam obedecidas as formalidades previstas na Lei 9.069/95, qual seja, após o devido processo legal, perda do valor excedente aos R\$ 10.000,00 previstos

como possíveis de sair do país sem atender aos critérios estabelecidos em lei.

Recurso parcialmente provido (STJ, REsp 571007 / PR, Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106), Quinta Turma, Data do Julgamento: 07/04/2005, Data da Publicação: DJ 09/05/2005 p. 456((sem grifo do autor)⁵¹

Essa restrição ao perdimento de bens tem sido justificada pela doutrina como forma de se evitar a retirada da posse do acusado os instrumentos necessários ao desempenho de ofício ou profissão, como o bisturi do médico que causou lesões corporais ou o veículo do motorista que atropelou a vítima⁵². Vale lembrar aqui, que não estamos tratando o perdimento como meio necessário para o combate da criminalidade de pequena ofensividade. O confisco dos instrumentos deve ocorrer

51 O mesmo entendimento foi confirmado pelos Tribunais Regionais da 1ª e 3ª:

PROCESSO PENAL. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. AERONAVE. CRIME DE DESCAMINHO. EXAMES NECESSÁRIOS AO PROCESSO JÁ REALIZADOS. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PERDA DO BEM. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Em regra, as coisas apreendidas podem ser restituídas ao seu proprietário, desde que não mais interessem ao processo.

2. Somente os instrumentos e produtos do crime cujo porte, fabrico, alienação ou detenção constitui fato ilícito não são restituíveis.

3. No caso, os autos dão conta de que os exames necessários ao processo já foram realizados.

[...]

5. Apelação provida. (TRF da 1ª Região, ACR 95.01.27027-0/MG; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EUSTAQUIO SILVEIRA, Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR, QUARTA TURMA, Publicação: 11/04/2003 DJ p.80, Data da Decisão: 08/10/2002) (sem grifo no original)

PROCESSIONAL PENAL. VEICULO TRANSPORTADOR DE CAFE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INSTRUMENTOS DO CRIME SÃO AS COISAS OU OBJETOS UTILIZADOS PARA O COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. NÃO PODE, ENTRETANTO, A RIGOR, COMO TAL SER CONCEITUADO O VEICULO TRANSPORTADOR DE CAFE DE COMERCIALIZAÇÃO PROIBIDA, DESDE QUE NÃO ADREDEMENTE PREPARADO E DESTINADO A PRÁTICA DELITUOSA. ADEMAIS, NÃO CONSTITUINDO O SEU FABRICO, ALIENAÇÃO, USO OU DETENÇÃO FATO ILICITO, NÃO SE SUJEITA O VEICULO, DE QUALQUER FORMA, AO CONFISCO, COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO (CP, ART. 91, II, A). VERIFICADO ATRAVES DE PERICIA NÃO SE TRATAR DE VEICULO DETERMINADO AO TRANSPORTE CLANDESTINO DE CAFE, NENHUM INTERESSE SUBSISTE, PARA O FEITO CRIMINAL, NA MANUTENÇÃO DE SUA APREENSÃO, QUER PARA FINS DE APLICAÇÃO DO PERDIMENTO PREVISTO NAQUELE DISPOSITIVO LEGAL, PORQUE DESCABIDO, QUER EM FAVOR DA INSTRUÇÃO PROBATORIA. APELO A QUE SE DA PROVIMENTO, PARA RESTITUIR O VEICULO TRANSPORTADOR AO ACUSADO, SEU LEGITIMO PROPRIETARIO, SEM QUALQUER RESTRIÇÃO. (TRF da 3ª Região, ACR 90.03.030309-6 UF: SP, Relator para Acórdão DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ KALLÁS, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ARICE AMARAL, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 23/04/1991, Data da Publicação: DOE DATA:17/06/1991) (sem grifo no original)

52 BITTENCOUT, *op. cit.* p. 734.

naqueles casos em que existe o perigo de repetição de cometimento de novos crimes com o uso dos mesmos instrumentos, advindo a periculosidade, em geral, não do instrumento em si, mas da sua ligação com o agente⁵³.

Melhor solução, talvez tenha sido dada pelo Código Penal Italiano, no art. 240⁵⁴, que deixa o perdimento dos instrumentos como faculdade do juiz, a depender do caso concreto. O confisco na Itália somente é obrigatório⁵⁵ quanto os bens são o “preço” do crime (significando o preço pago por um terceiro para a comissão do crime) ou quando a sua produção, uso, transporte, posse ou transferência constituía um crime, ainda que não haja condenação ao final⁵⁶.

O art. 127⁵⁷ do Código Penal espanhol impõe como efeito da condenação a perda, inclusive dos “*bens, meio e instrumentos com que se haja preparado ou executado*” o crime doloso. Assim como no sistema italiano, todavia, o perdimento dos instrumentos do crime também é deixado à discricionariedade do juiz, que deverá levar em conta em sua decisão a proporção entre o valor do bem a ser confiscado e a gravidade

53 Nesse sentido, vide Acórdão nº 0210155 de Tribunal da Relação do Porto, Portugal, de 24/04/ 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/9de611cc8536003a8?0256e28003d28e7?OpenDocument>>. Acesso em 17 nov. 2009.

54 *Art. 240 - Confisca*

Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto. Disponível em: <<http://www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

55 Vide o relatório de avaliação da Itália pelo Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro, p. 32. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/52/29/36221355.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

56 *È sempre ordinata la confisca:*

1) *delle cose che costituiscono il prezzo del reato;*
2) *delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.* Disponível em: <<http://www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

57 *Artículo 127.*

1. *Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.* Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t6.html>. Acesso em 12 nov. 2009.

do delito cometido⁵⁸(art. 128), isto é, atendendo ao perfeito equilíbrio entre a eficiência do processo penal e as garantias do acusado.

O perdimento dos instrumentos do crime também não é estranho a outros países de sistema jurídico próximo ao nosso. O Código Penal português⁵⁹, por sua vez, dispõe no Art. 109, 1, que:

1 - São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que *tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico*, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, *ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.*" (grifo nosso).

O substitutivo⁶⁰ apresentado pelo Deputado Antonio Carlos Pannunzio ao PL 471, de 2007, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, tentando de alguma forma se dirigir a questão, propõe a inclusão de uma alínea "c" ao art. 91, II do CP, nos seguintes termos:

"c) dos bens ou objetos de qualquer natureza utilizados para a prática de crime contra o patrimônio."

Ainda não resta claro, entretanto, a razão pela qual se restringiu a perda dos instrumentos aos crimes contra o patrimônio, uma vez que não são esses crimes os que mais graves lesões trazem à coletividade, nem os únicos passíveis de utilizar os mesmos instrumentos de forma reiterada.

2.2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO CONFISCO DE BENS DE VALOR EQUIVALENTE

Como visto anteriormente, as cautelares patrimoniais diferem-se em relação à natureza da medida que visam assegurar efetividade com o trânsito

58 Artículo 128.

Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.

59 Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

60 Esse substitutivo engloba sugestões contidas nos PLs 471, de 2007, 786, de 2007 e principalmente 1318, de 2007.

em julgado da condenação penal. São passíveis de seqüestro aqueles bens que servirão à pena de confisco, quais sejam, o produto ou o proveito do crime⁶¹. Já o arresto pode recair sobre qualquer bem do acusado, de origem lícita ou não, uma vez que se destina apenas a reparação civil⁶².

Uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, diferentes também serão os procedimentos seguidos para retirar da titularidade do réu o bem acautelado. Conforme reiteradamente decidido pelos tribunais pátrios⁶³, o perdimento de bens e valores (no caso seqüestrados) é efeito automático da condenação, não existindo sequer a necessidade de sua expressa declaração na sentença condenatória. Assim, nos termos do art. 132 do CPP, o juiz, após a condenação, deverá determinar a avaliação e a venda dos bens em leilão público e o conseqüente depósito dos valores apurados na conta do Tesouro Nacional, excluídos os valores devidos ao lesado e ao terceiro de boa-fé.

Em relação aos autos de arresto e hipoteca legal, passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos de hipoteca ou arresto remetidos ao juiz do cível para a propositura da ação civil *ex delicto*, conforme determinação do art. 143 do CPP⁶⁴.

61 Conforme já exposto acima, a medida cabível para bloquear bens móveis diretamente provenientes do crime é a busca e apreensão. Nos demais casos, cabível o seqüestro.

62 Não é outro o entendimento dos tribunais brasileiros, senão vejamos:

“PROCESSO PENAL – ESTELIONATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – MEDIDA ACAUTELATÓRIA – ARRESTO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INOCORRÊNCIA.

- Inicialmente, saliento que o Código de Processo Penal prevê medidas cautelares tendentes a assegurar futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, pagamento de despesas processuais ou penas pecuniárias ao Estado ou mesmo a evitar que o réu obtenha lucro com a atividade criminosa. Trata-se, portanto, de medidas incidentais com vistas à satisfação do dano *ex delicto*.

- Nas hipóteses previstas nos arts. 125 e 132, do Código de Processo Penal, a medida recai apenas em bens adquiridos com proventos do crime, ainda que tenham sido alienados a terceiros. Nas outras hipóteses, arts. 134, 136 e 137, do referido Codex - estes dois últimos, em verdade, arrestos -, a medida pode incidir em quaisquer bens do indiciado ou réu, embora não tenham sido obtidos com proventos do crime. Indispensável, todavia, que sejam bens do indiciado ou réu, não podendo ser de terceiros.

[...]

- Recurso desprovido (STJ, RMS 13450 / PR, Relator(a) Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 11/06/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 18/11/2002) (sem grifo no original)

63 Vide os seguintes julgados: RMS 18053 / SP (Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 19/04/2005); RMS 16439 / SC (Relator(a) Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 19/08/2003); RMS 14407 / RJ (Relator(a) Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 24/09/2002)

64 Nesse sentido, vide manifestação do TRF da 4ª Região:

PROCESSO PENAL. MULTA. EXECUÇÃO. ARRESTO DE BENS. COMPETÊNCIA. JUÍZO CÍVEL. [...]. 2. A teor do disposto no art. 143 do referido diploma processual, após o trânsito em julgado

Imaginemos a hipótese em que o autor do crime tenha dissipado o proveito obtido com o crime. Uma vez comprovada a materialidade e a autoria delitiva, pelas disposições hoje presentes no Código de Processo Penal, não será possível determinar o perdimento de valores correspondentes àqueles obtidos com a atividade ilícita. A despeito do fato de ter o autor enriquecido ilícitamente e desfrutado desses ganhos ilegítimos, a justiça não poderá ser realizada em sua plenitude no caso, não podendo se falar em adequada retribuição. Restará ao ofendido, quando cabível, demandar a reparação mediante ação civil *ex delicto*.

Não se pode argumentar, ademais, que a referida medida é totalmente estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Decreto-Lei nº 3.240/41 previu modo mais célere de ressarcimento da Fazenda Pública, com base no seqüestro do patrimônio lícito do acusado de valor equivalente ao prejuízo causado pelos crimes elencados naquela norma. Dessa forma, não vislumbramos a razão pela qual essa hipótese não possa ser estendida e aperfeiçoada em relação a outros crimes, igualmente lesivos à coletividade, como, por exemplo, o tráfico de drogas, de pessoa ou de armas, os crimes contra o sistema financeiro, o crime de lavagem de dinheiro.

No caso em que os bens, que estariam sujeitos ao seqüestro, tenham sido dissipados, sempre que aquele que participou da fase instrutória criminal esteja habilitado para estimar qual o montante obtido como produto ou proveito do crime, em atenção aos princípios da economicidade e eficiência, não existem razões para não antecipar ao juiz criminal a lide referente ao valor correspondente a ser confiscado. Vale ressaltar que a possibilidade jurídica de se confiscar bens de valor equivalente é uma exigência do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro⁶⁵ e o Financiamento do Terrorismo para

da sentença penal os autos da medida cautelar de arresto e hipoteca *devem ser remetidos ao Juízo Cível, sendo esse o competente para as providências necessárias à execução dos imóveis arrestados, restando exaurida a jurisdição do magistrado criminal.* (TRF da 4ª Região, CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO, Processo: 2008.04.00.008704-9/PR, Data da Decisão: 23/04/2009, CORTE ESPECIAL, Fonte D.E. 22/05/2009, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, Relator p/ Acórdão ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO) (grifo nosso)

65 O Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – GAFI, é um organismo inter-governamental independente criado em 1989 pelo G-7. Este Grupo é o principal responsável pelo desenvolvimento e acompanhamento da implementação dos padrões internacionais de proteção do sistema financeiro global dos riscos da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo. Estes padrões estão expressos nas Quarenta Recomendações para o Combate à Lavagem de Dinheiro e as Nove Recomendações Especiais de Combate ao Financiamento do Terrorismo editadas pelo Grupo. Apesar da denominação, as 40+9 Recomendações do GAFI assumem feições de compulsoriedade, uma vez que são preconizadas e utilizadas como parâmetro para a concessão de assistência técnica por outros

considerar o país plenamente de acordo com os padrões internacionais de combate a esses crimes⁶⁶.

Mais uma vez, essa é uma disposição que não é estranha a ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica. A Espanha no Art. 127, 2 do Código Penal, prevê o confisco de valor equivalente, senão vejamos:

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.⁶⁷

A legislação espanhola vai mais além e prevê a possibilidade do confisco ainda que não se imponha pena a alguma pessoa, seja por estar isenta de responsabilidade criminal, seja por estar extinta a pretensão punitiva, desde que seja demonstrada a situação patrimonial ilícita (art. 127, 3)⁶⁸.

Sob o mesmo raciocínio, o Código Penal Português previu a possibilidade de perdimento do valor correspondente, quando o produto ou proveito do crime não puderem ser confiscados na espécie (artigo 111, 4)⁶⁹.

organismos internacionais de vulto como FMI e o Banco Mundial, além, da ONU, por meio da Resolução 1617/2005 do Conselho de Segurança. Ademais, a efetiva implementação das “40+9 Recomendações” é fiscalizada por avaliações-mútuas periódicas no âmbito do GAFI.

66 Critério 3.1 - Leis devem prever o confisco de propriedade objeto da lavagem de dinheiro ou que constitui:

- a) produto do;
- b) instrumentos utilizados para; e
- c) instrumentos que tinham a intenção de ser utilizados para a comissão dos crimes de lavagem de dinheiro, de financiamento do terrorismo e outros crimes antecedentes, e propriedade de valor equivalente. (tradução livre). Vide: FATF-GAFI. Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations. 27 February 2004. p. 13. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/16/54/40339628.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

67 Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t6.html>. Acesso em: 12 nov. 2009.

68 “Artículo 127
3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.”

69 “Artigo 111
Perda de vantagens
1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

Tramita no Congresso Nacional o PLS nº 138, de 2006 (PL nº 7226, de 2006 na Câmara dos Deputados). Este projeto, originário do Senado Federal, recebeu redação substitutiva na Câmara dos Deputados, que altera a redação do art. 125 para prever a possibilidade de seqüestro dos bens imóveis do acusado, adquiridos com o proveito da infração, ainda que misturados com o patrimônio lícito ou que tenham sido registrados em nome de terceiros. Além disso, inclui parágrafo único ao art. 132 com a seguinte redação⁷⁰:

Art. 132

Parágrafo único: O seqüestro poderá recair sobre bens, direitos e valores, ainda que registrados diretamente em nome de terceiros, ou a estes transferidos ou convertidos em ativos lícitos ou a estes misturados ao patrimônio legalmente constituído, até o valor do produto, dos rendimentos auferidos e dos prejuízos causados com a prática do crime.

O mesmo projeto cria, no art. 144-A, a figura da indisponibilidade de bens (copiada da Lei de Improbidade Administrativa), cabível nas mesmas hipóteses do seqüestro, hipoteca legal e arresto.

Assim, pretende o legislador ampliar as hipóteses de cabimento do seqüestro para que, visando o confisco de bens, seja possível alcançar bens ilícitos misturados com o patrimônio lícito até o valor do proveito aferido. Isto porque nem sempre é possível fazer a correta separação entre a parte que foi adquirida com valores de origem ilícita da parte que foi adquirida com valores ilícitos.

Além disso, cria a indisponibilidade de bens, que também seria cabível sobre bens de origem lícita, assim como o arresto. Todavia, a lei de improbidade administrativa, na qual se inspirou o novo art. 144-A, prevê expressamente no art. 12, I, a possibilidade de perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, sujeitos a

2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor." Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

70 Redação semelhante ao parágrafo único do art. 132 é dada pelo PL nº 4.662, de 2009.

indisponibilidade do art. 7º, parágrafo único. Já o PLS nº 138, 2006, não altera as hipóteses de perdimento do art. 91, II. Assim, embora seja possível a indisponibilidade de todo o patrimônio do acusado, seja ele de origem lícita ou ilícita, servirá no primeiro caso (origem lícita) apenas para os fins de ressarcimento e não de perdimento.

2.3 AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO PROCEDIMENTO DE ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS SUJEITOS A MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Sobre a guarda e manutenção dos bens apreendidos, dispõe o Código de Processo Penal, que, em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea (§ 4º do art. 120). Somente quando se tratar de coisas facilmente deterioráveis, estas serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade.

Pairam dúvidas, entretanto, sobre o que se considera de “fácil deterioração”. Não seria evidente que veículos deixados em pátios, expostos as mais variadas intempéries, estariam sujeitos a deterioração? Igualmente não haveria depreciação no valor do imóvel que não recebe periodicamente os reparos contra os desgastes naturais? Esta, infelizmente, não tem sido a opinião majoritária da nossa jurisprudência⁷¹:

PENAL E PROCESSO PENAL. AÇÃO CAUTELAR DE ALIENAÇÃO JUDICIAL CRIMINAL. LEILÃO. BENS APREENDIDOS E/OU SEQUESTRADOS EM AÇÃO PENAL E AÇÕES CAUTELARES DE SEQUESTRO. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE OBJETIVA O SOBRESTAMENTO DA PRAÇA ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO. PLAUSIBILIDADE

71 Vide ainda: *MS - 310422* (TRF da 3ª Região, Processo:2008.03.00.033843-3/MS, Relator DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 18/06/2009 Data da Publicação/Fonte DJF3 CJ2 DATA:01/09/2009 PÁGINA: 305); *MS - 309650* (TRF da 3ª Região, Processo: 2008.03.00.030509-9/MS, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 15/01/2009, Data da Publicação/Fonte DJF3 CJ2 DATA:09/02/2009 PÁGINA: 345); *MS - 309706* (TRF da 3ª Região, Processo: 2008.03.00.030668-7/MS, PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento: 15/10/2009, Fonte: DJF3 CJ1 DATA:04/11/2009 PÁGINA: 8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW) *MS - 307625* (TRF da 3ª Região, Processo: 2008.03.00.021303-0/MS, PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento: 18/06/2009, Fonte: DJF3 CJ2 DATA:01/09/2009 PÁGINA: 304, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO).

DAS ALEGAÇÕES. DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA.
RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Agravo de instrumento que objetiva a suspensão do leilão do imóvel seqüestrado, até o julgamento final dos embargos de terceiro, distribuídos na Vara de origem sob o nº 2005.60.00.003775-5.

[...]

4. O bem imóvel, por natureza, não é sujeito a rápida deterioração física ou econômica, não havendo nos autos prova de fato excepcional que determine a impossibilidade de sua conservação.

5. A simples dificuldade de administração dos bens imóveis seqüestrados não justifica a alienação antecipada, não havendo qualquer previsão legal nesse sentido.

6. Agravo a que se dá provimento para suspender a realização de leilão relativo ao bem imóvel matriculado sob o nº 175.046 no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande/MS, até o julgamento final dos embargos de terceiro distribuídos sob o nº 2005.60.00.003775-5 perante a Vara de origem, confirmando a tutela anteriormente deferida.” (TRF da 3ª Região, AI – 338416, Processo: 2008.03.00.022199-2/MS, Relator JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE SORMAN, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento

22/09/2009 Data da Publicação/Fonte DJF3 CJ1 DATA: 01/10/2009
PÁGINA: 121)

PENAL E PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA.
ALIENAÇÃO DE BENS APREENDIDOS. AUTOMÓVEIS.
SUSPENSÃO DO LEILÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

[...]

2. Em face do princípio da presunção de inocência e do disposto no art. 133 do Código de Processo Penal, bens apreendidos, por força de medida cautelar, só devem ser alienados após o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. (MS 2007.01.00.030885-5/DF; DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, SEGUNDA SEÇÃO Data da Publicação: 14/12/2007 DJ p.11)

Algumas decisões, apesar de reconhecerem a possibilidade de deterioração desses bens, entendem que a destinação mais adequada é nomear o proprietário como fiel depositário⁷². Entre as alternativas disponíveis, esta sem dúvida, é uma das que menos atende a eficiência do processo penal. Isto, porque, como já decidiu o TRF da 1ª Região⁷³, significaria em termos práticos a restituição do bem ao acusado, uma vez que a ele será permitido usufruir o bem por toda a sua vida útil, ou parte

72 DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO. VEÍCULOS APREENDIDOS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. FIEL DEPOSITÁRIO. NOMEAÇÃO DO TITULAR DOS BENS.

1. Não se verifica qualquer ilegalidade no arresto dos veículos pertencentes ao investigado, pois a apreensão judicial tem por fundamento a concreta possibilidade do perdimento em favor da União, a ser imposto na hipótese de sentença condenatória. 2. *Todavia, isso não justifica ficarem os automóveis esquecidos no pátio, aguardando o pronunciamento judicial definitivo.* 3. Ademais, é possível que, ao final da lide, o acusado seja absolvido, tornando ainda mais gravoso seu prejuízo econômico. Além da deterioração dos bens, também o não uso se afigura lesivo. 4. *Cabível solução no sentido de se autorizar a utilização dos veículos pelo seu proprietário, nomeando-o fiel depositário dos mesmos, bem como mantendo sua vinculação ao processo.* (TRF da 4ª Região, ACR 2008.71.10.002537-0/RS, Data da Decisão: 20/05/2009, OITAVA TURMA, Fonte D.E. 27/05/2009, Relator ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO) (sem grifo no original)
PENAL. PROCESSO PENAL. RESTITUIÇÃO DE BENS. CRIME AMBIENTAL. TERMO DE DEPÓSITO.

1. Não estando evidenciado nos autos que os bens ainda possam interessar às investigações sobre a suposta prática do crime ambiental, e considerando que os caminhões e carrocerias já se encontram apreendidos há mais de dois anos, estacionados no pátio da polícia rodoviária federal, ao relato, sob sol e chuva, *sujeito a intempéries e à depreciação, devem ser eles entregues ao seu proprietário.*

2. *Eventual pena de perdimento dos bens pode ser resguardada mediante termo de fiel depositário.* (TRF da 1ª Região, ACR 2007.41.01.004014-0/RO; DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, Data de publicação: 03/10/2008 e-DJF1 p.193, Data do Julgamento: 23/09/2008) (sem grifo no original)

PROCESSO PENAL. INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE BEM ARRESTADO. ARTIGO 118 E 137 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTERESSE PARA O PROCESSO. PENHORABILIDADE. DEPRECIÇÃO DO BEM. NOMEAÇÃO DO PROPRIETÁRIO COMO FIEL DEPOSITÁRIO.

[...]

5 - *A restituição do veículo apreendido mediante a nomeação do proprietário como fiel depositário se revela a solução mais razoável para evitar a depreciação do bem sem, contudo, desvinculá-lo do processo criminal ao qual interessa.* (TRF da 4ª Região, Classe: ACR - 2007.71.00.040432-8/RS, Data da Decisão: 01/04/2009, OITAVA TURMA, Data da Publicação: D.E. 15/04/2009, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO)

73 PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. PERDIMENTO DE BENS. PEDIDO DE NOMEAÇÃO DE FIEL DEPOSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Em se tratando de bens móveis, consumíveis (automóveis), cujo perdimento foi determinado em sentença recorrível, a nomeação da impetrante como fiel depositária *implicaria nos mesmos efeitos práticos da restituição, esvaziando a medida de apreensão, já que quando ocorresse o trânsito em julgado a impetrante teria usufruído o bem por toda sua vida útil, ou grande parte dela, com a obrigação apenas de não alienação e de conservação.*

2. Ordem denegada. (MS 2005.01.00.048057-9/AC; DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, JUIZ FEDERAL SAULO JOSÉ CASALI BAHIA (CONV.), SEGUNDA SEÇÃO, Data da Publicação: 17/04/2006 DJ p.02, Data do Julgamento: 01/03/2006)

dela, mantendo-se apenas a obrigação de não alienação e de conservação no período. Além disso, não cabe ao Estado o papel de administrador de bens privados, uma vez que em muitos casos, para manutenção dos bens, serão desviados recursos já escassos, que deveriam ser aplicados nas atividades essenciais do Estado, trazendo prejuízo à coletividade.

Pelos motivos já expressados anteriormente, quais sejam, menor custo de manutenção e maior garantia para as partes em função da conservação do valor original da coisa, a alienação antecipada se mostra a medida mais vantajosa de administração dos bens apreendidos no processo penal⁷⁴. Ainda que se entenda que não estão abarcados pelo §5º do art. 120 do CPP os bens que não são imediatamente deterioráveis, como alimentos e medicamentos, o art. 139 do CPP determina que o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil. Neste caso, mediante uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, seria possível o juiz criminal determinar a alienação antecipada dos bens, se valendo do art. 670 do CPC⁷⁵.

Todavia, apesar de entendermos possível hoje a alienação antecipada com base nos dispositivos do CPP e CPC⁷⁶, de fato a questão mereceria procedimento mais claro como hoje existe para os bens apreendidos em ação penal do crime de tráfico de entorpecentes. Existem alguns julgados que aplicam o procedimento da Lei nº 11.343/06, de forma analógica:

74 Essa também tem sido a posição defendida pelos mais de 60 órgãos que atuam no combate à criminalidade e compõem a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA. Em 2004, em função da meta 18, foi realizado estudo, no âmbito dessa Estratégia, sobre os meios para se conferir maior eficiência à administração de bens bloqueados, alienados e confiscados. O resultado desse estudo, que comparou os sistemas em vários países, apontou a alienação antecipada como solução que economicamente melhor atende aos interesses do Estado e do acusado. Essa interpretação levou ao estabelecimento da Meta 19, na ENCLA 2005, que recomenda ao Ministério Público e ao Judiciário “melhor aproveitamento dos bens apreendidos, seqüestrados, arrestados dentro das possibilidades legais já existente, inclusive a alienação antecipada, se necessário”.

75 *Art. 670. O juiz autorizará a alienação antecipada dos bens penhorados quando:*

I - sujeitos a deterioração ou depreciação;

II - houver manifesta vantagem.

76 Vide algumas decisões favoráveis à alienação antecipada: *MS – 311570* (TRF da 3ª Região, Processo: 2008.03.00.038356-6/MS; PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento: 18/06/2009 Fonte: DJF3 CJ1 DATA:26/10/2009 PÁGINA: 2, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO); *ACR 2006.32.00.005361-9/AM* (TRF da 1ª Região, DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO (CONV), QUARTA TURMA, Data da Publicação 31/10/2008 e-DJF1 p.107, Data de julgamento: 06/10/2008)

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCAMINHO/CONTRABANDO. AÇÃO PENAL. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE VEÍCULOS. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SINGULAR.

1. Mesmo que os autos da ação principal já tenham sido remetidos à instância recursal, o Juízo Singular continua competente para decidir em processo incidente de medida assecuratória, que ainda tramita regularmente na instância inicial. 2. *Inexiste ilegalidade, quando o juízo, forte na interpretação extensiva e aplicação analógica (CPP, art. 3º) adotar, além dos artigos 120, § 5.º e 137, § 1.º, do CPP, os artigos 60 a 62 da Lei Antitóxicos*, autoriza a venda antecipada de veículos constrictos por se tratarem de produto de crime e restar demonstrada se tratar de medida necessária para evitar a sua depreciação e deterioração. (MS Nº 2009.04.00.029219-1/PR, RELATOR: Des. Federal TADAAQUI HIROSE)

A solução, todavia, que melhor resguardaria a segurança jurídica seria a regulação desse procedimento no próprio Código de Processo Penal. O substitutivo ao PL nº 471, de 2007, já analisado acima, propõe a reprodução no CPP dos dispositivos referentes à alienação antecipada previstos na Lei nº 11.343/06. Os mesmos dispositivos são reproduzidos no PL nº 3.443, de 2008, que altera a Lei de Lavagem de Dinheiro, bem como no substitutivo ao PLS nº 150, de 2006, que tipifica o crime de organização criminosa, apresentado pelo senador Mercadante na Comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal.

2.4 ANÁLISE DO PLS 156, DE 2009 – PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A pedido da Presidência do Senado Federal, foi criada Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, sob a coordenação do Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça. O resultado dos trabalhos dessa comissão foi apresentado como o PLS nº 156, de 2009⁷⁷, em abril de 2009. As medidas assecuratórias, como hoje são denominadas, integram Título III do Projeto de Código, agora sob a denominação medidas cautelares reais. Com

77 Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

a finalidade de dar maior sistematicidade ao CPP, cada medida cautelar real foi tratada em um capítulo próprio. Vale aqui tecer alguns comentários sobre as medidas cautelares que *visam garantir o perdimento de bens*.

Além das medidas hoje existentes, o PLS nº 156, de 2009, cria no processo penal brasileiro a figura da indisponibilidade de bens (capítulo II, art. 602-609). O objetivo dessa medida é assegurar a recuperação do produto ou proveito do crime, isto é, o confisco ao final do processo (Art. 91, II, do CP).

Essa medida só é cabível quando ainda não se tenha elementos para distinguir, com precisão, os bens de origem ilícita daqueles que integram o patrimônio regularmente constituído e pode recair sobre o patrimônio de terceiro, inclusive pessoa jurídica, cujo nome tenha sido utilizado para facilitar a prática criminosa ou ocultar o produto ou os rendimentos do crime. Uma vez identificados todos os bens, direitos ou valores adquiridos ilicitamente, o juiz deverá determinar a conversão da medida de indisponibilidade em apreensão ou seqüestro, conforme o caso. A indisponibilidade é, portanto, medida preparatória para o seqüestro ou apreensão. Esses bens declarados indisponíveis permanecem sob a tutela do possuidor (seja o acusado ou terceiro), criando-se apenas a obrigação de não transferir e conservar todos os seus bens localizados no Brasil ou no exterior.

Assim como no PLS nº 138, amplia-se, nesse projeto, a possibilidade do seqüestro, que passa a poder abarcar bens imóveis e móveis adquiridos com os proventos do crime, ainda que misturados ao patrimônio licitamente constituído. Uma importante alteração, é que o novo código passaria a dispor sobre seqüestro de bens móveis e imóveis no mesmo artigo. A medida de arresto e a hipoteca legal continuam a servir apenas aos fins de reparação civil.

A previsão de alienação antecipada, todavia, ainda não foi alçada a condição de regra na administração dos bens acautelados, e se sujeita a motivação de “fundado receio de depreciação patrimonial pelo decurso de tempo”. Conforme definição do dicionário Aurélio, depreciação significa: “perda progressiva de valor, legalmente contabilizável”⁷⁸. Assim, essa expressão permite ao juiz maior

78 Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2 ed. revista e aumentada, 44ª impressão. São Paulo: Nova Fronteira. 1986.

flexibilidade na fundamentação da alienação de veículos ou imóveis, do que a expressão hoje utilizada, qual seja “fácil deterioração”.

3 CONCLUSÕES

A efetividade da proteção penal do Estado contra a criminalidade grave e organizada depende da aplicação de medidas realmente capazes de influir no incentivo para a prática desses delitos. Um mecanismo eficiente de se alcançar o objetivo acima descrito é a pena de cunho patrimonial, mais especificamente, o confisco, uma vez que o principal objetivo no cometimento desses crimes é o enriquecimento por meios ilícitos. Justamente por atingir o fim último dessa espécie de crime (o patrimônio), a pena de perdimento de bens consegue atuar no cálculo que o agente realiza das vantagens e desvantagens da prática da conduta típica, realizando a função preventiva.

Essa função, entretanto, só é cumprida em sua totalidade se existirem no ordenamento jurídico medidas capazes de garantir a possibilidade de aplicação dessa pena com condenação transitada em julgado, confirmando, no caso concreto, a ameaça de sanção prevista abstratamente no tipo penal. Seriam medidas, portanto, com função de acautelamento de bens que permitissem aplicação, ao final do processo, de seu perdimento.

Foram identificadas, na disciplina do perdimento e das medidas cautelares patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro, algumas deficiências que mereceriam a atenção de uma reforma legislativa. A primeira delas é a ausência da previsão do perdimento de instrumentos de uso lícito. Como argumentado ao longo do artigo, esse perdimento teria por objetivo evitar a utilização reiterada dos mesmos bens para a prática do crime, além de servir para equipar os órgãos de persecução penal. O perdimento, nesses casos, deveria constar como faculdade do juiz, devendo ser aplicado somente quando houver proporção entre o valor do bem e a gravidade do delito.

Verificou-se, ainda, a necessidade de previsão do perdimento de bens de valor equivalente, nos casos em que o réu tiver dissipado o proveito obtido com a prática do ilícito. Sempre que for possível determinar com precisão o valor do proveito auferido com a conduta criminosa, não há porque deixar impune o acusado que desfrutou de ganhos ilícitos. Vale lembrar que o perdimento de bens de valor

equivalente já é aplicado em países com sistemas jurídicos próximos ao nosso, como a Espanha e Portugal.

Por fim, identificou-se a necessidade de melhor regramento da alienação antecipada para a preservação do valor dos bens sujeitos a medidas assecuratórias, com a previsão detalhada do procedimento a ser seguido, nos moldes do disposto na Lei nº 11.343/2008.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. *CJ_PCC: A Irmandade do Crime*. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98)*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21975/2006_Lavagem%20de%20dinheiro%20\(lei%20n.%209.613-98\).pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21975/2006_Lavagem%20de%20dinheiro%20(lei%20n.%209.613-98).pdf?sequence=4)>. Acesso em: 14 nov. 2009.

BONFIM, Marcia Monassi; BONFIM, Edilson Mougénot. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRAGA, Aureo Rogério Gil. O seqüestro de bens e a hipoteca legal no âmbito dos crimes contra a ordem tributária. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, nº 51, p. 219-245, ago./dez. 2003.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à Lavagem de Dinheiro – Teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

FATF-GAFI. Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations. 27 February 2004. p. 13. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/16/54/40339628.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229- 268, jan./fev. 2008.

GOBBATO, Marcelo Alessandro. *Medidas Assecuratórias na Lei nº 11.343/06, com enfoque no Direito Constitucional da Propriedade*. Cascavel:UNISUL, LFG, IDP, 2008.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases Del Derecho Penal – Concepto y Método*. 2^{da} edición. Buenos Aires: Bdef, 2002. p. 48-92.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atualizada de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela Lei 11.900 (novo interrogatório) de 08.01.09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O papel do Ministério Público na Investigação do Crime Organizado. *in: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, Ano 11, v. 22, jul./dez. 2003.pp. 35-54.

WILLIAMS, Phil. Crime, Illicit Markets and Money Laundering. *in: Managing Global Issues: Lessons Learned, 2001*. Disponível em <http://www.ceip.org/files/pdf/mgi-ch3.pdf>. Acesso em 13 set. 2006.

A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO FORMA DE PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Rômulo de Castro Souza Lima
Procurador Federal
Pós-graduado em Direito Constitucional e
Pós-graduando em Direito Público

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Meio Ambiente do Trabalho; 2 Força-tarefa; 3 Atuação Preventiva e Atuação Reparatória; 4 Ação Regressiva Previdenciária: o interesse do INSS; 5 A Atuação do INSS e da Procuradoria-Geral Federal; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O descuido com o meio ambiente do trabalho, por parte de empregadores e do próprio Estado, acarreta a ocorrência de acidentes do trabalho, de modo a gerar incapacidade física ou mental, temporária ou permanente, ou o óbito de trabalhadores. Especialmente no que diz respeito ao patrimônio público, há um grande dispêndio de verbas para o pagamento de benefícios previdenciários, fato que contribui para o aprofundamento do déficit da Previdência Social no Brasil. A proteção ao meio ambiente do trabalho, a par de redundar em proteção à incolumidade física e mental dos trabalhadores, traz como resultado a diminuição dos riscos de acidentes e, por sua vez, a minoração do custo social com o pagamento de benefícios previdenciários por parte do Estado.

ABSTRACT: The huge carelessness with the labour environment by employers and the State itself, involves the occurrence of occupational accidents in order to generate physical and mental disability: temporary or permanent, or employees' death. Mainly with regard to public property, there is a considerable expenditure of funds for the payment of welfare benefits, the fact which greatly contributes to the deepening of deficit of Social Security in Brazil. The protection of the labour environment, besides leading in security of the labours' physical safety and mental health, brings as the result the significant reduction of the risk of accidents and, therefore the cost to the payment of welfare benefits by the State tends to lessen.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente do trabalho. Proteção. Atuação Preventiva. Benefícios Previdenciários. Redução do déficit da Previdência Social.

KEYWORDS: Labour environment. Protection. Preventive action. Social security benefits. Reduction in Social Security deficit.

INTRODUÇÃO

O Estado Fraternal assume, cada vez mais, o dever de conferir eficácia aos chamados *direitos de terceira geração*. Um dos representantes da cartilha de direitos por eles representada, sem dúvida, é o direito à seguridade social.

O direito à seguridade social representa simultaneamente um *status positivus libertatis* e um *status positivus socialis*, pois, se por um lado, por ter referência com os direitos fundamentais, deve retratar segurança jurídica para seus destinatários, por outro, tem a missão de promover a justiça¹. Essa é a razão pela qual o Estado tem a obrigação de zelar pelo sistema securitário público, de forma a manter o equilíbrio entre as despesas necessárias ao pagamento de benefícios previdenciários – além do custo relativo à saúde e à assistência social – e as quantias que ingressam nos cofres previdenciários.

A Constituição do Brasil não se afasta desse dever que, atualmente, ganhou ares de universalidade entre as nações formadas sobre os valores do Estado Democrático de Direito e, no seu Título VIII, regulamenta minimamente a Seguridade Social, dentro da qual se encontram os direitos à Saúde, à Assistência Social e à Previdência Social². Especificamente em relação a esta, nota-se que um dos sinistros que são objeto de proteção é exatamente o *acidente*, que pode gerar os chamados *benefícios acidentários*.

A Previdência Social sofre verdadeira sangria com a destinação de verbas públicas ao pagamento de benefícios acidentários. A partir do momento em que o ambiente de trabalho for fiscalizado e melhorado, a consequência mediata que pode ser verificada é a diminuição da despesa pública. Essa é uma atuação que pode ser identificada como *preventiva*.

1 “De notar que o *status positivus libertatis* envolve a segurança jurídica e, no que concerne aos direitos fundamentais, a seguridade social. Esta última pode compor, também, na sua região periférica, o *status positivus socialis*, vinculando-se a considerações de justiça” (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 241 e 242).

2 “Analisando a tradicional organização do seguro social público no Brasil, conclui-se que a configuração básica do Regime Geral de Previdência Social é dotada das condições mínimas de preservação da dignidade humana como valor. Sendo assim, seria esse sistema dotado de fundamentalidade, cabendo ao Estado garanti-lo sob pena de romper o próprio pacto social proposto na Constituição, desfigurando-a. essa, portanto, é a previdência fundamental. É o limite mínimo de proteção securitária pública” (TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controversos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 117).

Todavia, ocorrido o sinistro e a Previdência Social suportando o pagamento de benefícios acidentários, existe outra forma de atuação, já não mais preventiva, mas sim ressarcitória. Trata-se da utilização da denominada *ação regressiva*.

Que medidas de prevenção podem ser adotadas e quem pode agir com esse fim? É possível a prevenção apenas no âmbito extrajudicial ou também existe uma via jurisdicional para esse mister? Como se dá a reparação do patrimônio público em juízo? Essas são indagações, entre outras conexas, que o tema induz à pesquisa.

O objetivo geral do presente trabalho tem como foco o meio ambiente do trabalho e as implicações financeiras que decorrem para o Estado quando o mesmo não se encontra harmonizado com as normas de proteção laboral. Especificamente, serão apresentados elementos que demonstrarão a possibilidade de o Estado unir forças entre vários órgãos públicos e agentes privados em prol da construção de um meio ambiente do trabalho sadio e com qualidade, como forma de diminuir os riscos a que estão sujeitos os trabalhadores, bem como os custos que o Estado tem para cobrir o sinistro *acidente do trabalho*. Com isso, será fácil demonstrar que a efetivação de um direito que tem duas facetas, coletivo e difuso, é capaz de também proteger o patrimônio público. Por fim, como nem sempre é possível a prevenção, há que se percorrer outros caminhos para buscar a reparação do patrimônio público que fica diminuído com a ocorrência desses acidentes, ocasião em que serão destinadas algumas palavras para a conhecida *ação regressiva acidentária*.

A soma de esforços entre órgãos do Estado e atores privados traz, portanto, benefícios de grande porte, que se agregam ao conceito de cidadania – um dos fundamentos da República brasileira – e, na medida em que atuam com eficiência, redundam em proteção ao patrimônio público, em sua mais larga concepção.

1 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente, sabe-se, ganhou destaque na Constituição Cidadã de 1988, tendo este Texto qualificado aquele bem como *de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, impondo a todos sua defesa e proteção, para os viventes, nascituros e até mesmo aos concepturos³. Deu vestes de direito fundamental ao meio ambiente, já

3 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e

que o *caput* do art. 5º da CRFB/88 garante o direito à vida. Direito à *vida sadia*, acrescentou o art. 225 da Carta⁴.

Além de ser direito fundamental, enquadrado na categoria dos direitos de terceira geração – a retratar um exemplo do que preconiza o princípio da fraternidade –, é também qualificado como direito difuso (cf. art. 81, § único, I, Lei nº 8.078/90).

De modo a fugir da velha classificação civilista de bens, tradicionalmente vinculada ao domínio, a Constituição de 88 classificou o meio ambiente como *bem de uso comum do povo*. Sob esse prisma, interessante é a observação de FIORILLO (2003), *in verbis*:

[...] o legislador constituinte de 1988 trouxe uma novidade interessante: além de autorizar a tutela de direitos individuais, o que tradicionalmente já era feito, passou a admitir a tutela de direitos coletivos, porque compreendeu a existência de uma *terceira espécie de bem*: o bem ambiental. Tal fato pode ser verificado em razão do disposto no art. 225 da Constituição Federal, que consagrou a existência de um bem que não é público, nem tampouco particular, mas sim de uso *comum* do povo⁵.

No que diz respeito ao *meio ambiente do trabalho*, é curioso notar que ele possui natureza dúplex quanto aos destinatários de sua proteção. Imediatamente, é visto como interesse ou direito *coletivo*, entendido como transindividual de *natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base* (art. 81, § único, II, CDC); mediatamente, porém, abrange toda a coletividade não identificada, sendo, por isso, qualificado como interesse ou direito *difuso*.

O conceito de meio ambiente é fragmentado em quatro partes, para fins didáticos: meio ambiente propriamente dito (físico ou natural), meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho.

preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4 “A palavra que melhor traduz o conceito de natureza que emerge do conjunto das leis que regem o direito ambiental é a *vida*. De acordo com o art. 3º da Lei nº 6.938/81, o meio ambiente *permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*. Em nome da vida, a questão ambiental adquire dimensão global, seduzindo defensores alistados numa pluralidade de espaços sociais e geográficos” (SOUZA NETO, Nilson Soares de. *Os conceitos de Natureza e Homem na nova ordem jurídica ambiental*. Resenha crítica que consta da obra coletiva *Direito e Justiça Ambiental*, org. por Wilson Madeira Filho. Niterói: PPGSD/UFF, 2002).

5 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

O meio ambiente do trabalho⁶ pode ter seu conceito extraído da Constituição da República, de modo a significar o conjunto de condições existentes no local de trabalho, relativos à qualidade de vida do trabalhador (arts. 7º, XXII e 200, VIII, CRFB/88). Na doutrina, encontra-se o seguinte conceito:

O local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc⁷.

Estabelecido o que vem a ser meio ambiente do trabalho, avança-se no tema, de forma a ventilar a viabilidade de uma verdadeira *força-tarefa* em defesa desse espaço e, de resto, do patrimônio público⁸.

2 FORÇA-TAREFA

Tomando por empréstimo uma expressão que vem sendo utilizada com certo modismo entre os órgãos governamentais e pela imprensa nacionais, existem, no ordenamento jurídico, vários entes que, de forma estanque, trabalham para implementar melhores condições para a proteção da saúde do trabalhador.

O pluralismo político foi elencado como um dos fundamentos da República (art. 1º, V, CRFB/88). Significa que o interesse num ambiente de trabalho sadio é um interesse legítimo e, por isso, pode e deve ser protegido, da forma mais ampla possível, por todos os atores que têm essa atribuição como missão institucional, sejam eles públicos ou privados. Nesse sentido é que se vislumbra uma atuação conjunta entre vários setores, públicos e privados, cujos resultados serão sentidos por toda a coletividade, traduzindo aquilo que Renato Alessi denomina

6 A limitação a este específico ambiente é proposital, pois os demais não interessam ao presente estudo.

7 Ibidem.

8 A expressão *força-tarefa* traduz uma atuação conjunta entre vários agentes públicos – e, não raro, com a colaboração de particulares – com o objetivo de alcançar uma finalidade pública e social que dificilmente seria efetivada com sucesso com a ação isolada de um ou outro. É comumente utilizada para realização de trabalhos de investigação policial, quando órgãos da Polícia Judiciária, Ministério Público, agentes fiscais, entre outros, aditam suas forças para estancar fraudes tributárias de grande porte. A referência ora feita, portanto, tem pertinência, uma vez que a intenção final é a proteção social, de maneira geral, e a incolumidade do patrimônio público.

interesse público primário, e também pelo Estado, consubstanciando um interesse público secundário⁹.

Essa *força-tarefa* poderia ser composta pelo Ministério do Trabalho, por meio de inspeções, especialmente no que diz respeito à segurança e saúde naquele ambiente, através da atuação de Auditores Fiscais do Trabalho¹⁰; pelo Ministério Público do Trabalho, que tem por função institucional *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III, CRFB/88; art. 83, I, III, IV e XII, LC nº 75/93); por associações e sindicatos de trabalhadores, já que têm por missão precípua a defesa dos interesses de seus membros; caso a situação possa redundar em atuação criminosa, as autoridades policiais (militares ou civis) poderão ser chamadas a atuar também; por fim, o INSS tem também um interesse legítimo não só na prevenção, como também do ressarcimento, caso ocorra sinistro acidentário. E é aqui que ocorre a aproximação com o tema, como será melhor detalhado abaixo.

O escopo aqui ilustrado está diretamente jungido à questão da chamada *justiça ambiental*, a qual preconiza, como é intuitivo, a pacificação dos conflitos sócio-ambientais. Importante, assim, ainda que em breve passagem, pôr em relevo o momento em que se verificou a gênese do que se convencionou chamar *movimento por justiça ambiental*.

O chamado Movimento por Justiça Ambiental se constitui nos EUA nos anos 80, resultado de lutas articuladas de naturezas diversas, na qualidade de herdeiro das discussões do fim da década de 60 acerca de condições inadequadas de saneamento, contaminação química de residências e ambientes de trabalho e disposição indevida de resíduos tóxicos e perigosos, e da articulação, nos anos 70, de sindicatos, ambientalistas e minorias étnicas para exame da poluição urbana¹¹.

9 A respeito do conceito de interesse público primário e secundário, sempre é bom relembrar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que difunde a lição de Alessi no Brasil: "Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001).

10 Diapornível em: <<http://www.mte.gov.br>> é possível identificar as atribuições do Ministério do Trabalho no que diz respeito à inspeção do ambiente de trabalho.

11 SANTOS JR., Humberto Adami e LOURES, Flávia Tavares Rocha. In O papel fundamental do advogado na aplicação da Justiça Ambiental e no combate ao Racismo Ambiental. MADEIRA FILHO, Wilson (Org.). *Direito e Justiça Ambiental*. Niterói: PPGSD/UFF, 2002.

Pode-se vislumbrar, então, a partir desse traço histórico, a presença de um *embrião* da força-tarefa ambiental nos moldes aqui propostos.

3 ATUAÇÃO PREVENTIVA E ATUAÇÃO REPARATÓRIA

A proteção ao meio ambiente do trabalho pode ganhar vida por dois caminhos: através de prevenção ou reparação. A prevenção ocorre nas vias extrajudicial ou judicial. A título de exemplo de prevenção na via extrajudicial, é possível elencar: denúncias de associações ou sindicatos junto ao Ministério do Trabalho ou ao Ministério Público do Trabalho; fiscalização *ex-officio* pelos Auditores Fiscais do Trabalho; instauração de inquérito civil pelo Ministério Público do Trabalho; tomada de Termo de Ajustamento de Conduta pelos entes legitimados à propositura da ação civil pública, dentre os quais pode ser apontado o INSS (art. 5º, § 6º c/c art. 5º, IV, Lei nº 7.347/85).

No que diz respeito à atuação repressiva e/ou ressarcitória, a função jurisdicional está aberta não só à ação civil pública, que pode ser proposta, entre outros, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo INSS, mas também aos trabalhadores em geral, organizados ou não em associações ou sindicatos, que podem buscar junto ao Poder Judiciário a tutela de seus interesses no que tange à ameaça ou violação de sua incolumidade física ou mental¹².

Para finalizar este item, é importante ventilar uma peculiaridade. Não se pode ficar com a ideia de que a prevenção só ocorre no âmbito extrajudicial. A função jurisdicional estatal não afasta qualquer lesão ou *ameaça* de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CRFB/88). Assim, seja por meio de ação civil pública, seja por *ações comuns*, sempre é possível pleitear a tutela inibitória ao Estado-juiz.

A noção de tutela inibitória está vinculada à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, a qual deve referir-se à prevenção de um ilícito. É uma tutela preventiva de direitos não patrimoniais ou predominantemente não patrimoniais. A tutela inibitória, portanto, não tem por escopo reparar ou reintegrar o direito violado. Ela quer prevenir o ilícito. É voltada para o futuro. Prevenção do *ilícito*, e não do *dano*, é importante ficar claro. O dano não é elemento constitutivo

¹² Vale mencionar, para não pecar por omissão, que também às associações, desde que atendam aos requisitos estabelecidos no art. 5º, V, da LACP, é destinada legitimação para propor ações civis públicas no interesse de seus associados.

do ilícito, mas sim do dever de ressarcir, de indenizar. Com efeito, para a caracterização do ilícito não se analisa o binômio dolo-culpa, sendo certo que o elemento psicológico será avaliado apenas para a futura reparação do dano – portanto, numa ação de regresso, especificamente em relação ao direito do INSS de se ressarcir quando é obrigado a arcar com despesa de benefício acidentário.

A tutela inibitória pode ser negativa ou positiva, obrigando, respectivamente, a um não fazer ou a um fazer, não sendo afastada a possibilidade de uma se converter na outra¹³.

4 AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA: O INTERESSE DO INSS

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, como é sabido, tem personalidade jurídica de direito público e foi criado sob a forma de autarquia federal previdenciária (Lei nº 8.029/90), estando vinculado ao Ministério da Previdência Social¹⁴. Sua função institucional é gerir o sistema previdenciário geral – o chamado Regime Geral de Previdência Social –, garantindo àqueles que contribuem para o sistema os benefícios previdenciários relacionados na Lei nº 8.213/91, sempre que a situação fática demandar, vale dizer, sempre que ocorrer um sinistro. Merece transcrição o ensinamento de TAVARES (2002), quando diz que

A Previdência no Regime Geral de Previdência Social é conceituada como seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, desemprego involuntário, morte e reclusão. É direito de fruição universal para os que contribuam para o sistema. Ocorrendo um risco social – “sinistro” (que afasta o trabalhador da atividade laboral), caberá à Previdência a manutenção do segurado ou de sua família¹⁵.

O interesse do INSS surge a partir do momento em que o meio do ambiente do trabalho não se apresenta salubre ou representa

13 Sobre a tutela inibitória, é obrigatória a leitura de MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

14 Apesar de o art. 17 da L. 8.029/90 dizer que “É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei, na verdade, dita lei criou a autarquia, visto que a Constituição de 1988 reza, no inciso XIX do art. 37, que somente por lei específica [antes da EC nº 19/98, exigia-se apenas lei] poderá ser criada autarquia [...]”.

15 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

perigo para a incolumidade do trabalhador. A razão é notória. Se o meio ambiente do trabalho apresenta-se desequilibrado, vale dizer, em condições precárias que possam causar violações à incolumidade física ou psíquica dos trabalhadores, isso acaba por fomentar um risco social, que é a incapacidade ou a morte. Ocorrendo o sinistro *acidente*, apto a gerar uma incapacidade total ou parcial, temporária ou permanente, ou, ainda, a morte, surge o direito do trabalhador ou de seu dependente, conforme o caso, a um benefício previdenciário, que pode ser o auxílio-doença, o auxílio-acidente, a aposentadoria por invalidez ou a pensão por morte (arts. 71, 104, 43 e 74, respectivamente, da Lei nº 8.213/91). E é aqui, portanto, que reside o interesse da autarquia previdenciária federal, isto é, na necessidade de desacelerar, legitimamente, a despesa que tem com aquelas prestações.

A defesa específica do meio ambiente do trabalho não é um *direito subjetivo* do INSS. Por outro lado, sua pretensão não é desprovida de albergue legal, porquanto materializa um verdadeiro *interesse legítimo*. Não é desconhecida a distinção trazida pela doutrina acerca das duas categorias jurídicas postas sob grifo. O “interesse legítimo” situa-se *entre* os interesses simples, ignorados pelo Estado, e os direitos subjetivos, amplamente protegidos pela máquina estatal. Mas não são os interesses legítimos despojados de proteção jurídica. A respeito do assunto, MANCUSO (2000) ensina que

Os interesses “simples” – já os vimos – caracterizam-se pela circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou defendida pelo Estado. [...] Ao contrário, os direitos subjetivos compreendem posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber tutela especial do Estado. [...] Entre os dois termos dessa equação surge o interesse legítimo. Não há, propriamente, uma diferença essencial, e sim, uma diferença em termos de intensidade quanto à proteção estatal: enquanto os direitos subjetivos se beneficiam de uma proteção máxima, e os interesses simples são praticamente “desconhecidos”, os interesses legítimos se apresentam a meio caminho: embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis *erga omnes*, beneficiam de uma proteção limitada, ao menos no sentido de não poderem ser ignorados ou preteridos¹⁶.

16 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O interesse legítimo do INSS já seria capaz, por si só, de propiciar o ajuizamento de uma ação civil pública por parte do Instituto. Seria, portanto, uma daquelas situações em que atuaria por prevenção, mas na via judicial.

Por outro lado, a autarquia previdenciária federal possui um direito subjetivo de buscar, mediante a chamada *ação regressiva*, o ressarcimento daquilo que despende sob a rubrica de benefícios acidentários. O fundamento legal desse direito encontra-se implicitamente na Constituição da República, quando esta prevê que é direito social, destinado ao trabalhador, *seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa* (art. 7º, inciso XXVIII). No que interessa de perto, o art. 120 da Lei nº 8.213/91 (RGPS) prevê que *nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis*, sendo a isso acrescentado que o *pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem* (art. 121, RGPS).

Em resumo, o quadro é o seguinte: quando ocorre um acidente do trabalho, cabe à Previdência Social arcar com a despesa do respectivo benefício previdenciário. A empresa fica com a responsabilidade de indenização por perdas e danos, em relação ao empregado, bem como ao ressarcimento das despesas ao Estado, em relação à Previdência Social. É deste caso que se cuida aqui: ação regressiva.

Essa, portanto, é uma ação com fins ressarcitórios que, exercida, será proposta em face da empresa que atuou com dolo ou culpa. É uma demanda com objeto patrimonial, indenizatório, ressarcitório, bem diferente daquele que pode ser verificado numa eventual ação civil pública que subsidie um interesse legítimo do INSS. O objetivo, neste caso, é a recomposição do patrimônio público em sentido *lato*.

É cediço que existe uma relação jurídico-tributária, da empresa e do trabalhador para com o Estado Fiscal, concorrente com a relação de supremacia especial mantida entre os segurados e a Previdência Social, personalizada no INSS. Relações jurídicas múltiplas e convergentes, portanto. Todavia, deve-se afastar o argumento segundo o qual existe um pagamento para as despesas geradas com aquele sinistro. Essa situação deve ser entendida sob uma ótica global político-jurídica. Se, por um lado, existe uma relação tributária, e, portanto, compulsória,

determinada pelo art. 195, I e II, da Constituição do Brasil, por outro, é certo afirmar que o ressarcimento buscado por meio da ação regressiva previdenciária está fundada na responsabilidade civil. Não se confunde, pois, com a responsabilidade tributária. Aquela decorre de uma relação de supremacia geral entre o Estado e a empresa culposa; esta, de relação de supremacia especial, de poder disciplinar estatal.

A empresa causadora do dano ao Estado não mantém uma relação especial com este. E essa é a razão pela qual deve o INSS buscar não só a declaração de seu direito ressarcitório, mas também o efeito condenatório na via judicial. Não é possível, aqui, à autarquia previdenciária, formar título executivo extrajudicial, por meio de inscrição do crédito em dívida ativa, e cobrar o valor devido por meio de demanda executória.

5 ATUAÇÃO DO INSS E DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

Este ponto merece iniciação por meio de uma citação de ordem sócio-política, que expressa uma preocupação com a inação do Estado, de uma maneira geral, no controle de danos ambientais gerais e em relação à efetivação da democracia. Assim, OLIVEIRA, SANTOS, PIRES e TIEPPO (2002) destacam que

[...] o controle dos riscos inerente à sociedade moderna, principalmente, o controle dos danos ambientais, só será possível com uma atuação efetiva das instituições sociais [acrescente-se: e estatais]. Neste caso, quebrar o ciclo de desestímulo, através das reestruturações propostas, ocasionará maior participação da sociedade civil, aperfeiçoando a democracia em nosso país. Entretanto, a manutenção dessa situação, em que os direitos mínimos não são respeitados, intensificará o sentimento de injustiça que trará graves problemas de legitimidade ao constituinte e do próprio regime democrático¹⁷.

A preocupação dos autores citados é legítima e oportuna. Não obstante, o quadro atual já não mais se circunscreve a uma situação de inação.

O Governo Federal, no ano de 2008, editou um ato que, sem dúvida alguma, está na direção da temática aqui proposta, consciente ou inconscientemente. Cuida-se da Portaria Interministerial MPS/MS/MTE nº

17 OLIVEIRA, Márcia Gomes de. PIRES, Marcelle Dias. SANTOS, Fábio Roberto de Oliveira. TIEPPO, Thiago Raoni M. *in* Tutela ambiental e sociedade de risco. MADEIRA FILHO, Wilson (Org.). *Direito e justiça ambiental*. Niterói: PPGSD/UFF, 2002.

152, de 13 de maio de 2008, que instituiu uma Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho, com o objetivo de avaliar e propor medidas para implementação, no País, da Convenção nº 187, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que trata da Estrutura de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho (art. 1º). A essa Comissão compete (art. 2º):

I – revisar e ampliar a proposta da Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador - PNSST, elaborada pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial nº 1.253, de 13 de fevereiro de 2004, de forma a atender às Diretrizes da OIT e ao Plano de Ação Global em Saúde do Trabalhador, aprovado na 60ª Assembléia Mundial da Saúde ocorrida em 23 de maio de 2007;

II- propor o aperfeiçoamento do sistema nacional de segurança e saúde no trabalho por meio da definição de papéis e de mecanismos de interlocução permanente entre seus componentes; e

III - elaborar um Programa Nacional de Saúde e Segurança no Trabalho, com definição de estratégias e planos de ação para sua implementação, monitoramento, avaliação e revisão periódica, no âmbito das competências do Trabalho, da Saúde e da Previdência Social.

A Comissão deve elaborar relatórios semestrais e submetê-los aos Ministros de Estado signatários (§ 8º, art. 3º).

Certamente, isso é um reflexo da preocupação com a saúde do trabalhador, de forma imediata, mas também com o patrimônio público. A presença do Ministro da Previdência Social é sintomática. Quando da assinatura dessa Portaria Interministerial, o

Ministro da Previdência informou que, em 2006, ocorreram no Brasil 503.890 acidentes do trabalho, que resultaram na morte de mais de 2,7 mil trabalhadores e a incapacitação permanente de 8,3 mil pessoas. Além do drama para os trabalhadores e seus familiares, ressaltou que acidentes e doenças do trabalho custam, por ano, R\$ 10,7 bilhões aos cofres da Previdência Social, que paga auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadorias e outros benefícios. A área de saúde também tem um gasto significativo, com atendimento médico, internações e reabilitação¹⁸. Os prejuízos são alarmantes, em todos os sentidos.

18 Informações divulgadas no sítio virtual do INSS <<http://www.inss.gov.br>>. na data de 13/05/2008, sob o título "Saúde e Segurança: Ministros querem reduzir acidentes de trabalho".

Paralelamente a essa atuação, a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, vem intensificando o ajuizamento de ações regressivas previdenciárias. Do ano de 1991 até hoje, foram ajuizadas 1000 (mil) demandas regressivas, buscando a satisfação ressarcitória de valores na ordem de 80 (oitenta) milhões de reais. Segundo informação extraída do sítio virtual “Procuradores da Cidadania”, em acesso realizado na data de 23 de novembro de 2009, aferível através do link <<http://procuradoresdacidadania.blogspot.com/2009/10/agu-chega-milesima-acao-regressiva.html>>.

Apenas no ano de 2009, foram ajuizadas 398 ações. Esse número corresponde a 40% das ações ajuizadas desde 1991, ou seja, em 17 anos foram 602 ações. As áreas que apresentam maior índice de acidentes de trabalho são: 38% construção civil; 22% agroindústria; 8% energia elétrica; 7% metalurgia; 5% indústria calçadista; 5% mineração; 4% indústria moveleira; e 11% outros.

Se os números ainda não são satisfatórios, considerando o custo representado por cifras astronômicas com benefícios acidentários, é possível vislumbrar que num futuro próximo o patrimônio público estará recomposto e, além disso, como essas medidas judiciais têm caráter também educativo, as próprias empresas iniciarão um processo de melhoria no ambiente de trabalho, seja para a proteção da saúde do trabalhador, seja com vistas à diminuição dos gastos com demandas indenizatórias propostas pelo INSS. Some-se a isso, também, a evolução da atuação preventiva pelos órgãos estatais e não estatais, que não escapa da intenção primordialmente pedagógica.

6 CONCLUSÃO

A promoção de um meio ambiente do trabalho com qualidade alcança dois objetivos básicos: (1) a proteção à incolumidade física e mental do trabalhador, quer encarado individualmente, quer coletivamente ou, ainda, sob o aspecto difuso, e (2) a proteção do patrimônio público. Essa atuação pode ocorrer de forma preventiva, nos âmbitos judicial ou extrajudicial, hipótese em que vários atores estatais ou não estatais envidarão esforços para qualificar o ambiente de trabalho a fim de evitar acidentes, ou por meio de ações judiciais, com pedido de tutela inibitória ou de ressarcimento por danos causados ao patrimônio público, de forma a recompô-lo.

Essas medidas, uma vez efetivadas com sucesso, retratarão um enorme avanço social, pois darão concretude a um dos fundamentos mais caros aos Estados Democráticos de Direito: a cidadania.

REFERÊNCIAS

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Márcia Gomes de. PIRES, Marcelle Dias. SANTOS, Fábio Roberto de Oliveira. TIEPPO, Thiago Raoni M. *in* Tutela ambiental e sociedade de risco. MADEIRA FILHO, Wilson (Org.). *Direito e justiça ambiental*. Niterói: PPGSD/UFF, 2002.

SANTOS JR., Humberto Adami; LOURES, Flávia Tavares Rocha. *In* O papel fundamental do advogado na aplicação da Justiça Ambiental e no combate ao Racismo Ambiental. MADEIRA FILHO, Wilson (Org.). *Direito e Justiça Ambiental*. Niterói: PPGSD/UFF, 2002.

SOUZA NETO, Nilson Soares de. Os conceitos de Natureza e Homem na nova ordem jurídica ambiental. Resenha crítica que consta da obra coletiva *Direito e Justiça Ambiental*, org. por Wilson Madeira Filho. Niterói: PPGSD/UFF, 2002.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. *In* TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *A reforma da previdência social. Temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Previdenciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

BRASIL. Portaria Interministerial MPS/MS/MTE nº 152, de 13 de maio de 2008. Institui a Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho, com o objetivo de avaliar e propor medidas para implementação, no País, da Convenção nº 187, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que trata da Estrutura de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho.

SÍTIOS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br>>.

BRASIL. Google. Disponível em: <<http://www.google.com.br>>.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Procuradores da Cidadania. Disponível em: <<http://www.procuradoresdacidadania.com.br>>.

PARECER Nº 12/PGF/EA/2010

Estanislau Viana de Almeida
Procurador Federal

EMENTA: CCAF. Conciliação. DNPM. FUNAI. Demarcação de terras indígenas. Início dos efeitos jurídicos. Natureza declaratória. Situação preexistente. Petição nº 3.388-4/RR (“Raposa Serra do Sol”). Jurisprudência e doutrina. Decreto presidencial. Homologação. Orientação normativa. PARECER/PROGE nº 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA. Bloqueio provisório. Interpretação do artigo 42 do Código Minerário (analogia).

INTERESSADOS: Procuradorias Federais junto ao DNPM e FUNAI

PROCESSO: 0400.002165/2009-50 (*01 anexo com 03 volumes*)

EMENTA: CCAF. Conciliação. DNPM. FUNAI. Demarcação de terras indígenas. Início dos efeitos jurídicos. Natureza declaratória. Situação preexistente. Petição nº 3.388-4/RR (“Raposa Serra do Sol”). Jurisprudência e doutrina. Decreto presidencial. Homologação. Orientação normativa. PARECER/PROGE nº 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA. Bloqueio provisório. Interpretação do artigo 42 do Código Minerário (analogia).

PARECER Nº 12/PGF/EA/2010.

Senhor Adjunto de Consultoria,

1 Está em curso na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF o procedimento nº 0400.005891/2008-43, o qual tem por objeto dirimir controvérsia entre a FUNAI e o DNPM, a qual assim pode ser resumida:

1. Passando à análise do caso em tela, desde a década de 70 do século passado, a empresa VALE DO RIBEIRA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MINERAIS S.A. - pratica extração de areia, por concessão do DNPM. Ocorre que, desde a publicação do despacho 202 da sua Presidência (Doc. 1), a FUNAI posicionou-se contrariamente à atitude deste DEPARTAMENTO.

2. Conforme relatado no início deste memorando e como se depreende da documentação em anexo, verificam-se os seguintes pontos de divergência:

(i) Em relação às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a FUNAI, com arrimo no artigo 231 da Constituição Federal, artigo 25 da lei 6.001/73 e no instituto do indigenato, entende que o procedimento administrativo de identificação e delimitação é meramente declaratório, sendo conferidas a essas terras - compreendido aqui o solo e subsolo - toda a

proteção constitucional independentemente de demarcação; por sua vez, o DNPM, tomando isoladamente o decreto 1.775/1996, assevera que 'antes do Decreto Presidencial que homologue o procedimento demarcatório, não há falar em terras indígenas em sua acepção legal' (Doc. 5, fl. 8).

(ii) Em relação à mineração na Terra Indígena de Piaçaguiera, a FUNAI, com fundamento nos artigos 176, § 1° e 231, § 3° da Constituição Federal, entende-a inconstitucional, pois os artigos citados são de eficácia limitada, carecendo ainda nos dias atuais de regulamentação; já o DNPM, com base no artigo 176, caput da Constituição e na legislação minerária pertinente, entende plenamente constitucional a atividade dentro dos limites da área indígena, não havendo qualquer menção mais aprofundada a respeito dos artigos 176, § 1° e 231, § 3° da CF.

(iii) Em relação aos Decretos de Lavra expedidos em benefícios da empresa mineradora, ainda em vigor (Doc. 6), a FUNAI, com fundamento no artigo 231, § 6° da Constituição, entende que, a partir do momento que se tem ciência da condição indígena da terra para a qual se concedeu o direito de posse direta com o fim de lavra, tal concessão é nula, pois os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas - solo e subsolo - não produzem efeitos jurídicos; ao passo disso, o DNPM, indicando o artigo 5°, inciso XXXVI e o artigo 6° da LICC, sustenta a condição de ato jurídico perfeito dos Decretos expedidos, dizendo existir um direito público subjetivo da empresa mineradora, oponível a terceiros.

3. Visto isso, resta cristalino o dissenso entre dois entes da UNIÃO sobre uma mesma questão. Essa contenda já está posta ao Judiciário, por meio da ação civil pública (Doc. 7) intentada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - autos n° 2007.61.04.009574-1 - em trâmite perante a 4ª Vara Federal da Subseção de Santos/SP, figurando a FUNAI como assistente da parte autora. (cf. cópia de fls. 8-9 do processo n° 0400.005891/2008-43)

2 Princípiosam-se algumas reuniões na CCAF com os respectivos interessados; todavia, no decorrer dos encontros percebeu-se a necessidade de atuação consultiva da PGF no feito, oportunidade em que foi solicitada a presente manifestação jurídica:

1. Considerando os encaminhamentos contidos no Termo de Reunião nº CCAF-CGU-AGU 010/2009-SRG, bem assim o entendimento desta Consultoria-Geral da União, firmado no Despacho do Exmo. Sr. Consultor-Geral da União nº 385/2005, anexos, solicito a V.Exa. a gentileza dessa Procuradoria-Geral Federal manifestar o entendimento jurídico quanto ao marco jurídico para o reconhecimento de terra indígena para o efeito de medidas administrativas tendentes à conciliação de interesses entre entes da Administração Federal indireta dotados de representação dessa PGF.
2. Esclareço que o processo em referência diz respeito à sobreposição de interesses entre a FUNAI e o DNPM, no Município de Peruíbe, concernente à área com autorização de lavra mineral desde 1956 e a configuração atual de estudos para delimitação da Terra Indígena Piaçagüera[...] (cf. fls. 01)
3. É o que importa relatar.
4. Como visto, apenas se está a questionar qual é o *marco jurídico para o reconhecimento de terra indígena para efeito de medidas administrativas*.
5. Antes de tudo, assim está na CF/88:
 - Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
 - § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
 - § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
 - § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso

Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

6 Logo, não é crível uma defesa indigenista extrema e calcada em entendimento firmado sob ainda sob a égide da Constituição anterior (*CF/1969*), a qual assim estipulava:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

7 De modo que, mesmo utilizando-se atualmente o estatuto indígena (*Lei nº 6.001/73*¹), a sua aplicação e interpretação deverá, por certo,

1 Art. 25: "O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e

seguir a compreensão firmada pelo atual ordenamento constitucional (*interpretação conforme*), sob pena de comprometimento do próprio Estatuto do Índio, o que não se pretende.

8 Daí porque, e não sem razão, entre outros aspectos, o Supremo Tribunal Federal ter, por exemplo, editado a Súmula nº 650, com o seguinte teor:

Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

9 Mas não é só.

10 Trago, ainda, à colocação que o tema demarcação de terras indígenas foi objeto de recente apreciação pelo Pretório Excelso quando do julgamento da Petição nº 3.388-4/RR, no caso que ficou conhecido como “Raposa Serra do Sol”, momento em que várias diretrizes foram traçadas, muito embora sem efeito vinculante, haja vista não ser hipótese de controle concentrado.

11 Colhe-se da ementa:

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das ‘fazendas’ situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência

será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.”

e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol'. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as 'imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar' e ainda aquelas que se revelarem 'necessárias à reprodução física e cultural' de cada qual das comunidades étnico-indígenas, 'segundo seus usos, costumes e tradições' (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras 'são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis' (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

12 Verifica-se assim que o Supremo Tribunal Federal definiu que o marco inicial e geral para o reconhecimento de terras indígenas foi estabelecido pelo Constituinte Originário quando da promulgação da Carta Maior.

13 Entretanto, mister advertir que não é qualquer forma de ocupação aborígene ou mesmo a alegação de sua existência que confere os direitos indígenas às pretensas terras, uma vez que, em se admitindo essa situação como premissa absoluta, permitir-se-á a ilação de que qualquer área do território nacional, quando alegada pelo indigenato, será sempre demarcável, o que não é escorreito.

14 Diante disso, necessário seguir inteiramente o rito estabelecido pelo Decreto nº 1775/96, que regulamenta o procedimento de demarcação indígena e que tem as seguintes fases²:

2 <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/INDIO2.HTM>

- *Identificação* – que consiste na elaboração pela FUNAI da proposta de criação de uma área indígena, a partir da localização de um grupo específico e da realização de estudos etno-histográficos, demográficos e sociológicos e do levantamento cartográfico e fundiário da região onde se encontram. A proposta da FUNAI é publicada, e terceiros interessados têm noventa dias para apresentar suas eventuais objeções, com todas as provas de que dispuserem. Havendo contestações, a FUNAI elabora parecer, e encaminha a proposta de demarcação, devidamente instruída, à aprovação pelo Ministro da Justiça;
- *Demarcação* – aprovando a proposta da FUNAI, o Ministro da Justiça baixa portaria declarando a área de ocupação indígena e a manda demarcar com a colocação física de sinais de delimitação. Essa é a etapa que envolve maiores custos operacionais, tendo em vista sobretudo a longa extensão do perímetro das áreas a demarcar. Durante o procedimento de demarcação, o órgão fundiário federal deve proceder ao reassentamento dos ocupantes não-índios;
- *Homologação* – que consiste na ratificação formal do procedimento de demarcação e dos limites da área indígena mediante a expedição de decreto pelo Presidente da República. As áreas homologadas são registradas como propriedade da União em livro próprio na Secretaria do Patrimônio e no cartório da comarca em que se localizam;
- *Regularização fundiária* – que consiste na completa desintrusão das áreas da presença de ocupantes não-índios, e o saneamento das freqüentes pendências judiciais envolvendo títulos de propriedade incidentes sobre as áreas indígenas e a manutenção de posse por terceiros.

15 Verifica-se dos autos nº 0400.005891/2008-43 (*em anexo*) que o rito acima mencionado foi seguido, *mas não concluído*, visto que apenas a primeira das quatro etapas foi cumprida (*Identificação*).

16 Apenas com isso não é possível conceber que terras demarcáveis em que somente foram realizados os estudos etno-histográficos, demográficos, sociológicos e o levantamento cartográfico e fundiário, *por si só*, já permitam considerar existir uma área indígena, mas, sim, *e eventualmente*, uma área de interesse para a proteção possessória para fins de terra indígena.

17 Todavia, também não pode ser afastada a ideia de que, diante do atual ordenamento constitucional, a demarcação tem natureza declaratória e não constitutiva, eis que é um ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente.

18 Esse entendimento é o assente na Jurisprudência Nacional, à qual é capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal e ainda perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais Regionais Federais:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente ‘reconhecidos’, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF). (Petição nº 3.388/RR, Relator Ministro Carlos Britto, Plenário, DJ/I de 25/09/09)

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório. Assim entendido, não se pode falar em perda ou restrição da propriedade por parte de quem nunca a teve. (REsp nº 1.097.980/SC, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ/I de 01/04/2009)

Consoante determinação de ordem constitucional, as terras tradicionalmente indígenas devem ser objeto de demarcação pela União. Assim, uma vez identificadas e delimitadas essas terras indígenas são demarcadas mediante ato de caráter declaratório, que não tem efeitos constitutivos nem desconstitutivos. Tudo isso se dá por intermédio de procedimento previamente estabelecido, no curso do qual a Administração reúne os elementos de prova da ocupação tradicional da terra por índios, dimensiona esta ocupação tradicional por meio de mapas e memorial descritivo e oficializa sua delimitação, com a emissão de declaração administrativa, consubstanciada na homologação, mediante decreto do Chefe do Poder Executivo. Culmina na colocação de marcos de limites da terra então delimitada. (TRF-1ª Região – REO nº 96.01.49190-2/

RR, Relator Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, DJ/I de 10/10/2001)

19 A doutrina também não destoa:

[...] a declaração de referida terra indígena é decorrente do direito originário dos Sateré-Mawé previsto na Constituição, possuindo o ato demarcatório apenas efeito declaratório, isto é, o direito à terra dos índios é congênito, devendo este ser assegurado pelo Estado, independentemente de qualquer demarcação.³

20 Por isso, só a partir do ato de demarcação (2ª fase), previsto no procedimento descrito no Decreto nº 1775/96, é que se deve reconhecer que há uma situação de “*proteção especial*” que tem baldrame na própria natureza declaratória do instituto administrativo da demarcação⁴, que é anterior ao ato administrativo final – Decreto Presidencial⁵– homologatório.

21 Mas essa necessidade de “*proteção especial*” ainda não tem o condão de autorizar integralmente o intento perseguido pela FUNAI, de que, ao se reconhecer essa situação jurídica diferenciada (*natureza declaratória preexistente*), deve-se também, e automaticamente, apagar um ato-fato jurídico igualmente relevante, vale dizer, de que – *no caso dos autos* – existe uma atividade empresarial até então regular (*mineração*). Atividade essa que somente será completamente incompatível após a regular demarcação⁶.

22 Por isso que, em se considerando o entendimento segundo o qual a Constituição Federal de 1988 teria reconhecido os direitos

3 FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. In *Os Recortes na Terra dos “Filhos do Guaraná”*: implicações jurídicas das sobreposições de unidades de conservação na terra indígena andirá-maraú.

4 “*Delimitada a área de propriedade do impetrante como integrante da Terra Indígena Kayabi, compete à FUNAI zelar pela sua integridade* [...]”. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira” (TRF-1ª Região – AMS nº 2001.36.00.008004-3/MT – Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – DJ/II de 19.04.2004, pág. 58 - grifo nosso).

5 Art. 5º, do Decreto nº 1.775/96: “A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.”

6 Art. 231, § 6º, da CF/88: “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.”

indígenas e não apenas lhes outorgado, forçoso separar o marco jurídico da demarcação de terras indígenas, no caso, em 03 (três) momentos distintos.

23 Isto porque emana dos autos que desde o final dos anos 50 (*cinquenta*) há uma atividade de mineração devidamente regular (*autorizada pela autoridade competente*) e é justamente nesse local que agora se pretende demarcar terras autóctones, por isso a aludida “*proteção especial*” deverá observar a razoabilidade, sob pena de afrontar direitos de terceiros que diretamente poderão ser afetados pela demarcação que ainda não foi finalizada.

24 *O primeiro momento* tem lugar a partir do instante em que o Presidente da FUNAI acolhe e publica a proposta de identificação de determinada extensão de terra, uma vez que com este ato administrativo o Estado Brasileiro já sinaliza de forma oficial e técnica que essa área tem aptidão para ser uma futura terra indígena.

25 Melhor esclarecendo: é prudente afirmar que já se tem como previsto qual será o futuro perímetro aborígene e, desse modo, estará o aparato administrativo indígenista apto a buscar conservar, *ainda que de forma incipiente*, alguns desses direitos. Desse modo, tem-se por necessário que o DNPM sobreste imediatamente a novos pedidos de licenças/concessões que vierem a ser protocolados.

26 *O segundo momento* ocorrerá a partir do próprio ato de demarcação (*2ª fase do procedimento*), previsto no procedimento descrito no Decreto nº 1775/96, pois com a publicação da demarcação pelo Ministro da Justiça as terras já estão efetivamente demarcadas (*juridicamente*), e assim se efetivam diversos atos concretos, tais como: colocação física de sinais da delimitação e o reassentamento dos eventuais ocupantes não-índios; porém, ainda é pendente o decreto homologatório final; razão porque, para os procedimentos já em curso no DNPM e anteriores à Portaria de Identificação da FUNAI, os pedidos de novas licenças/concessões também deverão ser sobrestados até que o Decreto Presidencial se materialize, e as autorizações/concessões já deferidas deverão ser suspensas.

27 *O terceiro e último momento* é quando finalmente edita-se o decreto presidencial de homologação, o qual, por certo, não conduz a maiores controvérsias, convalidando-se então as suspensões havidas até então, seja da análise de novos pleitos, seja das autorizações/concessões deferidas também suspensas.

28 Outrossim, urge destacar que esse decreto previsto no artigo 5º do Decreto nº 1.775/96 consubstancia-se em ato administrativo meramente homologatório, *de simples controle e notadamente político*, e essa “...homologação não permite alterar o ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem a praticou”⁷, por esse motivo, é possível lançar mão do proceder acima descrito (*divisão dos marcos jurídicos antes da homologação*).

29 Essa prática diferenciada encontra respaldo, *por analogia, inclusive*, em orientação normativa baixada pelo Presidente do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, quando aprovou o PARECER/PROGE nº 500/2008-FMM-LBTL-MP-SDM-JA, com força normativa.

30 Citado parecer abordou o conflito instaurado entre duas atividades às quais seriam de coexistência inviável (*exploração de recursos minerais e energia*), momento em que se interpretou o artigo 42 do Código de Mineração⁸ e se estabeleceu a possibilidade de realizar bloqueios provisórios nos procedimentos administrativos em curso no DNPM, cujo objeto era obter autorização para a atividade minerária. Para tanto, transcreve-se trecho da aludida manifestação jurídica, *na parte que interessa*:

17. O artigo 42 do Código de Mineração tem a seguinte redação:

‘Art. 42 A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.’

18. *O dispositivo transcrito acima trata de uma hipótese excepcional, em que o Poder Públicos, analisado o caso concreto, verificar que determinada atividade minerária não atende ao interesse coletivo, seja*

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 186.

8 “A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.”

por ser considerada prejudicial ao bem público, seja por se entender que sua realização compromete interesses que superem a utilidade da exploração mineral.

19. A leitura do artigo 42 do Código de Mineração nos permite concluir que sua aplicação nas hipóteses de conflito entre as atividades de exploração de recursos minerais e de geração e transmissão de energia exige o atendimento, no caso concreto, a dois requisitos cumulativos e sucessivos, quais sejam: (a) a incompatibilidade entre as atividades e (b) superação da utilidade do aproveitamento mineral na área pelo interesse envolvido no projeto energético.[...]

[...]

(A) **PRIMEIRO REQUISITO:** incompatibilidade entre as atividades

21. Apesar de não constar expressamente do dispositivo legal, a incompatibilidade entre as atividades é um *requisito essencial* para a aplicação do art. 42 do Código de Mineração, uma vez *só haverá conflito entre as atividades minerária e energética se a coexistência de ambas for efetivamente inviável.*

23. *Assim, a interpretação a ser dada ao art. 42 deve ser, nesse aspecto, extensiva, de modo a abarcar o indeferimento de outros requerimentos e a revogação de títulos minerários menos robustos, como permissões de lavra garimpeira, autorizações de pesquisa, dentre outros. Afinal, independentemente do tipo do requerimento ou do título minerário envolvido, todo o processo minerário visa à futura realização de lavra de recursos minerais. Além disso, há que se considerar o fato de inexistirem direitos absolutos no âmbito do arcabouço normativo brasileiro.*

(B) **SEGUNDO REQUISITO:** superação da utilidade do aproveitamento mineral na área pelo interesse público envolvido no projeto energético

29. A exigência de que o interesse envolvido no projeto energético supere a utilidade do aproveitamento mineral decorre da literalidade da redação do art. 42 do Código de Mineração.

30. *Nesses casos, a definição do interesse preponderante na área será realizada 'a juízo do Governo'. Portanto, a análise desse requisito deverá ocorrer caso a caso, considerando os diversos interesses, valores e fatores*

envolvidos, como as prioridades da política governamental, o impacto no âmbito das comunidades regionais, a rigidez locacional própria da jazida mineral, demanda existente pelo minério na área, dentre outros[...]

[...]

31. De fato, *a análise deverá ser feita mediante critério de conveniência e oportunidade*. Na verdade, a expressão ‘a juízo do Governo’, somada ao ‘interesse nacional’ referido no parágrafo 1º do art. 176 da Constituição Federal, indica a existência de certa abertura na legislação para a realização, pelo Poder Público, de uma análise *discricionária* da outorga do título minerário, sopesando o interesse envolvido na atividade minerária com outros valores igualmente relevantes.

32. Obviamente que a discricionariedade, no caso, *é restrita*, sendo a negativa para a realização da atividade minerária hipótese excepcional, a ser devidamente justificada pelo poder concedente.
[...]

IV. PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE BLOQUEIO DE ÁREAS:

36. Por inexistir legislação específica sobre o tema, o processamento dos pedidos de bloqueio de áreas deve seguir as regras da Lei nº 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

[...]

4.3 Bloqueio Provisório:

43. O requerimento deverá ser apresentado exclusivamente no protocolo do DNPM em Brasília, onde será devidamente autuado. Em seguida, os autos serão encaminhados ao Diretor-Geral do DNPM que, se assim julgar pertinente, determinará a *suspensão imediata* da análise dos autos que se enquadrem nas seguintes hipóteses:

- (a) *processos minerários a serem instaurados*, que tenham por objeto a outorga de direito minerário interferente com a área objeto do pedido de bloqueio, mediante despacho a ser publicado no Diário Oficial da União – DOU; e

(b) *processos minerários já instaurados*, que, identificados em estudo de georrefenciamento a ser realizado pela Diretoria de Outorga e Cadastro Mineiro do DNPM – DICAM, interfiram com a área objeto do pedido de bloqueio, mediante despacho a ser juntado aos autos dos referidos processo e encaminhado por ofício, com aviso de recebimento, ao interessado.

44. Deve-se ressaltar que a determinação de bloqueio provisório da área depende da comprovação nos autos da legitimidade do requerente como interessado. Além disso, o requerimento deverá se mostrar plausível e verossímil em uma análise preliminar. Caso contrário, o DNPM deverá intimar o requerente a apresentar novos documentos e informações, sob pena de indeferimento do pedido de bloqueio, nos termos dos artigos 39 e 40 da Lei nº 9.784/99.

45. As providências descritas acima têm amparo legal e justificam-se como medidas de prudência, recomendáveis em razão da dimensão do projeto a ser implementado e da alta probabilidade de realização de atividade especulativa na área. *Ademais, essas medidas têm caráter provisório, devendo perdurar somente enquanto não proferida decisão definitiva quanto ao mérito do pedido, e são reversíveis. Assim sendo, caso o pedido de bloqueio seja, ao final, indeferido ou deferido apenas parcialmente, a área poderá (ser) desbloqueada por inteiro ou em parte, não afrontando qualquer direito de terceiros.*

46. *Ressalte-se que a suspensão imediata da análise dos processos a que se refere o item 43 (b) acima não impede a execução das atividades minerárias já autorizadas ou concedidas, mas tão somente a análise dos autos processuais.*[...] (grifo nosso)

31 Entendo que o bloqueio provisório para o caso também se apresenta como uma ferramenta hábil para assegurar os direitos indígenas, haja vista se tratar de situação em que a atividade minerária não atenderia ao interesse coletivo por prejudicial ao bem público (*terras indígenas*) e também porque o interesse público envolvido supera o próprio aproveitamento minerário, na medida em que “*a juízo do Governo*” pretende-se demarcar uma área indígena onde hoje há uma exploração mineral.

32 Pela forma exposta, em termos práticos, teremos o seguinte: uma vez sendo favorável a demarcação (*Decreto Presidencial que ratifica a demarcação*), ocorrerá a automática consolidação do bloqueio

provisório em definitivo, tudo em razão da própria incompatibilidade entre essa atividade minerária dentro da, *agora*, área indígena, pois esta foi declarada ser um bem público da União por excelência⁹ e cuja exploração é inviável, *exceto se cumpridos todos os requisitos constitucionais* (§ 3º do artigo 231 da CF/88).

33 De outro lado, em caso negativo, ou seja, não homologação, suspender-se-á o bloqueio provisório e os procedimentos sobrestados no DNPM voltam ao seu curso regular, sem prejuízo de renovação dos pedidos que foram de pronto obstados ainda na fase de identificação.

34 Por fim, não é demais lembrar que, na hipótese vertente, dentre a salvaguarda dos direitos indígenas não se inclui a percepção dos frutos da mineração atualmente efetivada pela empresa VALE DO RIBEIRA – Indústria e Comércio de Minerais S.A., à míngua de lei que regule o contido no § 3º do artigo 231 da CF/88, que tem a seguinte redação:

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, *na forma da lei.* (grifo nosso)

Sem mais, à consideração superior.

Brasília-DF, 04 de novembro de 2009.

ESTANISLAU VIANA DE ALMEIDA

Procurador Federal

⁹ “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga domínial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.” (RE 183.188, Relator Ministro Celso de Mello, DJ/1 de 14/02/97 - grifo nosso)

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

**NOTAS PARA UM DEBATE ACERCA DOS
LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DE
“POLÍTICAS PÚBLICAS”**

Kaline Ferreira Davi

Advogada da União

Professora de Direito Administrativo

Mestra em Direito Público – UFBA

Doutoranda em Direito Público pela Université Montesquieu Bordeaux IV- France

SUMÁRIO: Introdução; 1 Separação de Poderes e Atividade de Controle dos Atos Políticos Da Administração Pública Exercida Pelo Poder Judiciário; 2 Baixa Densidade Normativa Vinculativa - Reserva Do Possível Como Matéria de Defesa - Mínimo Existencial; 3 As “Políticas Públicas” - Dimensão E Controle; 4 Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em recente acórdão publicado em 16.09.09, o A Egrégia 2. Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, negou provimento ao Recurso Especial N° 1.041.197 - MS (2008/0059830-7), da relatoria do Ministro Humberto Martins, interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul contra decisão que o obrigava a fornecer ao Hospital Universitário de Dourados os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento. A decisão recorrida foi obtida em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público.

A ementa do acórdão ficou assim redigida:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOSEXCEPCIONAIS–DIREITOÀSAÚDE–FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos

direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava

vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.¹

Como pode ser observado apenas da análise da ementa, a decisão do STJ prega a plena efetividade das normas constitucionais e afasta o discurso de alguns juristas que ainda consideram os atos praticados pelo governo como atos insindicáveis em virtude de forte conotação política. A decisão chega a mencionar o controle judicial de políticas

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1041197 /MS. Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, data do julgamento: 25/08/2009, Publicação: DJ 16.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 18 Set. 2009.

públicas, como se realmente fosse esse o objeto da Ação Civil Pública e da decisão proferida.

O acórdão em comento evidencia três questões básicas nas quais se funda e que merecerá análise acurada ao longo desse texto:

1. Separação de poderes e atividade de controle dos atos políticos da Administração Pública exercida pelo Poder Judiciário;
2. Baixa densidade normativa vinculativa, Reserva do Possível como matéria de defesa e mínimo existencial;
3. As “Políticas Públicas”, sua dimensão e controle.

1 SEPARAÇÃO DE PODERES E ATIVIDADE DE CONTROLE DOS ATOS POLÍTICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXERCIDA PELO PODER JUDICIÁRIO

Na lição de Fábio Konder Comparato² esse sistema de *checks and balances* entre os diversos ramos do poder, se consegue impedir o Estado de fazer o mal, também o impede de fazer o bem, pois retira dele a capacidade de empreender. No modelo de Estado Liberal, essa inação do Estado era até desejada, mas, assim que a consciência jurídica universal passou a reconhecer, ao lado dos direitos individuais, também os direitos sociais, esse modelo de freios e contrapesos tornou-se embaraçoso e até mesmo incongruente do ponto de vista ético.

Com o crescimento da sociedade industrial, passou-se a exigir dos poderes políticos tarefas de direção e empreendimento que somente o Executivo □ na tripartição clássica □ tinha condições de exercer, o que gerou o agigantamento do Executivo, que se apoderou parcialmente até da atividade normativa.³

Em verdade a repartição de funções idealizada por Montesquieu, por inspiração aristotélica e lockiana, tem que ser analisada no contexto histórico em que foi idealizada por seu autor, num momento em que o principal objetivo era frear as arbitrariedades do poder absoluto. O

2 COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. *Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1989. p. 61-101. p. 71.

3 COMPARATO, 1989, p. 73.

que se queria era salvaguardar as liberdades individuais por meio da limitação do poder.⁴

Observemos que a motivação central daquela época foi intensamente centrada no controle, tanto que o Poder Judiciário foi considerado por Montesquieu como um poder nulo. Fruto da idéia inspiradora do princípio de que poder detém poder, ao Judiciário caberia tão somente a função típica de conter ou reparar as violações praticadas pelos outros dois Poderes, sendo mais adequado mantê-lo politicamente neutro.

As críticas atuais lançadas ao sistema de separação de poderes advêm dessa herança absolutista que privilegia as potestades em detrimento dos deveres funcionais; e da preocupação em controlar acima de tudo, o que não poderia ser diferente no contexto em que se vivia. Ocorre que a história prosseguiu e o Estado hoje sofre as conseqüências dessa má-formulação político-estrutural no que tange ao desempenho das funções estatais, no que é incongruente e responsável por várias distorções.⁵ Ressaltamos que é impossível subsumir todas as funções do Estado a apenas três principais espécies classificatórias e, mais ainda, atribuir cada uma dessas funções com exclusividade a um desses distintos órgãos-poderes. Para ilustrar, podemos citar o Ministério Público⁶ que, embora seja um órgão estatal, não integra nenhum dos poderes; de outro lado temos a própria atividade de governo que, na condição de suprema atividade diretiva, também não se encaixa perfeitamente em nenhum desses três poderes, ou melhor, está presente nos três poderes indistintamente.⁷

Em seu voto o Min. Humberto Martins demonstra claramente a adoção de posicionamento coerente com a doutrina menos conservadora, que embora respeite a concepção da separação montesquiana de poderes, percebe a necessidade premente de conciliar essa concepção com os anseios do Estado contemporâneo, assim posicionando-se:

[...] Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos

4 SOUZA, W., 2006, p. 159-160.

5 COMPARATO, op. cit., p. 70.

6 Não defendemos a idéia de que o Ministério Público formaria um quarto poder, mas sim que sua existência comprova a insuficiência e inadequação da tripartição de poderes, já que a função desempenhada pelo *parquet* ficaria de fora, não se enquadrando exatamente em nenhuma dessas três funções, sem, no entanto, deixar de ser típica função de Estado.

7 ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p.109-129, jul./set. 2001. p.111.

direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Outro ponto importante a ressaltar é que se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contraria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.[...]

Do excerto acima retiramos importantes pontos a destacar: separação de poderes como óbice ao controle judicial de distorções em matéria de atividade política do Estado; a máxima efetividade da força normativa da Constituição.

Cabe esclarecer sobre esses dois aspectos em destaque que a política pressupõe escolha entre alternativas possíveis para alcançar o fim do Estado, cabendo a Administração Pública implementar programas e ações das mais diferentes espécies em busca dessa concretização, o que, num Estado Democrático de Direito Constitucional, terá na Constituição a confluência entre o jurídico e o político.

Afirma Maria Cristina Queiroz⁸ que a pertença da política ao domínio constitucional resolve o problema de sua natureza normativa e de sua titularidade, já que é uma atividade partilhada por *todos os órgãos constitucionais* sem exceção:

A todos os títulos, uma atividade de realização da constituição, que se concretiza e atualiza, além do mais, no contexto das normas diretivas e programáticas como normas jurídicas determinativas dos fins e tarefas gerais do Estado. Estas por seu turno não dizem respeito apenas ao legislador *tout court*, antes se dirigem a todos

8 QUEIROZ, 1990, p. 112-113.

os órgãos constitucionais chamados à importante tarefa da sua concretização e atualização.

Isso quer dizer que a política não se circunscreve apenas a atividade administrativa do Estado, mas também está presente nas funções desempenhadas por todos os outros órgãos constitucionais. Além disso, por estar impregnada da força normativa da Constituição, obriga o Estado.

Analisando o papel desempenhado pela Constituição, Lênio Luiz Streck⁹ considera-a espaço no qual se fundamenta o sentido jurídico do político. Ferdinand Lassale¹⁰ ensina-nos que a Constituição é o espaço em que se fundamenta o sentido jurídico dos fatores reais de poder. Com esta definição, o autor faz referência à existência de duas constituições: a real, caracterizada pelo resultado dos clamores sociais; e a escrita ou jurídica, que precisa refletir os ideais da primeira para ter valor.

Embora pareça um paradoxo sintetizar o pensamento de Ferdinand Lassale e de Lênio Streck, já que o primeiro foi acusado por alguns doutrinadores como um autor que esvaziou o sentido normativo da Constituição e o segundo, ao contrário, é um defensor aguerrido da constituição dirigente¹¹, não consideramos opostas as posições defendidas por cada um deles.

Ferdinand Lassale não acreditava numa norma escrita divorciada da realidade política do povo que é seu destinatário; o que o aproxima de Lênio Streck, que defende uma Constituição dirigente sem afastá-la do nível do cotidiano e também da interação social. Ferdinand Lassale rejeita a possibilidade de uma folha de papel determinar mudanças no mundo fático; Lênio Streck considera a Constituição como documento que *constitui-a-ção* do Estado, estabelecendo uma nova feição para o direito, que não mais protege o cidadão ante o Estado, mas sim implementa mudanças sociais que deverão ser protagonizadas por esse próprio Estado.

A linha comparativa traçada entre esses dois modelos de pensamento supostamente antagônicos permite-nos observar que eles se identificam muito mais do que se contrariam. Quando Lênio Streck defende o papel da

9 Este e outros juristas, a exemplo de Ferdinand Lassale e Lênio Streck, participaram de uma vídeo-conferência coordenada por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

10 LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

11 Titula-se dirigente a Constituição que não se resume a enunciar competências e regular processos, mas, principalmente, estabelece diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, como se fosse um plano global normativo da sociedade e do Estado brasileiro. COUTINHO, op. cit.

Constituição como documento que constitui-a-ção do Estado, não se refere a uma norma que, sozinha e como num passe de mágica, realizará todas as transformações necessárias para que o Brasil tenha toda a sua população vivendo com dignidade humana. Ele acredita que a Constituição pode não se limitar ao que está mais próximo e lançar-se para além da realidade como condição de possibilidade do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade. Essa é a perspectiva *dirigente-compromissária*, que vincula a atividade estatal em todas as suas expressões.

Essas considerações nos permitem entender que a idéia de uma Constituição Dirigente não transforma a Constituição em uma norma auto-executória que prescinde da vontade política e administrativa e da atuação humana, únicas capazes de por em prática as disposições normativas. Ao contrário, valendo-nos da lição de Konrad Hesse¹², verificamos que a força normativa da constituição não se resume apenas à adaptação de uma realidade. A constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas deve representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso, ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a vontade do poder, mas também essa vontade da constituição.

Reforçando esse entendimento, Gilberto Bercovici¹³ afirma que a força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática, que não é nada mais do que a expressão da vontade da Constituição, entendida como integração entre a ordem normativa e a conduta humana.

No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier¹⁴ admite que a Constituição não pode por si só realizar nada, mas pode impor tarefas que somente serão transformadas em ação se existir uma vontade destinada a sua realização. Esta vontade, entretanto, precisa estar presente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

Sem pretender simplificar a complexidade do tema, mas querendo emprestar um cunho didático à questão relativa à política e sua relação com o jurídico, deduzimos, com base na doutrina revisada, que a Constituição é uma norma e tudo o que ela prescreve tem sua mesma natureza, que é normativa, portanto, tudo o que se relaciona à política e foi absorvido pela Constituição passa a ter natureza normativa. Este é um lado da moeda: a natureza jurídica

12 HESSE, 1991, p. 43.

13 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. p. 44.

14 SCHIER, 1999, p. 74-75.

das opções políticas incluídas na Constituição. Contudo as políticas não se iniciam e se finalizam nas normas jurídicas. Admitimos que a política tem suas bases erigidas, num Estado democrático de direito, pelas normas, mas essas são concretizadas mediante processos que contêm atos de diversas categorias e naturezas, unificadas apenas por sua finalidade.

As normas constitucionais estabelecem as premissas materiais, o fundamento e a direção permanente da atuação estatal, mas não substituem as políticas. Segundo Gilberto Bercovici¹⁵, o programa constitucional não tolhe a discricionariedade do governo, “[...] nem impede a renovação da direção política [...]”, mas exige adequação dessa definição de linhas de direção política com os “[...] fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma”.

Nesse sentido, cabe festejar a decisão do STJ. A separação de poderes tenta apartar funções e estabelecer controles recíprocos e equilibrados, jamais servindo para diminuir a força normativa da Constituição que deverá ser plena e impor obrigações passíveis de sanção no caso de descumprimento, não importando quem seja o seu destinatário, o particular ou o Estado. A natureza política das obrigações, quando absorvidas no texto constitucional, conviverá com a natureza jurídica que a Constituição lhe atribuirá, pesando sobre elas todos os ônus, encargos e características de qualquer outra norma de Direito.

2 BAIXA DENSIDADE NORMATIVA VINCULATIVA - RESERVA DO POSSÍVEL COMO MATÉRIA DE DEFESA - MÍNIMO EXISTENCIAL

Na atualidade, o Estado é o principal destinatário das normas constitucionais programáticas, exigindo-se dele ora ação, ora omissão. Tratando-se especificamente das ações estatais para a realização desses direitos, o ponto mais crítico do tema são as decisões acerca de dispêndio de recurso público.¹⁶

A implementação de ações e programas visando efetivar os comandos gerais da ordem jurídica envolve gasto de recursos públicos que são limitados — constatação fática e não jurídica; assim, será preciso priorizar onde gastar o dinheiro público, o que, embora contenha forte caráter político, deve sofrer incidência das normas constitucionais.¹⁷

Sobre a escassez de recursos públicos e a infinidade de carências humanas e sociais, define-se o problema central das escolhas políticas, que é estabelecer

¹⁵ BERCOVICI, op. cit., p. 40.

¹⁶ BARCELLOS, 2005, p. 92-93.

¹⁷ *Ibidem*, p. 11.

critérios racionais para justificar a promoção desigual de distribuição de ativos sociais, que não deve resultar apenas de uma relação de dominação.¹⁸ Desse modo, as políticas devem ter caráter redistributivo compatível com a relação entre os benefícios particulares e gerais, tomando por referência um padrão — para nós a Constituição e o devido processo. Caso essa adequação não se efetive, deverá ser acionado o controle judicial.

Na Constituição Federal Brasileira de 1934 e 1937 constava regra no art. 68 e 97, respectivamente, que impedia o Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas, o que, para Fábio Konder Comparato¹⁹, nunca representou um amesquinamento do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, o que somente poderia ocorrer para aqueles que efetuavam uma hermenêutica pobre do texto constitucional. Apoiando-se em Pontes de Miranda o autor afirma que a declaração de guerra ou a licença para julgar um deputado são atos que refõem inteiramente à competência funcional do Judiciário, mas não estão a salvo do juízo de constitucionalidade para sua prática.²⁰

Ressaltamos que a vedação constante das Constituições de 1934 e 1937 não foi repetida no atual texto constitucional, o que torna desnecessário um esforço hermenêutico para alimentar a idéia de que nossa Constituição não afasta nenhum ato da apreciação do Poder Judiciário.

Oportuno aludir ao Acórdão proferido na ADIn 293-7/600, que negou a reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional, mediante o qual o STF, unanimemente, sustentou a sindicabilidade judicial de todos os atos estatais que repugnem à Constituição, firmando incontestavelmente sua própria competência, sem fazer qualquer ressalva em relação a atos praticados no exercício de competências políticas.²¹

Deduz-se de pensamento por nós defendido²² que a atividade administrativa é toda aquela praticada pela Administração em sentido amplo, esteja ela executando uma lei ou a Constituição; esteja ela lançando as metas superiores do Estado ou executando atos rotineiros; esteja ela representada pelos órgãos de cúpula do Executivo ou pelos órgãos subalternos. A diferença reside apenas numa diversidade de graduação ou intensidade do vínculo estabelecido entre a atuação e a juridicidade.

18 DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 56.

19 COMPARATO, 1997, p. 46.

20 *Ibidem*, v. 2, p. 46.

21 RT, 700:221. 1994, ADIn 293-7/600, rel. Min. Celso Mello.

22 DAVI, Kaline. *A dimensão política da Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

Observemos que, quando se trata de atos corriqueiros da Administração Pública, cogita-se daqueles vinculados à lei infraconstitucional, cujo grau de vinculação da atuação é maior em razão do menor espaço de jogo estabelecido pelas normas hierarquicamente inferiores à Constituição. Quando se trata dos atos de superior gestão da vida pública, cogita-se daqueles vinculados diretamente à Constituição, cujo grau de vinculação da atuação é menor, devido à maior abstração da norma constitucional, toda ela de textura aberta, permitindo um espaço de jogo muito maior.

Sobre esse espaço aberto estabelecido pela Constituição, assinala J.J. Gomes Canotilho²³ que, para além das regras da Constituição, não existe um vazio, mas sim um “[...] espaço de jogo aberto à criatividade prática e estratégica dos jogadores”. A Constituição estabelece as regras desse jogo político, cabendo a seus participantes desenvolverem práticas diversas, variando em intensidade e forma, o que torna possível falar-se em função de direção política — *indirizzo político* —, que se caracteriza essencialmente pela possibilidade de escolha.²⁴

A par dessas conclusões, que apontam para total ausência de diferença axiológica entre atividade administrativa vinculada à lei ou vinculada à Constituição, admitimos que existe uma diferença de grau de vinculação entre a atividade e a norma, o que está relacionado com a natureza dessa atividade — infralegal ou infraconstitucional.

Pra nós, a discricionariedade administrativa é um tema único, decorra ela da lei ou da Constituição. O que admitimos é uma diferença de grau, porquanto a Constituição tem maior abstração normativa, inerente a seu papel no arcabouço normativo, não descendo às minúcias da regulação de uma situação concreta; já a lei é uma norma de maior concreção, haja vista desempenhar uma função reguladora mais próxima do fato e dos agentes. Tal graduação impõe uma *escala decrescente de densidade normativa vinculativa*, iniciando com a vinculação às regras, até chegar na vinculação aos princípios.²⁵

É próprio das atuações estatais que imprimem a direção superior da vida política²⁶ esse baixo grau de densidade normativo vinculativo de suas atividades, pois a discricionariedade é elemento essencial do político; quem direciona a atividade administrativa, priorizando determinados setores em detrimento de

23 CANOTILHO, 1995, p. 222.

24 Ibidem, p. 49-50.

25 BINENBOJM, 2006, p. 206.

26 Ibidem, p. 480-481.

outros, o faz exercendo um juízo de prognose, que é a antecipação do futuro diante da probabilidade lógica.²⁷

A prognose é um juízo de probabilidade, por isso mesmo não se pode falar de certeza e exatidão, quando somente o futuro poderá comprovar o que é realmente provável. Como ela representa uma previsão do que poderá vir a ocorrer, a prognose é elemento essencial em algumas áreas, como na planificação administrativa e em qualquer outra em que os efeitos das decisões administrativas a serem tomadas protraírem-se no futuro.²⁸

Diante do exposto, deduzimos que todas as decisões administrativas que envolvam baixa densidade normativa vinculativa, a exemplo das políticas públicas, programas de governo, planejamentos ou quaisquer outras atividades que concretizem normas constitucionais programáticas, exigem juízo prognóstico por parte da Administração Pública, apresentando algumas singularidades comparadas com a discricionariedade administrativa infralegal ou de mera execução da lei.

A principal peculiaridade da prognose está em seu juízo de validade. Por sua natureza especulativa, ela pode não ser comprovada no futuro, ou seja, ela pode não ter sua potencial probabilidade comprovada, o que não indica sua ilegalidade ou ilegitimidade. Assim, a revisão de um juízo de prognose não tem relação com sua exatidão ou certeza, predicados que não lhe são próprios. Sua sindicabilidade leva em conta a legitimidade em ser considerada como realmente provável, o que significa ter percorrido um caminho que possa garantir uma previsão razoável e possível do acontecimento futuro.²⁹

A título de ilustração, imaginemos um plano econômico que tenha apostado na alta dos juros para desestimular o consumo excessivo e incentivar a poupança. Pode ser que ao final não se obtenha o resultado esperado, mas isso não representará por si só a ilegitimidade da decisão, pois a validade desse juízo de prognose será aferida diante da análise que se fez dos dados disponíveis no momento da decisão, dos métodos utilizados na análise desses dados e da racionalidade, plausibilidade e consensualidade da previsão.

Observemos, neste caso, que a revisão da discricionariedade contida na prognose administrativa guarda uma sutileza muito peculiar em relação à discricionariedade administrativa comum, que é a falta de relação com a finalidade. No caso da prognose, a legitimidade da atuação será aferida diante

27 SOUSA, 1994, p. 115.

28 SOUSA, 1994, p. 116.

29 *Ibidem*, 117.

de critérios relacionados com o procedimento obedecido, já que o resultado poderá nem ser alcançado, e isso não será levado em conta para sua censura.

Diante dessa especial condição da prognose António Francisco de Sousa³⁰ ensina que a problemática do controle tem sua origem no facto de a prognose acusar um *déficit em matéria de racionalidade*. Isto porque, o controle jurisdicional nada mais é do que um exame baseado em padrões racionais de decisão. Assim sendo, “[...] tudo aquilo que na prognose não é racional (défice de racionalidade) escapa ou deveria escapar ao controle jurisdicional.”

Resta evidente diante disso que não se pretende exigir para a validade da prognose a certeza e o acerto absoluto. Deverá ser exigida da Administração a obediência a um *iter* que garanta a todos a identificação da base de prognose utilizada — fatos, dados, variantes ocasionais, graus de probabilidade; também o método utilizado para a formulação do juízo de prognose — na análise científica racional, que aponte para a plausibilidade do resultado. Por fim, exige-se a projeção desse resultado ideal — o específico juízo futuro.³¹

Assim, concluímos³² que resta ao tribunal controlar os seguintes aspectos da marcha da prognose administrativa subordinada diretamente à Consituição: (i) se a autoridade considerou todos aspectos que influenciavam na decisão; (ii) a plausibilidade, a racionalidade e a consensualidade da prognose; (iii) a observância dos valores constitucionais.

Como podemos observar, a prognose e a discricionariedade nela contida não afastam o controle judicial que poderá ser exercido sobre elas, mesmo em se tratando de um juízo de probabilidade, cujo grau de erros e acertos se equivalem; a apreciação só não poderá incidir sobre os elementos que fogem à previsibilidade do agente.

Feitas essas considerações sobre a discricionariedade praticada no juízo de prognose, tão comuns nas atividades administrativas vinculadas às normas constitucionais, cabe neste momento avaliar os limites que se impõem a esta discricionariedade, quando está em jogo a satisfação de um direito fundamental inserido no núcleo intangível da dignidade da pessoa humana.

30 SOUZA, 1994, p. 121.

31 *Ibidem*, p. 117.

32 Os aspectos listados foram baseados diretamente no roteiro estabelecido por António Francisco de Sousa (*Ibidem*), que levou em conta a planificação administrativa decorrente de lei. No nosso caso, analisamos a questão da revisão pelos tribunais de prognose administrativa vinculada diretamente à Constituição.

Muitas foram as inovações impostas pelo fenômeno neoconstitucional para o direito administrativo, sendo oportuno tratar especificamente de um deles neste momento: a incorporação das opções políticas, com ênfase naquelas relacionadas com os direitos fundamentais, núcleo normativo que necessita de especial proteção, além de vincular todos dentro do Estado, inclusive os poderes públicos.³³

A promoção, bem como a proteção desses direitos fundamentais exige ações e omissões estatais. Ana Paula de Barcellos³⁴ exemplifica, citando a liberdade de expressão que, para ser exercida pelo cidadão, deverá contar com a proteção do poder público que, neste caso, terá caráter omissivo de não cercear ou submeter de alguma forma essa liberdade. Já em relação ao direito à educação formal, prestação de saúde ou condições habitacionais, a situação é bastante diversa, pois estes direitos dependem de ações do Estado.

Fixando-nos nas obrigações positivas do Estado, concluímos que todos esses imperativos constitucionais que obrigam o Estado a agir vinculam tanto o Legislativo quanto o Judiciário, mas, especialmente, a Administração Pública, a quem cabe efetivar esses comandos gerais, implementando as ações necessárias para obter o resultado esperado: a satisfação desses direitos fundamentais.

Essas implementações e efetivações concretas do comando normativo envolvem gasto de dinheiro público e os recursos financeiros são escassos. Por isso é preciso realizar uma opção, visando priorizar onde serão investidos os recursos públicos. Neste ponto reside a grande questão envolvendo o direito e a discricionariedade política, pois, embora a Constituição indique os fins a serem perseguidos prioritariamente, ainda não está completamente delimitado até onde a discricionariedade como juízo político de conveniência influencia legitimamente nessas deliberações.³⁵

Somos de opinião que num Estado republicano não existe decisão que possa ser tomada sem compromisso com obrigações jurídico-constitucionais, mesmo que essas decisões estejam atreladas a questões de superior gestão, de fixação de diretrizes ou de planejamento, pois todas elas têm que ser passíveis de aferição quanto a sua eficiência e capacidade, ao menos potencial, para alcançar os resultados previstos constitucionalmente.

Ressaltamos que nas decisões que envolvam os meios aptos para atingir os resultados priorizados, a Administração age com elevado grau de prognose.

33 BARCELLOS, 2005, p. 9.

34 *Ibidem*, p. 9.

35 *Ibidem*, p. 11.

Neste caso, portanto, não se defende a exigência de obtenção efetiva dos resultados, pois poderá não ocorrer, mas exige-se a racionalidade na escolha e o comprometimento com o estatuído constitucionalmente, para que seja possível atestar sua viabilidade.

Essa forma de aferição da legitimidade dos meios escolhidos e de sua aptidão para alcançar o resultado já foi exposta e teve como fundamento básico a obediência a procedimentos como forma de garantir tanto o acesso à informação — necessária para seu controle — quanto para comprovar sua racionalidade.

Neste momento, entretanto, não estamos tratando da escolha de meios para atingir resultados, mas sim de uma opção bem mais difícil: dentre os resultados a serem buscados pelo Estado, principalmente em matéria de direitos fundamentais, quais devem ser priorizados diante da escassez de recurso. Até onde a Administração poderá escudar sua omissão nessa impossibilidade fática e até onde poderá justificar suas escolhas trágicas — investir em determinada área e abandonar outra igualmente indispensável ou investir mais ou menos recursos nesta ou naquela área.³⁶

Em algumas áreas não há opção. Elas são definidas de maneira objetiva pela Constituição Federal de 1988, não cabendo a Administração qualquer espaço para considerações políticas. O art. 212 da CF/88 determina textualmente percentuais mínimos que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão na manutenção e no desenvolvimento do ensino; o art. 198, §2º dispõe sobre o mínimo de receita arrecadada com determinados tributos que deverão ser aplicadas anualmente pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; o art. 195 determina que as receitas obtidas pelas contribuições sociais devam ser investidas no custeio da seguridade social, objetivando assegurar o direito à saúde, à educação e à assistência social, nos termos dos arts. 194 e 195.³⁷

Nos casos em que a Constituição consigna de forma clara e objetiva o *quantum* se deve investir e em quais setores, não há apenas princípios abstratos regendo a matéria, mas sim regras³⁸ de direito que impõem vinculativamente obrigações precisas ao Administrador, a quem não cabe qualquer margem

36 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239.

37 BARCELLOS, 2005, p. 18.

38 As regras são as normas que sempre só podem ser cumpridas ou não cumpridas; elas são mandamentos definitivos, exigindo como forma de aplicação a subsunção e não a ponderação. ALEXI, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 65.

de apreciação política. São essas as situações mais simples no que tange às atividades prestacionais da Administração.

Na maioria das vezes, contudo, a norma constitucional não tem esse elevado grau de vinculação, norteando as escolhas estatais mediante princípios³⁹, o que termina por gerar uma dificuldade na precisão dessas prioridades, dando margem ao exercício de uma suposta discricionariedade por parte do Administrador.

Não obstante essa falsa impressão, mesmo vinculando a atividade estatal mediante princípios, a norma constitucional é imperativa e não deve ser flexibilizada, principalmente em relação aos bens mínimos que devem ser prestados pelo Estado, verdadeiros parâmetros para a exigência de ações e programas, visando sua implementação.

A dificuldade reside em identificar os bens mínimos que não podem deixar de ser ofertados pelo Estado, o que, para Ana Paula de Barcellos⁴⁰, em nada se relaciona com atividade administrativa discricionária, “[...] envolvendo um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que podem ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹ considera que a existência digna está intimamente relacionada com a prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.

Ana Paula de Barcellos⁴² identifica como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana quatro elementos retirados da própria Constituição Federal de 1988, sendo três elementos materiais e um elemento instrumental, todos exigíveis judicialmente de forma direta: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência no caso de necessidade e o acesso à Justiça.

Consideramos a garantia ao mínimo existencial como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º e 3º da

39 Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado tão amplamente quanto possível; eles são mandamentos de otimização, podendo ser preenchidos em graus distintos, a depender das possibilidades fáticas ou jurídicas. ALEXI, 1999, p. 65.

40 BARCELLOS, 2005, p. 257.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.322.

42 BARCELLOS, 2002, p. 258.

Constituição Federal de 1988, que assegura existência digna, sociedade justa e erradicação da pobreza, o que de nada valeria se ao homem como sujeito de direito não fosse salvaguardado um núcleo mínimo de direitos que lhe possibilitasse a sobrevivência como pessoa humana.

A Lei Federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993, no art. 1º, define a assistência social como política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. Também o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e os serviços sociais necessários.

Desta forma, embora não exista um consenso doutrinário sobre as parcelas que integram o mínimo existencial, não há como negar que esse núcleo existe e que ele transforma a baixa densidade normativa imposta pela natureza das normas principiológicas, em estrita vinculação, não cabendo nenhuma formulação de juízos de oportunidade nos casos que envolvam decisão administrativa acerca da satisfação desse mínimo existencial.

Observemos que ao Judiciário cabe prestar a atividade jurisdicional, que é consectário lógico do direito fundamental de acesso à justiça — considerado inclusive integrante do mínimo existencial —, o que não se verifica apenas pelo direito de pleitear algo judicialmente, mas sim de obter uma decisão que atribua a cada um o que é seu.

Segundo ensinamento de Wilson Alves de Souza⁴³, dar a qualquer agente estatal a possibilidade de afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional é claramente negar acesso à justiça.

A decisão do STJ contra a omissão do Estado do Mato Grosso do Sul é um exemplo a seguir em matéria de prestação jurisdicional, não resta dúvida quanto o acerto do Ministro Relator em seus argumentos contra a observância da reserva do possível como matéria de defesa do Recorrido. Nesse caso não há como se argüir insuficiência de recursos públicos para equipar dignamente um hospital universitário que se encontra aberto, prestando serviço de saúde pública à comunidade carente, sem contar com o mínimo indispensável a uma instituição hospitalar. O problema se apresenta quando efetivamente estamos tratando de controle judicial de políticas públicas, o que, *data maxima venia* não acreditamos que ocorreu no caso *sub analise*.

43 SOUZA, 2006, p. 165.

3 AS “POLÍTICAS PÚBLICAS” - DIMENSÃO E CONTROLE

Nesse momento, passaremos a analisar a afirmativa preambular da decisão comentada:

A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

A afirmativa transcrita merece reparo considerando o contexto em que foi proferida. Há um profundo equívoco na decisão do STJ, e que se reitera em muitas outras decisões judiciais de tribunais superiores, diante disso, malgrado a excelência dos argumentos esposados não podemos nos esquivar de tecer crítica, ao costumeiro mau emprego do termo “política pública”.

O vocábulo *política* deriva do latim *politicus*, *política*, *politicum*, cuja raiz vem do grego *polis*, significando cidade. A despeito da precisão na origem etimológica da palavra, nos tempos modernos tem havido uma divergência na delimitação do significado de política. Alguns adotam o conceito de política como eleição dos meios para alcançar os fins do Estado; outros acreditam que a política não se refere apenas aos meios, mas também aos fins; e terceiros relacionam a política com o exame do próprio Estado; há também aqueles que pretendem seja a política uma arte; e há ainda aqueles que pretendem classificá-la como ciência.⁴⁴

Vemos, portanto, que *política* é uma palavra polissêmica e de sentido análogo⁴⁵, pois embora possa apresentar-se com diferentes significados, todos eles guardam entre si certa proporção, uma relação comum. Em todas as correntes que tentam estabelecer um sentido para o termo, há sempre um ponto convergente, que é o estabelecimento de ordem na convivência em comum, sendo a ordem nada mais do que a “[...] exata disposição das partes, pela qual se realiza a unidade na multiplicidade”.⁴⁶

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 101-103.

⁴⁵ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 101), os termos podem ser unívocos, equívocos e análogos. Unívoco é o termo que se refere a uma única realidade. Equívoco é o termo que se refere a realidades completamente distintas, às quais se atribui significados díspares. Análogo é o termo intermediário entre os outros dois, ou seja, ele se refere a realidades diversas, porém seus significados guardam entre si uma semelhança.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 110.

Ensina-nos Celina Souza⁴⁷, PhD em Ciência Política, que não existe uma única ou melhor definição do que seja política pública, mas acrescenta a pesquisadora que todas essas definições assumem uma visão holística do tema, uma perspectiva de que o todo é mais importante do que as partes e de que as instituições, interesses, ideologias envolvidas no processo, sempre contam, mesmo que cada um desses fatores tenha importância relativa diversa. Ao final, resume a autora sobre as políticas públicas:

Em outras palavras, o processo de formulação de políticas públicas é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real.

Partindo desses ensaios sobre a difícil definição de políticas públicas, podemos concluir que ela é um processo complexo, um todo que empresta uma conotação diversa às partes que o compõe, e, se concretizam em programas, ações, projetos. Não podemos minimizar o conceito de políticas públicas ao ponto de rebaixá-la à categoria de qualquer omissão estatal em cumprir uma determinada obrigação social.

Adverta-se que não estamos diminuindo a importância dos direitos sociais, de nenhum deles, contudo, estamos querendo reorganizar os institutos e os conceitos, para que se possa refletir com maior lucidez, e para tanto, voltaremos ao nosso caso concreto, a decisão por nós analisada.

O Hospital Universitário de Dourados estava em pleno funcionamento embora não preenchesse as condições mínimas de prestar dignamente os serviços médico-hospitalares à comunidade, em nome do Estado de Mato Grosso do Sul, vejamos:

No caso concreto, esta obrigação prioritária do estado não vem sendo prestada de forma a satisfazer o comando *constitucional e legal*. Conforme registrou o acórdão recorrido, em razão da demanda e “*da falta de equipamentos médicos-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferece e presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente*”. (grifamos)

47 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa. *Caderno CRH*. Jul.dez.2003, n. 39, p. 12/24.

Verifica-se do disposto que o hospital dependia da ação do Estado para continuar funcionando, ele não tinha leito, não tinha colchões hospitalares nas camas, ou seja, apresentava um quadro de precariedade comum a quase todos os hospitais públicos brasileiros, que, embora criminosamente em funcionamento, não atendem aos preceitos constitucionais nem legais, como resta explicitado na decisão acima transcrita. Existem leis infra-constitucionais que determinam as condições de funcionamento de um hospital, e com certeza, esse e outros hospitais públicos brasileiros não atendem.

Observem que o acerto dessa decisão em relação ao recurso interposto pelo Estado, para nós, esbarra nessa questão: não se trata de controle judicial de políticas públicas, e por várias razões: as condições mínimas de funcionamento de um hospital não é matéria constitucional, portanto não há que se falar nem mesmo em baixa densidade normativa vinculativa; o direito à saúde não se concretiza equipando um hospital universitário, o que se faz através de atividade administrativa rotineira; não se cogita de nenhum plano de ação, programa ou mesmo um todo onde esteja inserida a ação/omissão do Estado.

Quando falamos de políticas públicas, tratamos não apenas de ações estatais dotada de relativo grau de opção política, mas sim, de uma escolha complexa que define os caminhos a serem seguidos em relação a metas estabelecidas na Constituição, como a saúde, educação, urbanização, cultura. Nesses casos a discussão em torno do controle judicial é polêmico e justificadamente duvidoso, pois a adoção dessas políticas públicas exige pesquisa, estudo, conhecimento e informações – diversas, e em diversos campos – político, econômico, social – ou seja, exige uma transversalidade possível para quem está dentro da máquina administrativa, mas de difícil acesso para quem está de fora e atado a limites processuais, principalmente na produção das provas, como é o caso do Judiciário.

Circunstância diferente para o Poder Judiciário, entretanto, é a possibilidade de julgar se um Estado da Federação pode ser condenado a suprir a omissão em aparelhar de maneira minimamente adequada ao funcionamento um hospital público. Não há qualquer justificativa para dúvida quanto à possibilidade, nem dúvida quanto à natureza dessa inação estatal, que em nada se assemelha com política pública de efetivação do direito à saúde, mas sim com omissão de um dever *legal*, ordinário, simples, e portanto, passível de controle judicial como qualquer outro ato ou omissão administrativa.

4 CONCLUSÃO

Percebe-se das considerações aqui tecidas, que o STJ na decisão comentada apresentou argumentos para o controle de Políticas Públicas, mas, efetivamente não exerceu controle judicial de nenhuma política pública. Tal equívoco na concepção do que é política pública é razoavelmente aceitável, pois, como advertiu Comparato⁴⁸, a política pública distingue-se completamente dos elementos da realidade jurídica sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de seus estudos.

Diante da nova realidade, cabe-nos como profissionais do Direito pesquisar sobre políticas públicas buscando respostas em outras ciências, para depois darmos a essa nova categoria a roupagem jurídica e, acertadamente, depois de conhecê-la, verificar a melhor forma de controlá-la.

O STJ por intermédio dos argumentos suscitados, que efetivamente seriam adequados para embasar o controle judicial de políticas públicas, criou um precedente, contudo, ratificou um equívoco e gastou munição pesada contra um alvo de fácil pontaria, o que não podemos nos omitir em pontuar.

5 REFERÊNCIA

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999.

_____. Planejamento e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas. 2.* tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006a.
- _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006b.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de constitucionalidade das Políticas Públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba.* São Paulo: Malheiros, 1997. p. 49-65. v. 2.
- _____. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: BERNARDO, Antonio C. et al. *Brasil, o desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções.* São Paulo: UNESP, 1989. p. 61-101.
- DAVI, Kaline. *A dimensão política da Administração Pública.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.
- _____. *O Direito Administrativo, os atos de Governo e os Direitos Sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo.* Revista do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, Salvador, n. 13, p. 139-154, 2002.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial das políticas públicas.* São Paulo: Método, 2007.
- FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos Atos Administrativos pelo judiciário. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro.* 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo.* 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 1 e 2.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KRELL, Andréas J. *Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LESSA, Pedro. *Do poder judiciário.* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro.* 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo de Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Jus Navigandi*. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública: mecanismos de controle*. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>> Acesso em: 21 out. 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Os atos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do interesses público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.217-246.

SOUSA, António Francisco de. *A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa*. Lisboa: Danúbio, 1987.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. 2006. 423 f. Tese (Pós-Doutoramento em Direito Público) – Universidade de Coimbra, Portugal, 2006.