

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 7, n. 7, 1º/2º sem. 2008



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO
Rodrigo Rabello Vieira

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Rodrigo Marques de Abreu Júdice

MEMBROS
Rodrigo Marques de Abreu Júdice
Bruno Colodetti
Rafael Induzzi Drews
Horácio Augusto Mendes de Sousa

EQUIPE TÉCNICA:
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Mariana Covre de Andrade
Renata Parajara Voss dos Reis
Thalita Dias
Vera Caser

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Rita Diascanio
Projeto gráfico: Contemporânea
Capa: Luis Henrique
Editoração: Bios
Impressão: GSA

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2008. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

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

CDD: 340

Tiragem: 1.500 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Centro de Estudos/Biblioteca

Av. Governador Bley, 236, 7º andar – Centro
29.010-150 Vitória – ES
Fone: (27) 3380-3032
Home page: www.pge.es.gov.br

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

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Paulo César Hartung Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	11
Editorial	13

1 DOCTRINA

1.1 Novíssimas reflexões sobre a necessidade de advogado no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	19
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.2 Aspectos atuais sobre a remessa necessária	53
<i>Rodrigo Klippel</i>	
1.3 Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória.....	93
<i>José Henrique Mouta Araújo</i>	
1.4 Inscrição em dívida ativa: quem deve e quem não deve inscrever	109
<i>Gustavo Sipolatti</i>	
1.5 Panorama das situações jurídicas subjetivas materiais no direito romano pré-clássico e clássico	123
<i>Ricardo Adriano Massara Brasileiro</i>	
1.6 A habilitação técnico-operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade	139
<i>Anderson Sant'ana Pedra</i>	
1.7 O princípio da progressividade no ordenamento jurídico brasileiro	165
<i>Henrique Rocha Fraga</i>	

2 PARECERES

2.1 Contratos de locação dos espaços do Hortomercado de Vitória: limites do exercício do poder de controle do concedente e violação da boa-fé objetiva	193
<i>Robespierre Foureaux Alves</i>	
2.2 Câmara técnica especializada de recursos administrativos e de apreciação de assuntos jurídicos do CONSEMA-ES	209
<i>Luciana Marques de Abreu Júdice</i>	
2.3 Convênio: Ilegalidade da antecipação de transferência voluntária como forma de esquiwa ao período de vedação eleitoral	229
<i>Antônio Júlio Castiglioni Neto</i>	

3 JURISPRUDÊNCIA

3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	253
3.1.1 Súmulas Vinculantes.....	253
3.1.1.1 SÚMULA 4 - Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.....	253
3.1.1.2 SÚMULA 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.....	253
3.1.1.3 SÚMULA 6 - Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.....	254
3.1.1.4 SÚMULA 7 - A norma do § 3º, do artigo 192, da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.....	254
3.1.1.5 SÚMULA 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.....	255
3.1.1.6 SÚMULA 9 - O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.....	255
3.1.1.7 SÚMULA 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.....	256
3.1.1.8 SÚMULA 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.....	256
3.1.1.9 SÚMULA 12 - A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.....	257

3.1.1.10	SÚMULA 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.	257
3.1.2	Ementários	258
3.2	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	265
3.2.1	Ementários	265
3.3	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	272
3.3.1	Acórdão na Íntegra.....	272
3.3.1.1	CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PASSIVA (DEFENDANT CLASS ACTION). ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECATÓRIO DA "TRIMESTRALIDADE" (LEI Nº 3.935/87). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA.....	272
3.3.2	Ementários	325

ANEXO

Normas para Publicação	335
------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

No calor de tantas mudanças – sejam elas locais, por causa dos resultados das eleições, ou mundiais, em consequência da crise econômica que assola o planeta -, me vi incumbido da nobre função de chefiar a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Rodeado de grandes desafios, fui agradavelmente surpreendido com a tarefa de apresentar o sétimo volume da Revista da PGE. E é com imensa satisfação que a executo.

Os mais de dez anos de trabalho nesta Procuradoria me reservaram a alegria de presenciar o surgimento desta importante ferramenta de difusão e aprimoramento do conhecimento. Pude ver crescer o respeito e a importância desta publicação, e, hoje, não hesito em dizer que se ela se tornou um referencial de consulta para a comunidade jurídica no Espírito Santo.

Esta revista não é um referencial doutrinário apenas para os que militam na advocacia pública, mas para todos os que desejam aprimorar seus conhecimentos na área do Direito.

Prova disso é que a publicação não abriga apenas trabalhos desenvolvidos por procuradores, mas tornou-se um meio de divulgação das qualificadas atividades intelectuais da comunidade jurídica, cumprindo um importante papel de integração dessa classe.

Não poderia, assim, deixar de enaltecer o trabalho realizado pelo Centro de Estudos e Informações Jurídicas desta PGE, que, de forma intrépida e combativa, tem proporcionado aos servidores deste órgão a oportunidade de ampliar o conhecimento e de facilitar a interlocução com outros órgãos e com a sociedade.

É do esforço e da persistência dessa setorial - até o fechamento deste volume comandada pelo valoroso pro-

curador Rodrigo Marques de Abreu Júdice, que passou a ocupar a Subprocuradoria Geral para Assuntos Jurídicos - que resulta este instrumento. Ao novo chefe do CEI, Adriano Frisso Rabelo, meus votos de que seja exitosa a sua caminhada no comando deste setor tão importante para a PGE.

Neste volume, somos agraciados com os trabalhos de grandes juristas de nossa terra, que com brilhantismo nos apresentam temas da maior importância. A capa, com a obra do talentoso artista plástico capixaba Luiz Henrique, nos remete à alegria e à tradição do povo capixaba. Na certeza de que reunimos aqui o nosso esforço e a nossa dedicação, desejo que todos apreciem esta leitura, extraindo dela subsídios e inspiração para um exercício ético, inventivo e produtivo da advocacia.

Rodrigo Rabelo Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

Ao longo dos últimos quatro anos, o Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI) engajou-se na tarefa de recomençar a edição da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES), sob a determinação, na época, da Procuradora-Geral do Estado, Dr^a Cristiane Mendonça e, posteriormente, da Dr^a Gladys Jouffroy Bitran.

Dessa fase em diante, conseguimos editar os Volumes 4, 5 e 6, todos muito bem diagramados e estilizados, mediante a atuação de profissionais especializados na função de organizar e publicar revistas jurídicas. Ademais, congregamos artigos jurídicos de escol, elaborados por Procuradores do Estado do Espírito Santo e doutrinadores renomados de outras terras nacionais.

Agora, não menos brilhante, nasce o Volume 7 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, quando encontro-me imbuído de emoção, pois deixo a Chefia do Centro de Estudos e Informações Jurídicas para assumir o cargo de Subprocurador-Geral do Estado para Assuntos Jurídicos, a convite do Procurador-Geral do Estado, Dr. Rodrigo Rabello Vieira, recém-empossado.

Quando assumimos o compromisso de reativar as atividades acadêmicas do CEI, muitas atribuições nos foram confiadas, passando pela reestruturação da Biblioteca, pela fomentação de eventos jurídicos e pela continuidade da edição da Revista. Creio que conseguimos cumprir essas metas, que rendem, hoje, à PGE-ES, maior credibilidade e respeito no universo acadêmico.

Com relação à Biblioteca, é importante destacar a constante aquisição de livros e periódicos, sempre criteriosamente selecionados mediante a participação da nossa categoria. Podemos afirmar, sem medo de errar, que a Biblioteca da PGE-ES possui um dos melhores acervos estaduais, além

de uma estrutura física adequada para que os servidores possam trabalhar e atender bem aos seus usuários. A recente aquisição de modernas estantes deslizantes possibilitou maior segurança para o armazenamento e a preservação do acervo bibliográfico e dos Diários Oficiais. Aproveito a ocasião para render minhas homenagens a Sr^a Claudia Feitosa, Chefe do Núcleo de Informação, bibliotecária extremamente eficiente, cuja atuação vem sendo decisiva, a cada ano, para o alcance dessas conquistas.

Na área acadêmica, realizamos vários cursos de capacitação, destacando-se a primeira e segunda edição do Encontro Capixaba de Direito do Estado, com a participação de doutrinadores renomados, especialistas, mestres, doutores e livres docentes em Direito, além de Ministros dos Tribunais Superiores.

Agora, o Centro de Estudos e Informações Jurídicas passa a ser chefiado pelo ilustre e competente Procurador do Estado, Dr. Adriano Frisso Rabelo, que, pelas suas qualidades morais e profissionais já demonstradas ao longo de 11 anos de carreira, saberá usar toda a sua experiência para dar seqüência aos trabalhos do CEI, aprimorando suas metas.

Após essas breves observações, passo a fazer referência aos artigos publicados no presente volume e que foram, cuidadosamente, selecionados pela Comissão Editorial.

Primeiramente, destaco o artigo “Inscrição em dívida ativa: quem deve e quem não deve inscrever”, de autoria do ilustre Procurador do Estado do Espírito Santo Dr. Gustavo Sipolatti. Numa exposição bastante ponderada, demonstra preocupação com as questões que assolam os trabalhos da PGE-ES no que diz respeito às inscrições em dívida ativa, enquanto ato de controle administrativo de legalidade, cuja competência, segundo ressalta o autor, pertence, legitimamente, à Procuradoria Geral do Estado e não à Secretaria da Fazenda. E, daí, emerge a análise dos tão discutidos Projetos de Leis nº 45/2007 e nº 46/2007, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Estadual.

Na seqüência, destaco o tema “A habilitação técnica-operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade”, de competência do ilustre Procurador do Estado do Espírito Santo Dr. Anderson Sant’Ana Pedra, que com percuciência navega por assunto extremamente importante para a administração pública.

Quanto aos assuntos explorados em pareceres jurídicos, tem-se “Contratos de locação dos espaços do Horto-mercado de Vitória: limites do exercício do poder de controle do concedente e violação da boa-fé objetiva” e “Convênio: ilegalidade da antecipação de transferência voluntária como forma de esquiva ao período de vedação eleitoral”, ambos de autoria dos ilustres Procuradores do Estado do Espírito Santo Dr. Robespierre Foureaux Alves e Dr. Antônio Júlio Castiglioni Neto, respectivamente.

Merecem aplausos, ainda, os demais trabalhos publicados que também apontam grau de excelência, tanto que foram selecionados pela Comissão Editorial, em nome da qual, agradeço a todos os autores e pareceristas que contribuíram para a edição. Eles também tiveram um papel significativo para o engrandecimento deste volume, brindando-nos com a tarefa árdua de escrever a respeito de temas jurídicos de máxima relevância para o direito público.

Continuando os agradecimentos, destaco todos os que colaboraram com a concretização do presente volume, em especial aos membros da Comissão Editorial, à Bios Editoração Eletrônica, à gráfica GSA, às revisoras Rita Diascanio e Cristiane Bloise, à agência Contemporânea, à assessora de imprensa Sr^a Thalita Dias, e aos servidores do CEI.

Reporto-me, agora, à capa da Revista, que, seguindo a tradição, retrata trabalho artístico gentilmente cedido pelo Sindicato dos Artistas Plásticos do Espírito Santo e de autoria do artista plástico Luiz Henrique, que explora a beleza da cultura capixaba na obra Folia de Reis.

Por fim, não poderia deixar de ressaltar a alegria que me motiva a acreditar na força do exercício da advocacia pública, mormente no momento atual, diante da nova gestão do Dr. Rodrigo Rabello Vieira. Ele, por conhecer a responsabilidade constitucional que nos instrui profissionalmente a orientar e a programar políticas governamentais, saberá, com o seu inegável equilíbrio e sabedoria, conduzir, harmoniosamente, os destinos da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.

Por isso, encerro esse editorial fazendo uso parcial das palavras que proferi no discurso de abertura do II Encontro Capixaba de Direito do Estado, em outubro de 2008. Nesse evento tive a oportunidade de dizer, com o objetivo de enaltecer nossa carreira, que “a advocacia pública é uma **arte e ciência multifacetária**, pois, ao tempo que detém o condão de apurar irregularidades para corrigi-las, possui o viés de ser agente reprodutor (genitor) de políticas públicas”. Por conseqüência, não somente ela, mas preferencialmente ela, mediante sua nobreza estruturante e metodologia de ação, desafiadora da intelecção entre o ponderável jurídico e o concreto, é que irá conduzir o Estado brasileiro para a modernidade.

A todos, rogo uma leitura agradável e enriquecedora.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS



1

DOCTRINA

1.1

NOVÍSSIMAS REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1 Introdução e delimitação do tema. 2 Considerações sobre o princípio constitucional do devido processo legal administrativo. 2.1 O caráter indispensável do devido processo legal administrativo. 2.2 O princípio do devido processo legal administrativo como sistema de princípios. 2.3 Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa como decorrências inafastáveis do devido processo legal administrativo. 2.4 Devido processo legal administrativo e o princípio do formalismo moderado. 3 A necessidade de advogado nos processos administrativos disciplinares. 4 A possibilidade de coordenação entre os órgãos correccionais (Corregedorias) e a Defensoria Pública, viabilizando-se a defesa técnica ao agente público hipossuficiente ou revel. 5 Repercussões da nova orientação firmada pelo E. STF na matéria. 6 Proposições conclusivas.

1 Introdução e delimitação do tema

A busca da efetividade dos princípios jurídicos regentes das atividades administrativas estatais, aliada à reaproximação entre a ética e o Direito, fruto do denominado pós-positivismo jurídico, tem, como uma de suas conseqüências mais eloqüentes, o exercício, pelo Estado, de intensa atividade disciplinar.

Essa atividade estatal disciplinar só é válida e legítima se desenvolvida sob o crivo do devido processo legal ad-

* Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes - RJ. Professor de Direito Administrativo da Pós-Graduação em Direito do Estado da Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Professor de Direito Administrativo e Econômico da Faculdade de Direito de Vitória – FDV/ES. Procurador do Estado do Espírito Santo.

ministrativo, que pressupõe um procedimento compatível com o sistema principiológico previsto na Constituição da República e nas leis decorrentes do aludido sistema normativo.

Todavia, as normas processuais disciplinares, constantes dos diversos estatutos funcionais, de variados entes federados, nem sempre se encontram em conformidade com o devido processo legal administrativo reclamado pela Constituição da República.

Neste sentido, o presente estudo se propõe a refletir a respeito da conformação constitucional das normas constantes de diversos estatutos funcionais que estabelecem a dispensa de advogado, constituído ou dativo, em caso de revelia administrativa do agente público, a dispensa de constituição de defensor dativo ao agente público no processo administrativo disciplinar sob o rito sumário, ou, ainda, a dispensa de advogado quando o agente público for representado por outro servidor mais antigo.

A matéria ganha relevância porque o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou, recentemente, entendimento que estabelece a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Nada obstante, o tema recebeu novíssimo tratamento pelo E. STF, que editou a Súmula Vinculante nº 05, assestando o entendimento de que a falta do advogado no processo administrativo disciplinar não viola a Constituição da República de 1988. Assim, vale investigar as repercussões da nova orientação jurisprudencial na Administração Pública.

Para a análise da temática, sob o ponto de vista metodológico, é fundamental percorrer, ainda que sumariamente, o marco regulatório constitucional do devido processo legal administrativo, para, então, examinar as repercussões do citado entendimento jurisprudencial aludido sobre

os processos administrativos disciplinares, ofertando-se, ao final, proposições conclusivas.

2 Considerações sobre o princípio constitucional do devido processo legal administrativo

O princípio constitucional do devido processo legal administrativo é uma decorrência direta do modelo fundamental do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a Constituição brasileira de 1988 adotou o modelo de Estado Democrático de Direito como princípio constitucional estruturante da República Federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, *caput*).¹

Isto significa dizer que, qualquer norma jurídica ou ato decisório estatal, seja no momento de sua formação, seja na sua execução, deve atender, simultaneamente, para a sua juridicidade, aos princípios da legalidade – no que expressa o Estado de Direito – e da legitimidade, que traduz o modelo de Estado Democrático brasileiro, que não pode ser considerado uma “promessa constitucional insequente”, consoante entende o E. STF².

Como asseveram J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, os elementos “Democrático” e “Direito” são indissociáveis do conceito de Estado, sendo certo que a or-

1 A terminologia utilizada é proposta por BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

2 Confira-se: (...) EMENTA: (...) A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE Densa DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. In: MS nº 24.831-DF, RELATOR: Min. CELSO DE MELLO, Noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF* nº.434 (destaques no original).

dem jurídica estatal não pode ser obstáculo para o desenvolvimento da democracia que, por seu turno, não pode se operar sem a observância de um quadro normativo disciplinador do exercício do poder estatal e da posição jurídica dos cidadãos perante o Estado³.

Neste sentido, GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES E PAULO BRANCO, em recente obra sobre o Direito Constitucional, averbam, com propriedade, que a configuração do Estado de Direito supõe o primado do Direito, da ordem jurídica democraticamente instituída, onde vigore o império da lei, como expressão da vontade geral, a divisão dos poderes, a legalidade na atuação administrativa, com eficiente controle jurisdicional e o asseguramento de direitos e liberdades fundamentais, do ponto de vista formal e material⁴. Daí resulta o caráter indispensável do devido processo legal administrativo, como se passa a analisar no item seguinte.

2.1 O caráter indispensável do devido processo legal administrativo

É incontroversa a indispensabilidade do devido processo legal administrativo disciplinar, com a necessária viabilização do contraditório e da ampla defesa, ao agente público ao qual se imputa determinada infração disciplinar.

Nesse contexto, é corrente o entendimento de que a CR/88 consagrou, expressamente, ao lado do princípio do devido processo legal jurisdicional, um outro, desenvolvido no âmbito da atividade administrativa do Estado, denominado devido processo legal administrativo.

Significa dizer que a legitimidade do devido processo legal administrativo, ou seja, do processo administrativo

3 CANOTILHO, J.J. Gomes ; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 204.

4 *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36-37.

estatal, pressupõe uma decisão processual administrativa fundada nas pautas normativas constitucionais, legais e no tempo exatamente necessário ao resguardo dos direitos e demais posições jurídicas de vantagem das partes e interessados, inclusive do próprio Estado, que tem total interesse no desfecho legal, eficiente e tempestivo dos seus procedimentos sancionatórios.

Nesse contexto, é irrelevante o nome jurídico que se venha a utilizar para designar a espécie de processo administrativo disciplinar (por exemplo, sindicância, sindicância sumária, averiguações preliminares, averiguação sumária, procedimento apuratório, verdade sabida, entre outros). O que importa é verificar se a atividade estatal processualizada poderá resultar decisão que cause gravame ou prejuízo à liberdade ou aos bens do agente público, caso em que o devido processo legal administrativo é indispensável.

2.2 O princípio do devido processo legal administrativo como sistema de princípios

A rigor, o princípio do devido processo legal administrativo pode ser considerado um sistema principiológico, na medida em que o seu conteúdo é informado por um conjunto sistêmico de princípios constitucionais harmônicos, expressos e implícitos.

E esse sistema decorre do princípio constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*), acima aludido, assim como do princípio da legitimidade dos atos e decisões estatais (CR/88, art. 1º, *caput*).

Sem a pretensão de exaurir o rol principiológico contido no sistema do devido processo legal, podem ser citados, como princípios expressos na matriz constitucional, os princípios do contraditório e da ampla defesa (CR/88, art. 5º, LV), o princípio da celeridade processual (CR/88, art. 5º, LXXVIII), o princípio da legalidade (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio

da impessoalidade (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da moralidade (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da publicidade (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da economicidade (CR/88, art. 70, *caput*) e o princípio da motivação (CR/88, art. 93, X).

Como princípios constitucionais implícitos inerentes ao devido processo legal administrativo, cite-se o princípio da segurança das relações jurídicas (CR/88, art. 1º, *caput*), o princípio da autotutela (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da oficialidade (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da verdade real (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio do formalismo moderado (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da boa-fé (CR/88, art. 37, *caput*), o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (CR/88, art. 37, *caput*) e o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos (CR/88, art. 37, *caput*).

Os aludidos princípios, em grande parte, também mereceram tratamento de densidade infraconstitucional, consoante se infere da lei geral do processo administrativo federal (Lei nº 9784/99, art. 2º).

Pelo sistema principiológico aludido, a decisão administrativa decorrente do processo administrativo deve ser, simultaneamente, contraditada por todos os envolvidos, com os meios e os recursos possíveis e adequados, tempestiva, conforme a lei, impessoal, moral, pública, eficiente, com o menor custo social possível, motivada, passível de correção, proferida sem qualquer provocação, perquirindo a verdade dos fatos, formalmente adequada e considerando, sempre, o comportamento, a vontade do agente público e os interesses públicos envolvidos.

Pela pertinência direta ao tema em exame, vale cuidar, mais detalhadamente, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consoante se passa a fazer no item seguinte.

2.3 Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa como decorrências inafastáveis do devido processo legal administrativo

Neste contexto, apresentam-se como corolários do princípio do devido processo legal, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, traduzindo a noção de que os atos decisórios do Estado, que interfiram na esfera jurídico-subjetiva de terceiros, devem se efetivar após a discussão sobre a constitucionalidade, legalidade e legitimidade de tais atos.

Pelo princípio do contraditório, deve-se compreender a indispensável participação dos envolvidos no processo administrativo, de modo que a decisão administrativa a ser proferida decorra do confronto dialético e da ponderação dos diversos interesses e posições de vantagem manifestadas, em audiência bilateral ou multilateral, expressando a legítima resultante dos argumentos e contra-argumentos ofertados, acolhidos ou refutados pela autoridade administrativa encarregada da instrução processual.

Sobre o tema, vislumbrando o princípio do contraditório como decorrência da participação, própria do modelo de Estado Democrático de Direito, vale conferir, por todos, o abalizado magistério doutrinário de LUIZ GUILHERME MARINONI:

(...) O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação. (...) Não há dúvida de que a participação encontra o seu pleno desenvolvimento no contraditório, mas esse (...) deve ser entendido como o cruzamento das atividades através das quais cada uma das partes oferece à outra e ao juiz os dados, as idéias e as razões que crê melhor re-

presentem os seus próprios interesses e se manifesta acerca dos dados, das idéias e das razões provenientes da outra.⁵

O princípio da ampla defesa, por seu turno, deve ser entendido como a possibilidade de defesa substancial, efetiva, participativa, viabilizada pelo acesso a todos os meios, as provas e os instrumentos admissíveis pelo ordenamento jurídico. Mais uma vez, confira-se o entendimento de LUIZ GUILHERME MARINONI:

(...) É fácil perceber que o direito de defesa constitui um contraponto ao direito de ação. A jurisdição, para responder ao direito de ação, deve necessariamente atender ao direito de defesa. Isso pela simples razão de que o poder, para ser exercido de forma legítima, depende da participação dos sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão. É a participação das partes interessadas na formação da decisão que confere legitimidade ao exercício da jurisdição. Sem efetividade do direito de defesa, estaria comprometida a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional. (...) A defesa também é garantida constitucionalmente na esfera administrativa (CR/88, art. 5º, LV). Nada mais natural, pois no caso de processo administrativo também é exercido poder estatal, cuja legitimidade, assim como no caso de poder jurisdicional, depende da abertura à participação ou à defesa⁶.

Em sede de processo administrativo disciplinar, a ampla defesa biparte-se em autodefesa, disponível ou facultativa, desenvolvida pelo próprio agente público, e defesa técnica, indisponível, obrigatória, realizada por advogado legalmente habilitado.

5 *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 317-319.

6 *Ibid*, p. 311.

Destarte, não há processo administrativo fora do crivo de tais princípios. A jurisprudência do E. STF é firme no sentido da necessidade de garantia de efetividade dos princípios do contraditório e ampla defesa nos processos administrativos, notadamente quando se tratar de restrições à esfera jurídico-subjetiva de agentes públicos ou mesmo de terceiros. A propósito do tema, confira-se trecho substancial da decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO “*DUE PROCESS OF LAW*”. PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO. O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o “*due process of law*”, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (CF, art. 5º, LIV) - independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado -, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), inclusive o direito à prova. Abrangência

da cláusula constitucional do “*due process of law*”. (...) Com efeito, não se pode desconhecer que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão ou entidade, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois - cabe enfatizar - o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resulte conseqüências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV) (...). A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter disciplinar (RDA 97/110 - RDA 114/142 - RDA 118/99 - RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “*in*” Informativo/STF nº 253/2002 - RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.): “RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO ‘DUE PROCESS OF LAW’”. - O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A juris-

prudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.”(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Isso significa, pois, que assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à prova), consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV. Vale referir, neste ponto, importante decisão emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal que bem exprime essa concepção da garantia constitucional do “*due process of law*”: “(...) 3. *Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art.*

5º, LV).”(RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES - grifei). Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do “*due process of law*”, ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o E. Tribunal de Contas da União), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descharacterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado Democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações, como parece suceder na espécie, possam comprometer a esfera jurídica do particular. O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); e (l) direito à prova. Vê-se, daí, que o direito à prova qualifica-se como prerrogativa jurídica intimamente vinculada ao direito do interessado à observância, pelo Poder Público, da fórmula inerente ao “*due process of law*” (...).⁷

7 MS nº 26358/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, publicada no DJU de 02.03.2007 e noticiada na *Informativo de Jurisprudência do STF*, nº 457, fev./mar. 2007.

O que se deve garantir, pois, é a informação dos atos decisórios praticados, com a efetiva possibilidade de manifestação do interessado ou acusado, quer exercendo a autodefesa, quer por meio de defesa técnica, ou por ambos, produzindo todas as provas admitidas pelo ordenamento jurídico e recebendo uma resposta administrativa estatal adequadamente motivada, transparente, pública e que se opere em prazo razoável, sob pena de violação aos princípios constitucionais citados.

2.4 Devido processo legal administrativo e o princípio do formalismo moderado

Todavia, as considerações acima mencionadas não significam que o processo administrativo seja um fim em si mesmo e formal ao extremo, mas, sim, um instrumento fundamental de atuação do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*), o que pressupõe a observância do princípio do devido processo legal citado.

Destarte, é corrente a afirmação de que o processo administrativo se desenvolve por meio de um devido processo legal, de natureza formal, com normas vinculadoras do administrador público e aos interessados, com vistas à prolação, por parte do Estado, de uma decisão legal e justa.

Em razão disso, a doutrina e a jurisprudência, visando à efetividade do processo administrativo, têm admitido o abrandamento do princípio da formalidade do processo.

Nesse contexto, faz-se alusão ao princípio do formalismo moderado, que deve reger os processos administrativos em geral, segundo o qual o processo jamais pode ser considerado um fim em si mesmo.

Com efeito, o processo é instrumento com a única e exclusiva finalidade de proferir uma decisão legal e justa, que traga equilíbrio e estabilidade, a partir da ponderação dos interesses envolvidos, pondo fim à controvérsia instaurada.

Nessa ordem de idéias, têm a doutrina e a jurisprudência admitido que pequenas falhas procedimentais, desde que não comprometam a finalidade e a essência do processo, devem ser desconsideradas, vedando-se rigorismos formais desnecessários nos processos administrativos. Confira-se, por todos, a abalizada doutrina de ODETE MEDAUAR:

(...) Na doutrina é citado também com o nome de princípio do informalismo. Porém, este último termo parece inadequado, porque dá a entender que não há ritos e formas, inerentes a todo processo jurídico. Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo. Tal princípio há de nortear o legislador, no momento da elaboração de normas sobre um processo administrativo, para dotá-lo de formas simples. E há de inspirar o agente administrativo e o magistrado, quando se cogita da realização do processo ou de controvérsias a respeito, para que requisitos de forma não sejam interpretados de modo absoluto. Evidente que exigências decorrentes do contraditório e ampla defesa, tais como motivação, prazo para alegações, notificação dos sujeitos, ou estreitamente vinculadas a fins de interesse público (tais como transparência, garantia de igualdade, caracterização de provas em concurso) não podem ser consideradas “filigranas” ou formalidades dispensáveis como por vezes é invocado, ao se pretender ocultar a existência de razões pessoais subjacentes que a observância de formas legais visa a impedir. Portanto, o princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para

excusar o cumprimento da lei. Tem por objetivo impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação administrativa⁸.

Feitas tais considerações de índole constitucional, jurisprudencial e doutrinária, cabe o exame da questão a respeito da indispensabilidade de advogado nos processos administrativos disciplinares, consoante a orientação do C. STJ.

3 A indispensabilidade de advogado nos processos administrativos disciplinares

Como mencionado anteriormente, cabe a reflexão a respeito da conformação constitucional das normas constantes de diversos estatutos funcionais que estabelecem a dispensa de advogado, constituído ou dativo, em caso de revelia administrativa do agente público, da dispensa de constituição de defensor dativo ao agente público no processo administrativo disciplinar sob o rito sumário, ou, ainda, a dispensa de advogado quando o agente público for representado por outro servidor mais antigo.

Desde logo, vale assentar a premissa de que os estatutos funcionais que dispensam a presença do advogado no processo administrativo disciplinar não se conformam com a Constituição da República.

E a razão é de fácil entendimento. Os processos administrativos disciplinares, realizados e ultimados sem que se confira ao agente público acusado o direito à observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em especial, a defesa técnica, por meio de advogado regulamente constituído ou por intermédio de advogado

8 MEDAUAR, Odete et. al.. *Processo administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998. p. 22-23.

dativo, violam os princípios jurídicos do devido processo legal administrativo, do contraditório, da ampla defesa e a norma que assegura a essencialidade da presença do advogado para que se tenha justiça (CR/88, arts. 5º, LIV, LV e 133). Como bem registra LÉO DA SILVA ALVES:

(...) O julgamento sem escutar as razões do acusado, muito embora tenha ocorrido em tantas ocasiões no curso dos tempos, é prática detestável, que afronta os mais elementares valores do homem e da própria sociedade. Curiosamente, ainda ocupa espaço em estatutos de servidores. Com ênfase, asseguram a possibilidade de punição com suspensão até 60 dias, por exemplo, com base na chamada verdade sabida, situação que, dizem, dispensa a oitiva do servidor. É evidente que isso não encontra recepção nos dias atuais.⁹

Não serve como argumento a previsão normativa aludida, constante dos diversos regulamentos disciplinares, da dispensa de constituição de defensor dativo ao acusado no processo administrativo disciplinar sob o rito sumário, ou, ainda, a dispensa de advogado quando o acusado for representado por outro agente público mais antigo.

Isto porque, essas previsões legais têm, no máximo, o efeito de garantir uma aparência de defesa, incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito consagrado como princípio constitucional fundamental da República Federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, *caput*).

No tema, merece registro a aguda crítica que a doutrina especializada faz ao modelo adotado em boa parte dos regimes funcionais dos agentes públicos, em relação ao sistema defensivo, no âmbito do processo administrativo disciplinar. Neste sentido, por todos, confira-se o entendimento doutrinário de LÉO DA SILVA ALVES:

9 A prova no processo administrativo disciplinar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 21-22.

(...) O legislador, ao estabelecer esses critérios, foi simplista e simplório. Desconsiderou a complexidade de um processo. Preteriu o conhecimento técnico especializado, ignorou a lógica que estabelece que a defesa só tem sentido se for efetiva e eficaz. No processo penal, o defensor é, necessariamente, advogado. É indispensável a habilitação. Isso porque, de um lado, na acusação, está o agente do Ministério Público, que é um profissional do Direito. Seria uma grande irresponsabilidade atribuir a defesa a outro que também não fosse profissional do ramo. No processo disciplinar, inventou-se uma fórmula que não atende à ordem pública, que tem o dever de zelar pela defesa do revel. Entregou-se a possibilidade da defesa a qualquer servidor que supra requisitos meramente formais, de *cargo*, *nível* ou *escolaridade*. É importante sublinhar que essas defesas de fachada, produzidas exclusivamente para atender determinações da lei, não têm validade. O Judiciário já estabeleceu que defesa frágil é igual a inexistência de defesa. Na mesma linha, há a Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a defesa deficiente, que gerou prejuízo ao réu, levará à nulidade absoluta do processo. Dessa maneira, é preciso que o defensor dativo seja nomeado para, conclusivamente, levar adiante uma defesa técnica e segura. Nomear servidor que preencha exclusivamente os critérios trazidos no estatuto é, no mínimo, uma reprovável temeridade¹⁰.

Ademais, como mencionado, o E. Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Terceira Seção, aprovou, em 12.09.2007, o verbete da Súmula nº 343, cujo teor é o seguinte:

É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

10 *Processo disciplinar passo a passo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 208.

Analisando os precedentes da Corte Superior de Justiça, que ensejaram o enunciado sumular aludido, é possível compendiar os principais fundamentos jurídicos utilizados para a formação do entendimento jurisprudencial em perspectiva, na linha de argumentação exposta no presente estudo.

Com efeito, entende o E. STJ que não há devido processo legal administrativo, de natureza disciplinar, sem a presença, durante toda a instrução processual, de defesa técnica efetiva, por meio de advogado, em prol do agente público ao qual se imputa a prática de infração funcional disciplinar.

Isto porque, consoante o entendimento jurisprudencial em exame, a relação jurídica processual administrativa disciplinar não se forma validamente sem advogado constituído pelo agente público processado ou, então, ocorrendo a revelia, com a indicação de defensor dativo.

E não se forma validamente porque a presença de defesa técnica, no âmbito do processo administrativo disciplinar, é uma exigência que se extrai diretamente da matriz constitucional, seja do princípio constitucional do devido processo legal, seja dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, seja, ainda, do caráter indispensável da defesa técnica, por meio de advogado, constituído ou dativo (CR/88, art. 5º, LIV e LV c/c art. 133).

Significa dizer, também, que não basta a oportunidade, ao agente público processado, de se fazer representar por advogado, sendo necessária a efetiva defesa técnica pelo profissional do Direito legalmente habilitado.

É que a ampla defesa, desenvolvida no âmbito do processo administrativo disciplinar, só se torna efetiva com a possibilidade de preenchimento do binômio autodefesa e defesa técnica por advogado, sendo a primeira disponível, pelo próprio acusado, e, a segunda, indisponível.

Com efeito, mesmo na ausência de previsão nos estatutos funcionais para a constituição, por parte do agente público processado disciplinarmente, de defesa técnica, por meio de advogado ou defensor dativo, essa exigência é da essência constitucional do processo administrativo. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. 1 Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica. 2 A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 3 O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunidade ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes. 4 Man-

dado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima concedendo a segurança, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Laurita Vaz e os votos dos Srs. Ministros Felix Fischer e Hamilton Carvalhido no mesmo sentido, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator), que denegou a ordem. Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora para acórdão) os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Hamilton Carvalhido. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Medina e Nilson Naves. Vencido o Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator)¹¹.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADE. ART. 125, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - O art. 125, § 4º da Constituição Federal é claro ao definir que somente nos casos de crimes militares a competência para decidir sobre a perda do cargo é do Tribunal de Justiça Estadual ou do Tribunal de Justiça Militar. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Precedentes. II - O Superior Tribunal de Jus-

11 MS nº 10.837/DF, Rel. para o acórdão, Min. LAURITA VAZ, DJU de 13.11.2006.

tiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, igualmente incidentes na esfera administrativa, têm por escopo propiciar ao servidor oportunidade de oferecer resistência aos fatos que lhe são imputados, sendo obrigatória a presença de advogado constituído ou defensor dativo. Precedentes. III - Não havendo a observância dos ditames previstos, resta configurado o desrespeito aos princípios do devido processo legal, não havendo como subsistir a punição aplicada. IV - A declaração da nulidade de parte do procedimento não obsta que a Administração Pública, após o novo término do processo administrativo disciplinar, aplique a penalidade adequada à eventual infração cometida. V - Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar o acórdão *a quo*, declarando-se a nulidade do processo administrativo, com a conseqüente anulação do ato que impôs a pena ao militar. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. “Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator¹².

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEFESA POR ADVOGADO E DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. I - “A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas também os acusa-

12 MS nº 20.148/PE, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU de 27.03.2006.

dos em geral” (Precedentes). II - Independentemente de defesa pessoal, é indispensável a nomeação de defensor dativo, em respeito à ampla defesa. III - Ordem concedida. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp¹³.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA OCORRÊNCIA.

AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA. 1 Somente após a fase instrutória se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, bem como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme o caso, o indiciamento do servidor, na forma do art. 161, caput, da Lei nº 8.112/90. 2 A Autoridade impetrada, competente para aplicar a penalidade administrativa, vincula-se aos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar e não à capitulação legal proposta pela Comissão de Processante ou aos pareceres ofertados pelos agentes auxiliares, podendo, inclusive, deles discordar, desde que fundamente seu entendimento. “O indiciado em processo disciplinar se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a Comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa” (Cf.: MS 20.335/DF, Rel. Min. RAFAEL MAYER, RTJ

13 MS nº 10.565/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU de 13.03.2006.

105/66). 3 Na hipótese, durante a instrução do Processo Administrativo Disciplinar, o Impetrante não contou com a presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, circunstância, que, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, elementar à garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. Precedente desta Corte. 4 Ordem concedida para que o Ministro de Estado da Saúde se abstenha de emitir portaria demissória do ora Impetrante em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar nº 25265.007811/2002-21, em decorrência de sua nulidade, sem prejuízo de instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves, José Arnaldo da Fonseca, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina¹⁴.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO. 1 A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como

14 MS nº 9201/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU de 18.10.2004.

sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral. 2ª Ordem concedida. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fontes de Alencar concedendo a segurança, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Fontes de Alencar e José Arnaldo da Fonseca. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Paulo Gallotti. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp (artigo 162, parágrafo 2º, do RISTJ)¹⁵.

Os precedentes jurisprudenciais examinados, que ensejaram o enunciado sumular aludido, refletem uma tendência, já reconhecida pela doutrina, de estender, com certas cautelas, as garantias constitucionais do processo penal aos processos administrativos estatais de natureza sancionatória, em especial, os de natureza disciplinar.

Nesse contexto, a jurisprudência tem admitido a aplicação da lógica do processo penal ao processo administrativo disciplinar, já que ambas as espécies processuais tratam de acusações e acusados, com sérias repercussões sobre os direitos e liberdades envolvidos.

Assim, sustenta o C. STJ a extensão analógica do entendimento no sentido de que, no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu, ao processo administrativo disciplinar, constante do enunciando da Súmula nº 523 do E. STF¹⁶.

15 MS nº 7.078/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU de 09.12.2003.

16 Neste sentido, o voto-vista do Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, nos autos do MS nº 10.837/DF, DJU de 13.11.2006, acompanhando o voto vencedor.

Todavia, vale registrar que existem precedentes, no âmbito do E. STF¹⁷ e no próprio C. STJ¹⁸, no sentido de que, se o agente público foi regularmente informado a respeito da instauração, contra si, de um processo administrativo disciplinar e, mesmo assim, deixou de se defender amplamente, inclusive constituindo defesa técnica, não pode posteriormente, em razão de sua própria omissão, pretender invalidar a decisão sancionatória que lhe foi desfavorável e o processo administrativo que a ensejou.

Essa linha de entendimento minoritária, com todo o respeito e, como visto, ao que parece, não se coaduna com as idéias antes desenvolvidas a respeito do devido processo legal administrativo como sistema principiológico indissociável da defesa técnica, de natureza indisponível, mesmo que por vontade ou desídia do agente público.

Significa dizer, há um interesse público, da própria sociedade, em buscar a efetiva aplicação da sanção disciplinar ao agente público efetivamente responsável, razão pela qual o devido processo legal não é uma benesse, mas um imperativo socialmente exigível, decorrente do próprio modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil (CR/88, art. 1º, *caput*).

Como assevera ADRIANA MENEZES DE REZENDE, em trabalho específico sobre o tema:

(...) O ato de defesa é um direito constitucional e natural de qualquer ser humano que se vê envolvido em um processo. O primado da defesa, se violado, configura o injusto e o ilegal. E, pior do que a desonrosa ação de tolher o direito de defesa, é o fato de resignar-se diante dela. O fortalecimento das arbitrariedades e desmandos caracteriza as verdadeiras injustiças na dinâ-

17 Neste sentido, AgRg no RE nº 244.027/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU de 28.06.2002 e MS nº 23.192-DF, DJU de 06.04.2001, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

18 Confira-se o MS nº 10.077/DF, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU de 02.03.2005 e MS nº 7.165/DF, Rel. Min. FONTES DE ALENCAR, DJU de 20.10.2003.

mica disciplinar, por conta da resignação do servidor ilegalmente punido. Na repressão disciplinar, é de fundamental interesse do Estado que a sanção resultante baseie-se na forma processual mais legítima possível, porque, se ilegal, desmotivará o servidor injustiçado, repercutindo na coletividade funcional a descrença na Administração e refletindo, danosamente, na eficiência dos serviços prestados por esta.¹⁹

Logo, deve-se entender que os processos administrativos disciplinares iniciados, desenvolvidos e concluídos sem a presença de defesa técnica por advogado - indicado pelo agente público processado ou, se revel, dativo – são inválidos desde o início da fase instrutória, por violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do comando normativo que prevê a indispensabilidade do advogado na administração da justiça (CR/88, arts. 5º, LIV, LV e 133).

4 A possibilidade de coordenação entre os órgãos correcionais (Corregedorias) e a Defensoria Pública, viabilizando-se a defesa técnica ao agente público hipossuficiente ou revel

É sabido que boa parcela de agentes públicos não dispõe de recursos suficientes para contratar advogados, com vistas à defesa dos seus interesses, no processo administrativo disciplinar.

Para atender à Constituição da República, parece oportuna e relevante a coordenação (parceria) entre os órgãos correcionais (Corregedorias) responsáveis pela condução dos processos administrativos disciplinares e a respectiva Defensoria Pública, para o exercício da defesa técnica

19 *Do processo administrativo disciplinar e da sindicância*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 35.

em prol do agente público que seja considerado hipossuficiente ou revel, de modo a ensejar o devido processo legal administrativo em sua plenitude (CR/88, art. 5º, LIV, LIV, LXXIV c/c art. 134).

No que tange aos Municípios, a parceria aludida pode ser firmada, inclusive, pela via do convênio administrativo (Lei nº 8666/93, art. 116), fixando-se as obrigações dos partícipes, podendo-se prever, inclusive, que o Município forneça instalações adequadas para a atuação da Defensoria Pública respectiva, de modo a tornar efetiva a parceria.

É claro que essa relevante atuação da Defensoria Pública supõe o reconhecimento da sua importância e indispensabilidade enquanto instituição fundamental para a concretização da garantia do acesso à justiça, seja no âmbito do Poder Judiciário, seja no âmbito da Administração Pública.

Isso porque, como sabido, o Poder Judiciário só detém o monopólio da jurisdição (CR/88, art. 5º, XXXV), mas a justiça é um valor que deve ser buscado, a todo tempo, por todos os organismos de poder do Estado, inclusive o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

5 Repercussões da nova orientação firmada pelo STF na matéria

Nada obstante o entendimento firmado nos itens precedentes, no sentido da indispensabilidade do advogado no processo disciplinar, na linha da acertada dicção do C. STJ, a matéria recebeu novo tratamento jurisprudencial.

Com efeito, no dia 16.05.2008, o E. STF publicou a Súmula Vinculante nº 05, cuja redação tem o seguinte teor:

Súmula vinculante nº 5 – A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Analisando o contexto da edição da Súmula Vinculante aludida, passa-se adiante a compendiar os fundamentos do precedente que o E. STF se utilizou para a formação da tese em exame.

Em primeiro lugar, assentou que o direito de defesa não se resume ao simples direito de manifestação no processo. Em segundo lugar, averbou que a Constituição da República visa garantir uma pretensão à tutela jurídica, que corresponde ao contraditório e ampla defesa previstos no art. 5º, LV da CR/88, abrangendo “o direito de manifestação (que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes); o direito de informação sobre o objeto do processo (que assegura ao defendente a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos no processo); e o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas)”.

Em terceiro lugar, assentou que o direito à defesa e ao contraditório tem aplicação plena em relação aos processos judiciais e administrativos, sendo o que extrai do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sendo certo que o E. STF, “nos casos de restrições de direitos em geral e, especificamente, nos de punições disciplinares, tem exigido a observância de tais garantias”.

Em quarto lugar, a Suprema Corte entendeu que, no caso concreto que serviu de paradigma para o novo entendimento sumulado, “os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados teriam sido devidamente assegurados, havendo, portanto, o exercício da ampla defesa em sua plenitude”.

Em quinto lugar, após reportar-se aos precedentes do tribunal no sentido de que a ausência de advogado cons-

tituído ou de defensor dativo não importa nulidade do processo administrativo disciplinar, concluiu-se que, o C. STJ, ao divergir desse entendimento, teria violado os artigos 5º, LV e 133, da CF²⁰.

Com o devido respeito que merece o E. STF, a orientação fixada pelo C. STJ é a mais adequada à plena realização do princípio constitucional do devido processo legal, em especial, nas projeções específicas que informam os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CR/88, art. 5º, LIV e LV).

Com efeito, além dos argumentos deduzidos nos itens anteriores, quando realçamos o acertado do entendimento sumulado pelo C. STJ, vale reforçar que não se pode falar em “ampla defesa”, no processo administrativo disciplinar, sem o seu componente fundamental, que é a defesa técnica, exercida por advogado legalmente habilitado para tanto.

E assim nos parece porque o advogado é indispensável à Administração da justiça, seja ela realizada no processo jurisdicional ou naquele de natureza administrativa, consoante se infere da inequívoca dicção constitucional (CR/88, art. 133).

Ademais, a autodefesa, por si só, realizada pelo agente público, muitíssimas vezes desprovido da formação técnico-jurídica, necessária ao controle da legalidade dos atos praticados no processo administrativo disciplinar, não é suficiente para a formação da decisão administrativa justa, que deve ser fruto do confronto igualitário e equilibrado entre a pretensão punitiva da Administração Pública e a resistência à pretensão punitiva formulada pelo agente público.

E essa resistência à pretensão, para ser substancial e plena, deve se operar por meio de defesa técnica formulada por advogado legalmente habilitado para tanto.

20 RE 434059/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, noticiado no *Informativo de Jurisprudência do STF*, nº. 505, maio 2008.

Logo, não há efetividade dos direitos constitucionais de manifestação, de informação e de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar, próprios da essência do princípio constitucional do devido processo legal, sem que o agente público possa deduzir, de maneira substancial, a sua resistência à pretensão punitiva da Administração Pública.

Avançando nas considerações, também não procede o argumento no sentido de que a ampla defesa no processo administrativo disciplinar é um ônus exclusivo do agente público, correndo, por sua conta e risco, a responsabilidade por uma defesa deficiente. Essa concepção não se afina com o modelo de Estado Democrático de Direito, cujo pressuposto é a atuação processual estatal justa, na forma da Constituição e das leis, que corresponde à correta e proporcional aplicação da norma administrativa.

E, nesse sentido, não se pode negar que a ausência ou deficiência na defesa ofertada pelo agente público, sem o respaldo técnico-profissional do advogado, provavelmente ensejará uma decisão administrativa punitiva, não pela convicção do Estado a respeito do acerto da sua pretensão repressiva, mas pela ausência de contra-argumentos idôneos a afastar a decisão, o que não se pode admitir.

Remarque-se, por oportuno, que a Súmula nº 05, do E. STF, não proíbe a presença de defesa técnica por advogado no processo disciplinar, mas tão-somente assevera que a sua ausência não viola a Constituição da República de 1988. Nesse contexto, nada impede que a Administração Pública, por força do princípio da verdade real, continue intimando os agentes públicos processados a se defenderem por meio de advogado. Em caso de desídia ou omissão do agente público processado, deve-se acionar a Douta Defensoria Pública, para o exercício de tal função, como ressaltado acima.

Todavia, melhor será a imediata reforma dos estatutos dos agentes públicos, para deles fazer constar que a defe-

sa do agente público processado deve se operar por meio de advogado, de modo a afastar a súmula vinculante em exame, na medida em que a mesma, como se sabe, não obriga ao Poder Legislativo, na sua missão constitucional, de criar o Direito novo (CR/88, art. 103-A).

6 Proposições conclusivas

Pelo exposto, podem ser apresentadas as seguintes proposições conclusivas:

A atividade estatal disciplinar só é válida e legítima se desenvolvida sob o crivo do devido processo legal administrativo, que pressupõe um procedimento compatível com o sistema principiológico previsto na Constituição da República e nas leis decorrentes do aludido sistema normativo.

A legitimidade do devido processo legal administrativo, ou seja, do processo administrativo estatal, pressupõe uma decisão processual administrativa, fundada nas pautas normativas constitucionais, legais e no tempo exatamente necessário ao resguardo dos direitos e demais posições jurídicas de vantagem das partes e interessados, inclusive do próprio Estado, que tem total interesse no desfecho legal, eficiente e tempestivo dos seus procedimentos sancionatórios.

A rigor, o princípio do devido processo legal administrativo pode ser considerado um sistema principiológico, na medida em que o seu conteúdo é informado por um conjunto sistêmico de princípios constitucionais, expressos e implícitos.

O processo administrativo não deve ser um fim em si mesmo e formal ao extremo, mas, sim, um instrumento fundamental de atuação do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*), o que pressupõe a observância do princípio do devido processo legal citado.

Viola os princípios constitucionais do devido processo legal administrativo, do contraditório e da ampla defesa, que abrange a indispensável defesa técnica, por meio de advogado (constituído ou dativo), todos da Constituição da República de 1988, as normas jurídicas constantes dos estatutos funcionais e regulamentos correspondentes que dispensam a presença do advogado nos processos administrativos disciplinares, assim como aquelas que admitem a substituição do advogado, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, por quaisquer outras pessoas, ressalvada a autodefesa técnica, quando o acusado, for, também, advogado inscrito na OAB.

Em caso de hipossuficiência ou revelia do agente público, no âmbito do processo administrativo disciplinar, deve haver a atuação da Defensoria Pública, de modo a ensejar o devido processo legal administrativo em sua plenitude (CR/88, art. 5º, LIV, LIV, LXXIV c/c art. 134), podendo e devendo ser firmadas parcerias entre as Corregedorias e a Defensoria Pública.

Nada obstante o entendimento exposto, o E. STF editou a Súmula Vinculante nº 05, asseverando que a ausência de defesa por advogado no processo disciplinar não ofende a Constituição da República de 1988, ao nosso sentir, em descompasso com a melhor dicção dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como da acertada orientação do C. STJ, por meio da Súmula nº 343.

Remarque-se que a Súmula nº 05, do E. STF, não proíbe a presença de defesa técnica por advogado no processo disciplinar, mas tão-somente assevera que a sua ausência não viola a Constituição da República de 1988. Nesse contexto, nada impede que a Administração continue intimando os agentes públicos processados a se defenderem por meio de advogado. Em caso de desídia ou omissão do

agente público, deve-se acionar a Douta Defensoria Pública, para o exercício de tal função, como ressaltado acima.

Todavia, melhor será a imediata reforma dos estatutos dos agentes públicos, para deles fazer constar que a defesa do agente público processado deve se operar por meio de advogado, de modo a afastar a súmula vinculante em exame, na medida em que a mesma, como cediço, não obriga ao Poder Legislativo, na sua missão constitucional, de criar o direito novo (CR/88, art. 103-A).

Diante desse quadro, apresenta-se urgente e fundamental repensar o processo administrativo, colocando-o nos novos rumos inerentes ao Estado Democrático de Direito para que, então, este possa se constituir em instrumento de justiça, valor fundamental que deve alicerçar toda a ordem jurídica da sociedade.

1.2

ASPECTOS ATUAIS SOBRE A REMESSA NECESSÁRIA

RODRIGO KLIPPEL*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Remessa necessária: precedentes históricos. 3 Natureza jurídica da remessa necessária. 4 A fundamentação jurídica e política da remessa necessária. 5 Hipóteses de cabimento da remessa necessária. 6 Referências.

1 Introdução

A finalidade do presente ensaio sobre a *remessa necessária* ou *remessa ex officio* é expor ao estudante e ao operador do direito as principais facetas desta prerrogativa da Fazenda Pública, que funciona como mais um dentre os diversos meios de impugnação das decisões judiciais previstos pela legislação processual civil (*pari passu* com os recursos, as ações autônomas de impugnação, a correição parcial, a suspensão de segurança etc).

O tema é importante para todos aqueles que lidam com o direito processual civil pelo fato de que o Estado – personificado pelos entes da administração direta e da indireta – é o maior dos litigantes no Brasil, o que faz com que quantitativamente seja muito empregada a remessa necessária, que embora se assemelhe aos recursos, possui peculiaridades que fazem dela objeto necessário de estudos e observações.

Além disso, pensando em termos qualitativos, há diversas minúcias na remessa necessária que, por si só, já justificariam sua análise e apreciação.

* Mestre em Garantias Constitucionais Fundamentais pela FDV. Professor de Graduação e Pós-Graduação da FDV. Professor da Escola de Magistratura do Espírito Santo (EMES). Professor da Escola Superior do Ministério Público. Advogado – ES. E-mail: rodrigoklippel@uol.com.br.

Por esse motivo, qual seja, o de esquadrihar as peculiaridades deste meio de impugnação das decisões judiciais, é que formatou o texto que ora se apresenta, dividido em cinco itens:

- a) *Introdução*;
- b) *Remessa necessária: precedentes históricos*;
- c) *Natureza jurídica da remessa necessária*;
- d) *A fundamentação jurídica e política da remessa necessária*;
- e) *Hipóteses de cabimento da remessa necessária*.

Utiliza-se o método da “Teoria e Prática”, apresentando-se ao leitor os elementos teóricos do instituto e demonstrando como o mesmo se aplica na prática forense.

2 Remessa necessária: precedentes históricos

A *remessa necessária* ou *remessa ex officio* é instituto de origem medieval, arraigado na tradição jurídica nacional, sem similares no direito estrangeiro¹. A remessa necessária é o dever que o juízo *a quo* tem de remeter o processo ao segundo grau de jurisdição para que a decisão que proferiu, contrária à Fazenda Pública, seja reavaliada, independentemente de o Poder Público² ter recorrido.

Alguns de seus precedentes nacionais são:

- a) as Leis de 29/11/1841 e 30/11/1853 – “prescreveram que o juiz apelasse *ex officio* das sentenças proferi-

1 BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex officio no sistema do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 7. A primeira menção legislativa à remessa se deu em Portugal, na Lei de 12 de março de 1355. Sua finalidade era conter os abusos advindos dos amplíssimos poderes conferidos aos juizes de primeiro grau naquela época.

2 Fazenda Pública e Poder Público, expressões correntemente utilizadas neste ensaio, correspondem “às pessoas administrativas regidas pelo direito público. Assim, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas”. BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

- das contra a Fazenda Nacional, nas causas de valor excedente de 200\$000”³;
- b) o Regulamento de 15/06/1859 – “mandou apelar *ex-officio* das sentenças proferidas em habilitações de herdeiros de defunctos e ausentes sempre que a sentença fosse favorável aos habilitandos e o valor da causa não excedesse de 2:000\$000 (...)”⁴;
- c) os Códigos de Processo Civil do Distrito Federal (art. 1.116); Minas Gerais (art. 1.456) e Pernambuco (art. 1.445, parágrafo único)⁵;
- d) o Código de Processo Civil de 1939 (art. 822).

Em seus primórdios, a remessa necessária era denominada de *apelação necessária* ou *ex officio*, nomenclatura essa que se lê, por exemplo, no art. 822 do CPC/39 e na farta doutrina que estudou o tema antes do vigente CPC⁶.

Embora assim a lei o chamasse (de recurso necessário ou *ex officio*), parte da doutrina⁷ concordava que, teoricamente, não se tratava de um autêntico recurso, justamente porque lhe faltava o elemento volitivo, a vontade de recorrer, decorrente de um descontentamento com a decisão proferida.

Esse é, justamente, o primeiro ponto dogmático que deve ser ressaltado acerca da remessa necessária: ela não pode ser considerada recurso, pois lhe falta um dos requisitos que

3 MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil e commercial*. 5. ed. São Paulo: Typographia Acadêmica, 1936. p. 663, nota 1.

4 *idem*, *ibidem*.

5 MARTINS, Pedro Baptista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 202.

6 Vide: BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1935. p. 174; MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil e commercial*, p. 663. OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino. *Dos recursos no código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 130.

7 OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino. *op. cit.*, p. 131-132; CARVALHO SANTOS. *Código de processo civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 9, p. 283.

o definem, que é a *voluntariedade*⁸. No Código de Processo Civil de 1973 foi corrigida a nomenclatura do instituto, bem como a sua localização na estrutura do diploma processual, que agora consta do Livro I, Título VIII, Capítulo VIII (art. 475), destinado a regular a sentença e a coisa julgada e não mais no título referente aos recursos, como no código revogado.

Mas se a remessa necessária não é recurso, qual é a sua *natureza jurídica*? Há efeitos práticos que podem decorrer dessa consideração teórica?

3 Natureza jurídica da remessa necessária

A doutrina dominante entende que a remessa necessária “tem a natureza jurídica de *condição de eficácia da sentença*”⁹. Deve-se ponderar a afirmação, com base nos argumentos que se passa a expor:

De Plácido e Silva define *eficácia* como “a *força ou poder* que possa ter um *ato* ou um *fato*, para produzir os desejados efeitos”¹⁰. Se a remessa é condição para que a sentença possa produzir seus efeitos jurídicos e sociais, significa que, sem o reexame obrigatório, tais efeitos *não devem* ser produzidos, sendo ilícita qualquer atitude nesse sentido (ilícito processual civil).

Embora seja regra, prevista no art. 475 do CPC, que uma vez sujeita ao reexame necessário, a decisão não deve produzir efeitos, tal regra admite diversas exceções, ou seja, há alguns casos em que, não obstante esteja a sentença sujeita ao duplo grau obrigatório, já pode surtir seus efeitos.

8 Além da voluntariedade, Nelson Nery Jr. entende que falta à remessa necessária a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo, que são características dos recursos. Vide NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 58.

9 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 50, nota 45. Na nota de rodapé mencionada o processualista paulista faz farta menção à doutrina que aceita a idéia exposta, de que a remessa necessária é condição de eficácia da sentença.

10 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 509.

CASO 1: remessa necessária de sentença proferida em sede de mandado de segurança. Prescreve o art. 12, parágrafo único da Lei 1.533/51:

Art. 12. *omissis*.

Parágrafo único. A sentença que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Perceba, caro leitor, que não obstante a Lei do Mandado de Segurança preveja o instituto da remessa necessária ou *ex officio*, garante, enquanto se reavalia a decisão de piso, que esta produza seus efeitos. Ou seja, tem-se duplo grau obrigatório sem a sustação dos efeitos da sentença. Nesse caso, portanto, como classificar a remessa?

CASO 2: remessa necessária de sentença que antecipou a tutela ou que confirmou antecipação de tutela pretérita. Situação idêntica também se observa de uma sentença que confirmou a antecipação de tutela anteriormente deferida em decisão interlocutória ou de uma sentença que antecipou a tutela. Para que seja efetiva a medida urgente, caso haja remessa necessária, não podem ser sustados os efeitos da sentença.

Nesse sentido, transcreve-se decisão monocrática da lavra do Ministro do STJ Hamilton Carvalhido:

O reexame necessário não pode obstar os efeitos da antecipação de tutela, porquanto a decisão liminar, além de objetivar a garantia da efetiva execução de sentença, não se trata de sentença definitiva, conforme dicção do art. 475 do CPC. Ainda assim, a medida antecipatória não impede a sua confirmação por meio da sentença de mérito, posteriormente sujeita ao duplo grau de jurisdição. Precedentes.

A decisão que antecipa os efeitos da tutela proferida no curso do processo tem natureza de interlocutória, não lhe cabendo aplicar o art. 475 do CPC, o qual se dirige a dar condição de eficácia às sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, quando terminativas com apreciação do mérito (art. 269 do CPC). (REsp 542.277, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 16.12.2005 - decisão monocrática)

Sabendo-se, pois, que há diversas situações em que a previsão da remessa necessária não obsta a produção de efeitos da sentença, resta a pergunta: será que é válido qualificá-la como *condição de eficácia da sentença* ou existe outra categoria em que poderia ser inserida?

Melhor seria observar uma característica que, em qualquer caso, a remessa *ex officio* apresentará para, a partir daí, buscar sua natureza jurídica. Ao se observar a extensa jurisprudência que se firmou acerca do tema, é possível enxergar uma particularidade da remessa necessária e que é útil para caracterizá-la: conforme determina a Súmula 423 do STF, publicada sob a vigência do CPC/39, mas cujo conteúdo é aplicado até os dias de hoje¹¹, “*não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘ex officio’, que se considera interposto ‘ex lege’*”¹².

Em outras palavras, o reexame necessário é *condição essencial para que opere o trânsito em julgado, seja somente com a formação de coisa julgada formal, seja com a formação desta e da coisa julgada material*. Essa é sua natureza jurídica.

É óbvio que nos casos em que o Estado tiver recorrido de todo o conteúdo desfavorável da decisão, o reexame obrigatório é desnecessário caso o recurso seja analisado no mérito (ou seja, caso tenha preenchido todos os seus

11 Vide: REsp 295.437/RR - 1ª Turma - Rel. Min. José Delgado - DJU 02.04.2001; STF - HC 56087/AL, Relator: Min. Xavier de Albuquerque, j. 25/04/1978, Primeira Turma.

12 A doutrina mais antiga já defendia essa idéia. OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos recursos no código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 133.

requisitos de forma). Tal situação em nada modifica a idéia de que, nas hipóteses em que se prevê a remessa necessária, é condição para que haja coisa julgada, que a sentença seja reapreciada pelo órgão recursal.

Percebe-se, pois, que além da diferença volitiva em relação aos recursos, já que a remessa necessária é a reapreciação da decisão judicial por força de lei e os recursos são o meio *endoprocessual* voluntário de se obter o mesmo fim, há conseqüências práticas nessa diferenciação¹³.

Como os recursos são, nos dizeres da doutrina pacífica, um ônus processual perfeito¹⁴, seu não exercício traz como efeito um prejuízo para quem se omitiu em impugnar (preclusão ou coisa julgada); já a ausência de remessa dos autos, por parte do julgador de piso, ao órgão colegiado de hierarquia superior, para sua reapreciação obrigatória, impede que o processo transite em julgado.

Após essas considerações teóricas sobre a natureza jurídica da remessa necessária ou *ex officio*, apresentam-se duas situações concretas relacionadas.

CASO 1: sentença de primeiro grau desfavorável à Fazenda Pública, inexistência de apelação e omissão do juízo a quo em remeter os autos ao tribunal para a dupla apreciação necessária. Como será mais adiante demonstrado, a circunstância que justifica o cabimento da remessa *ex officio* é a derrota, em primeiro grau, da Fazenda Pública (sucumbência). Com base nessa premissa, imagine que Catarina ajuíze uma demanda condenatória em face do Município de Recife, pleiteando uma indenização por danos materiais e morais devidos à prática de ato ilícito por agen-

13 Embora não se negue que haja semelhanças entre os recursos e a remessa necessária, como o idêntico procedimento no tribunal, há incidência do efeito substitutivo (art. 512 do CPC). Essa é a lição de NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61.

14 Vide farta indicação bibliográfica em JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24, nota 14.

te público municipal em serviço. Uma vez proferida a sentença de procedência, dela não recorre a municipalidade, o que faz com que o magistrado, por um lapso, certifique o trânsito em julgado, apto a permitir o início da execução do título judicial – *execução contra Fazenda Pública* – e não remeta os autos ao tribunal para o duplo exame.

Nessa situação, há várias formas pelas quais pode o Município de Recife impedir a expropriação de seu patrimônio, alegando a irregularidade do título. Como a Constituição Federal, no art. 100, § 1º, exige que o crédito que se tenha contra o Estado, para ser executado, advenha de decisão transitada em julgado¹⁵, tem-se que, se trânsito não houve (Súmula 423 do STF), não se tem título (*título executivo inexistente*), que é requisito específico ou condição da ação executiva¹⁶.

A inexistência de título é (a) questão de ordem pública (b) que independe, no caso, de maior dilação probatória para ser reconhecida (basta verificar nos autos se houve ou não a remessa). Por esse motivo, *a primeira técnica por meio da qual pode ser alegado o vício é a exceção ou objeção de pré-executividade*¹⁷. Também é possível alegar o vício em sede de embargos à execução, nos termos do art. 730 do CPC.

Por fim, é possível ajuizar uma demanda de impugnação pelo rito ordinário, com pedido de declaração de inexistência de título executivo judicial (*querela nullitatis*), visto

15 EREsp 638.620/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 01.08.2006, DJ 02.10.2006 p. 204. O julgado mencionado também é interessante, pois demonstra que o STJ determinou que é possível, desde logo, contra a parcela incontroversa da execução, expedir o precatório.

16 Vide sobre o assunto as excelentes obras de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 470; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

17 A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que dois são os requisitos para o cabimento da exceção de pré-executividade: a existência de vício de ordem pública e a desnecessidade de dilação probatória para comprová-lo. Nesse sentido: "Para que a exceção de pré-executividade possa ser acolhida, consoante entendimento pretoriano assente, as alegações formuladas não podem depender de dilação probatória. Precedentes: AgRg no REsp nº 751.333/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 27/02/2007; AgRg no Ag nº 763.772/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 01/02/2007". (AgRg no REsp 902.467/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 30.04.2007).

que não houve trânsito em julgado. De todos esses modos poderá se defender o Poder Público.

CASO 2: a Fazenda Pública é condenada a pagar R\$ 50.000,00 de reposição salarial a um servidor público aposentado e recorre dizendo que só deve R\$ 20.000,00. O Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal só analisa o conteúdo da apelação e reduz o quantum conforme alegado pelo Poder Público, embora a Fazenda nada deva. O caso em tela é bastante comum. Diante da concomitância do recurso de apelação que impugna parte da decisão desfavorável e da remessa necessária, o órgão recursal se olvida em reavaliar todo o conteúdo desfavorável ao Estado e julga somente aquilo que foi objeto de impugnação por meio do recurso, decidindo que o Estado confirma dever R\$ 20.000,00 e que considera inexistir direito a mais. Pela análise da fundamentação do acórdão nota-se que sequer se considerou a hipótese de que os R\$ 20.000,00 não fossem devidos.

Nesse exemplo, subsiste o mesmo vício apontado no CASO 1, embora com referência, somente, à parte da matéria impugnada. Poderá ser alegada a inexistência do título das mesmas formas antes delineadas.

Agora que já se estudou a origem da remessa necessária e a sua natureza jurídica, é importante perguntar *qual o fundamento para que exista, ou seja, o que justifica que a Fazenda Pública tenha tal prerrogativa em face dos seus governados?* Não haveria violação ao princípio constitucional da igualdade ou isonomia?

4 A fundamentação jurídica e política da remessa necessária

Dentre aqueles que se debruçaram sobre o tema do recurso necessário ou *ex officio* e, posteriormente, da re-

messa necessária, há uma justificativa comum para sua previsão: a necessidade de salvaguardar o interesse público, dada a sua magnitude e importância social¹⁸, garantindo-se que a sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública seja correta¹⁹.

Além dessa justificativa, Pedro Baptista Martins²⁰ apresenta outro interessante motivo para fundamentar a existência dessa prerrogativa da Fazenda Pública, que merece ser mencionado.

Segundo lembra o culto processualista, é uma faculdade do recorrente aquiescer tacitamente com o conteúdo da decisão, o que faz deixando de recorrer, dado que, em regra, o direito subjetivo que se tutela por meio do processo civil é disponível. Entretanto, essa atitude omisiva, de disposição de direitos, é incompatível com o regime público e indisponível que rege, em regra, a tutela da coisa pública.

Para evitar, portanto, que o descaso ou outros fatores façam com que se deixe de recorrer de decisões desfavoráveis ao erário público, é útil o instituto da remessa, desdobramento processual do princípio da *indisponibilidade dos bens públicos*.

Essa prerrogativa fere o *princípio da isonomia* ou da *igualdade*? Nelson Nery entende que se a remessa for interpretada como os tribunais superiores o fazem, servindo como meio apto a melhorar a situação da Fazenda Pública, mas nunca podendo agravá-la²¹, haveria violação ao

18 Vide, nesse sentido: FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 133; MARTINS, Pedro Baptista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 203; OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino. *Dos recursos no código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 131. Vide, na jurisprudência: STJ - REsp 16.467 - 1ª Turma - SP - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - DJU 10.03.1997.

19 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

20 MARTINS, Pedro Baptista. *op. cit.*, p. 203.

21 Súmula nº 45 do STJ: No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

princípio da igualdade²². A corrente utilização desse sucedâneo recursal, nos moldes como definido pela Súmula 45 do STJ, demonstra que a tese da inconstitucionalidade não tem guarida na *práxis forense*, embora seja teoricamente correta a conclusão a que chega Nelson Nery Jr.

5 As hipóteses de cabimento da remessa necessária

Após as observações acima realizadas, é necessário definir quais as hipóteses em que é cabível a remessa necessária e como o juiz de primeiro grau deve processá-la. Para a generalidade dos processos cíveis, ambas as definições estão contidas no art. 475 do CPC:

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.

§ 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 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

22 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

A redação atual do art. 475 foi determinada pela Lei 10.352/01, que implementou significativas alterações na estrutura dos meios de impugnação das decisões judiciais. Conforme se observa pela leitura da norma, em todos os casos nos quais é obrigatório o envio dos autos à instância superior para a apreciação necessária, existe a *sucumbência da Fazenda em primeiro grau de jurisdição*. Esse é, portanto, o primeiro *requisito positivo* de cabimento do instituto.

Além deste primeiro *requisito positivo*, há outro, contido no § 2º, do art. 475: *o valor da condenação ou do direito sobre o qual se controverte deve ser superior a 60 (sessenta) salários mínimos*. Outros comentários serão tecidos sobre essa circunstância logo abaixo.

Por último, há também dois *requisitos negativos de cabimento* da remessa, ou seja, duas circunstâncias que devem faltar a fim de que se utilize o instituto: (a) a decisão judicial não pode estar fundamentada em súmula ou jurisprudência do plenário do STF ou em súmula do STJ (art. 475, § 3º do CPC); (b) o Advogado-geral da União ou outro órgão administrativo competente (ex: Procuradoria-Geral do Estado) não houver editado súmula ou instrução normativa determinando, em algumas situações concretas, a não-interposição de recurso (art. 12 da MP 2.180-35/01).

Nesse ponto, atente-se para um detalhe: da decisão fundada em jurisprudência do STF somente não caberá a remessa necessária se o Plenário do Supremo Tribunal Federal for o prolator do precedente. Sabe-se que além do Plenário, o STF também é dividido em duas turmas, com competência regulada em seu Regimento Interno²³.

23 Sobre as competências da Primeira e da Segunda Turmas do STF vide o art. 9º do RISTF.

Como define o § 1º, do art. 475, a remessa se processa, na instância *a quo* (juízo de 1º grau) por meio de determinação do juiz, proferida em despacho, para que os autos subam ao tribunal²⁴. Em segundo grau, o procedimento é praticamente idêntico ao da apelação, havendo apenas uma significativa diferença: enquanto a apelação, em regra, deve ser remetida pelo relator ao revisor, que designará o dia para o julgamento, *em se tratando de remessa não haverá a figura do revisor*. Quando o art. 551 determina a revisão, refere-se única e exclusivamente à apelação, aos embargos infringentes e à ação rescisória.

Como lembra Pedro Baptista Martins, o hermeneuta deve interpretar restritivamente qualquer regra processual que possa incidir sob a remessa necessária, que é um favor legal à Fazenda Pública e que, por isso, não pode ser inflada a ponto de caracterizar um verdadeiro desrespeito à isonomia²⁵. Transcreve-se sua lúcida lição:

(...) a apelação *ex officio* deve ser interpretada como os privilégios em geral. Ora, a primeira e a mais pacífica das regras de hermenêutica é que o privilégio, como derrogação que é do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei²⁶, restritivamente há de ser interpretado: a sua esfera de aplicação será exatamente a definida na lei e não pode ser ampliada por meio de inferências ou de raciocínios analógicos.

Como a necessidade de revisão, em sede de remessa, adviria de uma interpretação analógica do art. 551 do CPC, deve

24 Ex: "DESPACHO. Remetam-se os autos para o tribunal, para o duplo exame necessário, nos termos do art. 475, I do CPC, com as minhas homenagens".

25 MARTINS, Pedro Baptista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 204. Seabra Fagundes, em obra datada de 1946, já aduzia que a jurisprudência tendia a interpretar restritivamente os casos de "recurso necessário" (remessa necessária). FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 143.

26 A chamada igualdade formal (igualdade perante a lei) pode e deve ceder, ante o caso concreto, à igualdade material (igualdade na lei), tratando-se os desiguais na medida de suas desigualdades. Vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 10; KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Impetus, 2007. p. 65 e ss.

ser rechaçada, de acordo com a precisa lição de Pedro Martins. *A regra de que a interpretação das normas referentes à remessa necessária deve buscar um resultado restritivo deve ser empregada de forma global na resolução dos diversos problemas práticos que podem ser gerados sobre o tema.*

Um último ponto relevante sobre o procedimento da remessa necessária relaciona-se ao seu julgamento. Como deve ser a conclusão do julgamento do relator? Com que palavras deve externar sua decisão, nos casos em que (a) *a remessa seja incabível*, ou seja, não preencha os requisitos de forma que permitem seu emprego, acima vistos; (b) *a remessa seja cabível, mas a sentença deva ser mantida*; (c) *a remessa seja cabível, mas a sentença deva ser modificada*?

Como será detalhado a frente, no julgamento dos recursos, a primeira análise, referente ao preenchimento de seus requisitos de forma, é exercitada por meios das expressões “*conheço*” ou “*não conheço*” o recurso. Já a avaliação do pedido recursal, no dispositivo do acórdão, ocorre pelo emprego das expressões “*dou provimento*” ou “*nego provimento*”, ao recurso²⁷. *Da mesma forma deve-se fazer ao se julgar a remessa necessária?*

Embora seja uma questão puramente estética, não se deve expressar o resultado do julgamento da remessa tal como se faz ao se decidirem os recursos. Explica-se:

Segundo o dicionário Houaiss²⁸, dentre os significados do verbo prover encontra-se “*dar deferimento a; deferir*”. Ora, defere-se ou se dá deferimento a um *pedido*, que não existe em sede de remessa necessária. Quanto a conhecer ou não o recurso, não há problema no emprego das expressões, visto que se referem ao resultado de atividade cognitiva que pode ser exercida até mesmo independente-

27 Sobre a diferença entre “conhecer” e “prover” um recurso, vide o excelente texto de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Que significa “não conhecer” de um recurso? In: ___ *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 125 e ss.

28 <http://houaiss.uol.com.br>.

mente de pedido, visto que o juízo de admissibilidade trata de questões de ordem pública.

Destarte, caso a remessa não seja cabível, o órgão julgador deve consignar “*não conheço a remessa necessária*”. Caso seja cabível, mas não haja modificação a ser feita na sentença, deve asseverar: “*conheço a remessa e mantenho a sentença*”. Por fim, sendo cabível e devendo-se alterar o julgamento de piso, deve dispor: “*conheço a remessa e anulo ou reformo a sentença*”, de acordo com a espécie de vício que contenha (*error in procedendo* ou *error in iudicando*).

Após traçar o perfil básico do cabimento da remessa necessária e suas características procedimentais, deve-se passar a um segundo estágio, que é o de enfrentar problemas práticos que podem surgir no cotidiano forense.

CASO 1: o Estado do Rio de Janeiro propõe execução fiscal no valor de R\$ 100.000,00 em face de Vinícius, que embarga e diz somente dever R\$ 80.000,00. Caso a sentença dos embargos seja de procedência, cabe remessa necessária? Embora a demanda de embargos à execução seja constitutiva negativa, visto que visa a desconstituir, total ou parcialmente, o título executivo (no caso a CDA), é possível apurar o benefício econômico que poderá trazer ao embargante, que é o critério para se saber se será cabível a remessa necessária ou não, nos termos do art. 475, § 2º.

No caso em tela, caso seja vitorioso, o embargante poderá impor à Fazenda Pública uma sucumbência de até R\$ 20.000,00, que é, pois, o valor econômico controvertido na demanda²⁹, inferior a 60 salários mínimos. Dessa forma, nessa situação não haveria direito à remessa necessária.

29 Segundo a pacífica jurisprudência do STJ, o valor econômico controvertido nos embargos também é critério para a determinação do valor da causa. Nesse sentido: “Nos embargos à execução, o valor da causa é igual ao quantum impugnado: se toda a execução, o valor da causa é o da execução; se parte da execução, é o da diferença entre o valor cobrado e o reconhecido. Precedentes. (AGREsp 426972/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23.08.2004).”

CASO 2: A remessa necessária é uma prerrogativa que se estende às empresas públicas e às sociedades de economia mista? Para que se responda a essa questão deve-se averiguar qual o procedimento que foi utilizado para a tutela de um alegado direito subjetivo contra empresas públicas ou sociedades de economia mista. Se o procedimento for o do mandado de segurança, ter-se-á uma resposta; se for outro o procedimento, como o da ação popular e o comum, a resposta será outra. Em primeiro, as situações específicas, referentes ao mandado de segurança e à ação popular.

Ab initio, é possível que um particular se insurja, em mandado de segurança, contra alegado ato coator praticado por agente vinculado a empresa pública ou sociedade de economia mista, desde que a atitude se vincule ao exercício de função pública delegada³⁰; também é possível que se ajuíze “ação popular” em face de empresa pública ou sociedade de economia mista³¹.

Tendo-se por premissa o que se afirmou no parágrafo antecedente, é preciso lembrar ao caro leitor que a remessa necessária nos procedimentos do mandado de segurança e da ação popular é regida por norma específica, cuja aplicação deve ser compatibilizada com a norma geral do art. 475.

No que tange ao mandado de segurança, existe incompatibilidade entre o *caput* e os incisos do art. 475 do CPC e o parágrafo único do art. 12 da LMS³², que apresentam hipóteses diferentes de cabimento da remessa. Por esse motivo, no *mandamus* se aplica o art. 12, parágrafo único

30 Nesse sentido os seguintes julgados: TRF1ª, AMS 2001.38.03.005761-5/MG, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, 5ª Turma, DJ 26.09.2003; TRF1ª, AMS 2001.38.00.034883-0/MG, Rel. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Quinta Turma, DJ 26.09.2003. Um caso análogo bem demonstra que até mesmo pessoa jurídica privada – que não empresa pública ou sociedade de economia mista – pode ser demandada por seus atos em mandado de segurança, desde que vinculados à delegação de função pública: o mandado de segurança contra ato de autoridade de instituição privada de ensino superior. Vide: STJ – CC 40512/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, DJ 05.04.2004.

31 Vide o art. 1º da Lei 4.717/65. A empresa pública e a sociedade de economia mista tanto podem ser réus na ação popular como beneficiadas pelo seu ajuizamento.

32 “Lei 1.533/51. Art. 12. *omissis*. Parágrafo único: a sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente”.

da Lei 1.533/51. Mas e quanto aos parágrafos do art. 475 do CPC, que regulam os dois casos em que não é cabível? *Ambos são compatíveis com a norma do art. 12, parágrafo único, devendo ser aplicados em conjunto.*

Desse modo, tem-se a primeira definição: *em sede de mandado de segurança, a remessa necessária é regulada pelo art. 12, parágrafo único da LMS c/c os parágrafos primeiro, segundo e terceiro do art. 475 do CPC*³³. Dessa forma, a primeira resposta ao questionamento formulado é: *em sede de mandado de segurança é possível que empresa pública e sociedade de economia mista sejam beneficiadas com a remessa necessária*³⁴, desde que (i) o impetrante se insurja contra ato de uma dessas entidades da administração indireta relacionado à delegação de função pública; (ii) obtenha a segurança na sentença; e (iii) a situação concreta não incida em uma das hipóteses dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC.

Agora a remessa necessária na ação popular: no procedimento da LAP (Lei 4.717/65), a remessa *ex officio* é regulada pelo *caput* do art. 19, que determina:

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois que confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente, caberá apelação, com efeito suspensivo.

Há patente incompatibilidade entre o *caput* do art. 475 do CPC e o *caput* do art. 19 da LAP, o que afasta a inci-

33 Nesse sentido: REsp 625219/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 29.11.2004. Em sentido contrário, negando a incidência dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC na remessa necessária em MS: REsp 723469, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 05.10.2006.

34 Nesse sentido: "A remessa necessária de sentenças concessivas em Mandado de Segurança é disciplinada pelo parágrafo único, do art. 12, da Lei nº 1.533/51, regra especial que deve prevalecer sobre a regra processual civil (art. 475, II, do CPC), de natureza genérica, ainda que se trate de impugnação de ato emanado por preposto de Sociedade de Economia Mista. Infringência ao mencionado dispositivo processual não caracterizada. Precedentes (REsp 280.292/PR e 253.723/PR). Recurso conhecido, porém, desprovido". (Resp 279217/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 29.10.2001).

dência da norma genérica, nesses limites. Quanto à aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 475 à remessa necessária no procedimento da ação popular, deve-se ter solução diversa da que proposta para o mandado de segurança, ou seja, nesse caso a solução mais correta é a da inaplicabilidade. Explica-se:

Tanto no art. 475 do CPC quanto no parágrafo único do art. 12 da LMS, tem-se que a Fazenda Pública ou quem exerça funções públicas é parte no processo e diretamente prejudicada por uma decisão judicial desfavorável. Nessas situações, tanto o Poder Público como seus delegatários tiveram o chamado “interesse público secundário” molestado. O fundamento do reexame, nesses casos, é possibilitar nova e necessária análise da situação litigiosa que envolve o interesse público secundário em questão.

Quando se analisa a remessa *ex officio* em sede de ação popular, tem-se que seu fundamento é outro: *é a defesa do interesse público* por um particular que representa a coletividade. É a defesa de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos relacionados à coisa pública. O fundamento da remessa é outro e, por isso, é inválido aplicar os parágrafos do art. 475 ao instituto regulado pelo art. 19 da LAP, que possui outros matizes e fundamentos.

Por isso não há como compatibilizar, como se fez em sede de mandado de segurança, a norma específica com os elementos da norma geral constantes nos §§ 2º e 3º, que restringem o cabimento do reexame obrigatório. Respondendo à pergunta formulada nesse caso prático, tem-se que *a sociedade de economia mista e a empresa pública, caso sejam réus em ação popular, não terão direito à remessa necessária.*

Por último, a remessa necessária no procedimento comum. *Aplica-se a prerrogativa às sociedades de eco-*

*nomia mista e às empresas públicas? A resposta é negativa*³⁵.

No correr desse tópico, foram traçadas três definições que agora serão essenciais para o deslinde desse último questionamento: (i) *a remessa necessária, prevista no art. 475 do CPC, é uma prerrogativa processual do Poder Público*; (ii) *“Poder Público” é expressão que compreende as pessoas administrativas regidas pelo direito público*; (iii) *por ser um privilégio, deve-se interpretar restritivamente o cabimento e as normas relativas ao reexame obrigatório*.

Ao analisar a situação das sociedades de economia mista e das empresas públicas à luz dessas premissas, deve-se concluir que a remessa necessária não é um direito que lhes pertença, no procedimento comum, pois não podem ser definidas como Poder Público, o que desautoriza que, por analogia, lhes seja deferida a prerrogativa em tela.

CASO 3: o cabimento da remessa necessária de acórdão que julga mandado de segurança originário de tribunal. A dúvida surge no operador do direito pelo fato de que, em todas as normas que tratam da remessa *ex officio*, determina-se que esse sucedâneo recursal seja cabível da sentença. Entretanto, há consentimento na doutrina³⁶ de que, em diversas normas processuais, o termo sentença é utilizado com significado mais amplo, abrangendo outras espécies de decisões, como os acórdãos. Exemplo disso tem-se na interpretação dos arts. 467, 468 e 485 do CPC.

Com base nesse raciocínio é que se pergunta: o termo *sentença* deve ser interpretado restritivamente ou pode

35 No processo do trabalho também se aplica o mesmo raciocínio. Vide, nesse sentido: RXOF 747930, Rel. Min. João Oreste Dalazen, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, 09.11.2001.

36 Vide, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 297, nota 2. Na jurisprudência: TST – RXOF 549925, Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal, Subseção II, DJ 15.03.2002.

englobar outras espécies de decisões judiciais, como os acórdãos, o que permitiria falar em cabimento da remessa necessária de acórdão do tribunal que julga mandado de segurança de sua competência originária?

Em mais de uma oportunidade já se expressou a idéia de que a hermenêutica restritiva deve nortear o operador do direito ao tratar da remessa necessária. Por esse enfoque, sentença deve ser entendida, única e exclusivamente, como sentença. Não cabe, portanto, reexame necessário na situação narrada nesse caso³⁷.

Complementando o raciocínio, não há que se falar, de igual modo, de remessa necessária de decisão interlocutória, a revestir a forma que teria o recurso de agravo³⁸.

CASO 4: o que significa o termo “sentença proferida contra” o Poder Público, contido no art. 475 do CPC. Somente sentenças de mérito ou também *sentenças terminativas*? A dúvida surge da falta de clareza do texto legal e da possibilidade de que sejam proferidas três espécies de decisões desfavoráveis à Fazenda Pública: (a) *uma decisão que extinga o processo sem resolução do mérito, na situação em que o Poder Público seja autor*; (b) *a hipótese em que se julgue procedente o pedido feito em face de um dos entes regidos pelo direito público*; e (c) *o caso em que a demanda ajuizada pela Fazenda Pública seja julgada improcedente, no mérito*.

Pergunta-se: *nas três hipóteses é cabível a remessa ex officio*? A resposta é negativa, visto que na circunstância (a) é pacífico que não incide a prerrogativa em tela. A

37 A jurisprudência se pronuncia nesse sentido: STF – MS 20932, Rel. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 19.05.89; TST – RXOFROMS 328697, Rel. Juiz Convocado Ricardo Mac Donald Ghisi, Subseção II, 15.10.99.

38 Seabra Fagundes, em sua clássica obra sobre os recursos ordinários, datada de 1946, defende a possibilidade de que o recurso necessário apresente o nome de agravo *ex officio* pelo fato de que, à época, a Lei dos executivos fiscais vigente, nos arts. 53 e 45, determinava a remessa necessária e dizia que da sentença caberia agravo. FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 133.

remessa necessária é cabível somente contra sentença de mérito. Transcreve-se aresto do STJ:

O artigo 475 do CPC não constitui óbice à medida antecipatória, pois 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. “As sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC 267), bem como todas as decisões provisórias, não definitivas, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidas pela remessa necessária. (REsp 424.863/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05.08.2003, DJ 15.09.2003 p. 293)³⁹.

Na interpretação sistemática do art. 475 do CPC pode-se buscar justificativa para esse entendimento, desde que se tenha em vista um resultado restritivo da hermenêutica da norma em questão. Explica-se:

Embora o *caput* do art. 475 utilize a cláusula genérica “sentença proferida contra”, o parágrafo segundo especifica que sentenças condenatórias ou que se refiram a objeto litigioso de valor inferior a sessenta salários mínimos não devem ser objeto de reexame necessário. Perceba que, para a fixação do cabimento dessa prerrogativa legal, é essencial que se examine o conteúdo da sentença e que nele se apure uma perda patrimonial imposta pela sentença, o que não ocorre nas situações em que se extingue o processo sem julgamento de mérito, deixando-se de analisar o pedido formulado pela Fazenda Pública. Em suma, é a sentença de mérito que impõe a derrota suficiente para o cabimento da remessa necessária.

39 No mesmo sentido: REsp 424.863/RS; TJES - AI 024009006495 - Rel. Des. José Eduardo Grandi Ribeiro - Julg. 06.08.2001.

Corroborando essas palavras, transcreve-se trecho de acórdão proferido pelo Ministro do STJ Teori Albino Zavascki, emérito processualista:

Ademais, a aferição dos seus pressupostos (*da remessa*) é feita, não pelos elementos econômicos da demanda, e sim pelos que decorram da sentença que a julga. (REsp 625219/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 29.11.04)

Sobre o assunto, entretanto, há ainda duas situações interessantes a serem tratadas: (a) a das chamadas “*falsas sentenças de carência de ação*”, que são aquelas que, embora aparentemente tenham julgado o processo extinto sem resolução do mérito, efetivamente o apreciaram⁴⁰; (b) a da natureza meritória de algumas sentenças tradicionalmente encaradas como de carência de ação. Primeiro a situação descrita na letra (a).

Imagine um caso em que o magistrado, embora tenha efetivamente decidido o mérito, já que constatou não existir direito material do autor em face do réu, por um juízo equivocado julgue extinto o processo sem resolução do mérito, por falta de legitimidade ativa *ad causam*. Pense no seguinte exemplo, envolvendo a Fazenda Pública Federal:

A União ajuíza uma demanda em face de Augusto, pleiteando a reintegração de posse de um terreno do qual alega exercer utilização econômica, como se proprietária fosse, há mais de dez anos. Augusto, em sua contestação, afirma que a União é ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, visto que o terreno está na sua posse há mais de vinte anos, como demonstra pela juntada de farta docu-

40 Vide sobre o tema as considerações de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 253-255; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994. p. 315 e ss.

mentação, como contas de água, luz e telefone, carnês do IPTU, licenças de obra obtidas na Prefeitura do Município onde se encontra a área etc.

Ao analisar a situação, em julgamento antecipado da lide, o magistrado de piso julga o processo extinto, sem resolução do mérito, acatando a tese do réu de ilegitimidade ativa *ad causam* da União. Para completar o quadro, suponha que a Fazenda Nacional perca o prazo para recorrer e o juiz, com base na jurisprudência do STJ, já citada, não remeta os autos para o Tribunal de Justiça, certificando o trânsito em julgado. *Como proceder nessa situação?*

Na situação narrada, o magistrado foi induzido a erro pelo réu, visto que o caso não se trata de ilegitimidade, mas sim de improcedência. A União é legítima, ou seja, está autorizada pela lei a vir em juízo defender, em nome próprio, a posse de uma área que afirma ser sua. A legitimidade, nesse caso, é aferida com base na *teoria da asserção*, que determina que as condições da ação sejam investigadas a partir da análise de elementos contidos na petição inicial e nos documentos com ela juntados aos autos pelo autor⁴¹.

O que o juiz constatou no exemplo dado, com base em *cognição exauriente* de elementos probatórios, ou seja, pelo cotejo da relação material em concreto⁴², foi que a posse da área pertence a Augusto. Houve, claramente, apreciação do mérito, do pedido, atestando-se que a União não detém a posse do imóvel. Está-se diante de uma *falsa*

41 A teoria da asserção é duramente criticada, pois se diz que tenta distinguir o que parece inseparável, criando, como no caso em tela, uma distinção artificial entre legitimidade e mérito. Não obstante as críticas, é bastante difundida na prática forense. Vide a respeito da teoria da asserção e suas críticas, KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 231 e ss; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 318.

42 Para que se analisem as condições da ação, a relação de direito material tem que ser apreciada em hipótese, como defende o processualista italiano Crisanto Mandrioli. Vide MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Torino: Giappichelli, 2000. v. 1, p. 52.

*sentença de carência de ação*⁴³, já que houve julgamento de mérito.

Partindo-se dessa premissa, o magistrado prolator da decisão deveria ter remetido os autos ao Tribunal Regional Federal para o duplo exame, sob pena de que a decisão não transitasse em julgado, *mas não o fez. Como, agora, resolver o problema?*

Em primeiro lugar, tem-se por premissa que a alegação do Poder Público será a de que no processo anterior subsiste um vício de inexistência, já que não há coisa julgada e, portanto, decisão definitiva sobre a lide.

Como todas as espécies de invalidade processual precisam ser decretadas, necessitará ajuizar uma demanda declaratória de inexistência de coisa julgada (*querela nullitatis*), fundamentando que: (a) no processo anterior se teve, em verdade, sentença de mérito desfavorável à Fazenda Pública e não sentença de carência de ação; (b) por isso deveria ter-se obedecido ao comando do art. 475, que determina o duplo exame necessário; (c) como assim não ocorreu, incide o enunciado da Súmula 423 do STF. Com base nesses motivos, requererá a declaração de que não houve trânsito em julgado, determinando-se o desarquivamento dos autos do primeiro processo e a sua remessa ao Tribunal Regional Federal.

Ainda sobre a carência de ação e a remessa necessária, há um tema bastante interessante, relacionado à *impossibilidade jurídica do pedido*. De Calmon de Passos⁴⁴, passando por Ovídio Baptista e Fábio Gomes⁴⁵, até José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁶, há diversos pronunciamentos

43 Alguns outros exemplos de falsa carência: AI 821.916/SP, Rel. Min. Denise Arruda, decisão monocrática, DJ 12.12.2006; AI 652.721/SP, Rel. Min. Denise Arruda, decisão monocrática, DJ 01.06.2005.

44 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960. p. 33-35.

45 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

46 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 256.

tos no sentido de que a impossibilidade jurídica do pedido não seria autêntica condição da ação, e, uma vez declarada, ter-se-ia julgamento de mérito.

Transcreve-se a lição de Bedaque:

Pedido juridicamente possível é aquele que, considerados em tese os três elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido), não encontra óbice expresso no ordenamento jurídico material. Mas, ao reconhecer que determinado pedido é juridicamente impossível, ainda que o faça tão-somente com base nas alegações do autor, a rigor, o juiz indefere o pedido de tutela jurisdicional, porque a pretensão não encontra amparo no plano material. Não importa que tal conclusão esteja informada por cognição sumária dos fatos. Ela é suficiente para possibilitar a formação do convencimento sobre a improcedência do pedido⁴⁷.

Caso seja aceita a interessante tese exposta, consequência lógica é o cabimento da remessa necessária da sentença que julgue o processo declarando a impossibilidade jurídica do pedido formulado pelo Poder Público.

CASO 5: num processo em que tanto a parte ativa quanto a parte passiva da demanda sejam sujeitos regidos pelo direito público (Ex: Município que ajuíza demanda em face de outro Município), haverá remessa necessária caso qualquer uma das duas seja derrotada no mérito? No caso em tela, caso o magistrado julgue a demanda no mérito, necessariamente haverá a remessa, pois se terá sucumbência da Fazenda Pública, seja do ente que se encontra no pólo ativo, seja daquele que está posicionado no pólo passivo.

47 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 256.

CASO 6: o cabimento dos embargos infringentes de acórdão que, ao julgar a remessa necessária, reformou, por maioria de votos, a sentença desfavorável à Fazenda Pública. O cabimento do recurso de embargos infringentes foi modificado pela Lei 10.352/01, que alterou a redação do art. 530 do CPC.

Antes da alteração legislativa, a norma em comento tinha a seguinte redação:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Devido à regra de interpretação já enunciada de que o cabimento da remessa necessária deve ser extraído da lei processual de forma a restringi-lo ao máximo possível, o STJ fixou o entendimento⁴⁸ de que era incabível o recurso de embargos infringentes de acórdão que, por maioria, julgasse somente a remessa necessária (no caso em que, junto a ela, não tivesse havido a interposição de recurso).

Entretanto, com a reforma processual deflagrada pela Lei 10.352/01, houve uma alteração redacional que poderia modificar o entendimento anterior. Transcreve-se o novo teor do art. 530 do CPC:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, *em grau de apelação*, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Embora a finalidade do legislador reformador tenha sido restringir o âmbito de incidência dos embargos infringentes

48 Nesse sentido: REsp 200.071/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 10.05.1999.

tes, inseriu-se expressão cujo teor poderia permitir o contrário, ou seja, o emprego deste recurso contra acórdãos de remessa necessária. Trata-se da locução “*em grau de apelação*”. Antes da reforma a lei dizia que os infringentes cabiam de acórdão de apelação. Agora se diz de acórdão *em grau de apelação*.

A remessa necessária é um sucedâneo recursal que atua *em grau de apelação*, ou seja, no mesmo momento procedimental e fazendo-lhe as vezes. Será, então, que a partir da vigência da nova redação do artigo de lei, o entendimento antigo deveria ser modificado?

O Superior Tribunal de Justiça, intérprete final da legislação federal infraconstitucional, de forma majoritária, entende que deve ser mantido o posicionamento pretérito, ou seja, o de falta de cabimento dos embargos infringentes de acórdão que julgou a remessa *ex officio*⁴⁹.

Entretanto, há um acórdão da corte superior⁵⁰ que adota a tese minoritária do cabimento dos infringentes da decisão não unânime proferida no julgamento da remessa necessária. Transcreve-se a ementa do julgado:

Pacificado que a remessa de ofício equipara-se a recurso para os fins do art. 557 do CPC (Súmula 253/STJ), revela-se plausível interpretar extensivamente o termo “apelação” contido no art. 530 do Código, para permitir a interposição de embargos infringentes em decisão não unânime proferida em reexame necessário. (REsp 604.538/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 18.12.2006)

49 Nesse sentido: AgRg no REsp 823.905/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 04.09.2006; REsp 402970/RS, Rel. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 01.07.04.

50 A existência desse julgado divergente seria uma ótima oportunidade para que se tivesse interposto à Corte Especial do STJ o recurso de embargos de divergência (art. 546 do CPC e 266 do RISTJ), a fim de que o tribunal superior tivesse pacificado a questão, importante para a segurança dos jurisdicionados. Infelizmente assim não se procedeu, como se nota pelo acompanhamento processual.

Embora na doutrina haja diversas autorizadas vozes⁵¹ que pugnam pelo cabimento do recurso, é acertado o entendimento majoritário do STJ, devido à adoção que aqui se faz da premissa hermenêutica restritiva⁵². Ademais, seria um contra-senso, dado o critério histórico de interpretação do ordenamento processual, defender a expansão do cabimento de um recurso (os embargos infringentes) com base em uma nova redação que veio justamente fazer o contrário.

CASO 7: o julgamento monocrático da remessa necessária, com suporte no art. 557 do CPC. Existe uma regra no Direito brasileiro que é a de que os julgamentos proferidos nos tribunais sejam colegiados, ou seja, que deles participe mais de um julgador (pelo menos três). Essa regra é excepcionada pelas hipóteses em que as normas processuais autorizam que somente um magistrado (o relator do recurso ou do processo de competência originária do tribunal) julgue-o sozinho, por meio de *decisão monocrática*.

Uma dessas regras que permitem o julgamento monocrático é o art. 557, *caput* do CPC, *in verbis*:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

51 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novas vicissitudes dos embargos infringentes. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, n. 25, jul./set. 2002, p. 523; ASSIS, Araken de. Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, p. 115-139; SHIMURA, Sérgio. Embargos Infringentes em seu novo perfil. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 505-506. Nelson Nery Jr. elenca extenso rol de processualistas que defenderam o cabimento dos embargos infringentes na situação em epígrafe. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61, nota 46.

52 O acórdão do STJ que pugnou pelo cabimento dos embargos infringentes em sede de remessa necessária foi julgado por maioria, sendo derrotado o relator, Luiz Fux, que utilizou, como fundamentos para se posicionar pelo não cabimento dos infringentes justamente aqueles descritos no parágrafo em epígrafe. Vide REsp 604.538/PR.

Embora a norma transcrita tenha sido criada para regular o julgamento de recursos, *pode ser analogicamente empregada para o julgamento monocrático da remessa necessária, cujo procedimento é praticamente idêntico ao da apelação?* O STJ entendeu que sim, editando sobre o tema a Súmula 253, que determina: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Embora se tenha, no caso, interpretação analógica, a mesma tem por intuito agilizar o procedimento da remessa, o que é compatível com a linha de raciocínio que vem sendo defendida ao longo do texto.

CASO 8: o cabimento da remessa necessária das sentenças que julgam improcedentes os embargos à “execução contra a Fazenda Pública”. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra uma interessante discussão acerca do cabimento da remessa necessária da sentença que, ao apreciar os embargos à execução propostos pela Fazenda Pública (art. 730 do CPC), os julga improcedentes, decretando a sucumbência do Poder Público e a continuidade da execução, que é definitiva⁵³.

O Poder Público defende que, na situação narrada, a remessa é cabível com base no inciso I, do art. 475, do CPC, que a prevê quando for proferida sentença contrária à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município e às respectivas autarquias e fundações de direito público.

O STJ, entretanto, pacificou entendimento divergente, no sentido de que é incabível o duplo exame obrigatório caso a Fazenda Pública seja sucumbente nos embargos que ajuizou em execução proposta contra ela, nos seguintes termos:

53 Sobre a definitividade da execução contra a Fazenda Pública após o julgamento, em primeiro grau, dos embargos à execução, vide: EDcl no REsp 790.303/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 09.11.2006; REsp 437.912/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 2.8.2004; AgRg na MC 11.128/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 13.03.2006.

O art. 475, I, do CPC, não é aplicável às sentenças julgadas improcedentes em embargos à execução propostos pela Fazenda Pública, conforme precedente desta Corte: REsp 318.861/PB; Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20.3.2006. Em relação à divergência jurisprudencial invocada, esta Corte, como visto acima, já firmou entendimento contrário ao dos acórdãos paradigmas, o que faz incidir a Súmula 83/STJ. (REsp 499.182/AL, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 11.12.2006).

A remessa necessária só cabe no processo de execução quando tratar-se de provimento total ou parcial de embargos opostos por particular em execução de dívida ativa da Fazenda Pública. (REsp 357.216/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 25.05.2006).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que não está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a Fazenda Pública em embargos à execução de título judicial. (AgRg no Ag 583.999/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 01.08.2005)⁵⁴.

O acertado entendimento do STJ se funda em interpretação sistemática e restritiva do art. 475 e incisos. Explica-se: caso o legislador processual tivesse a intenção de admitir a remessa em toda e qualquer fase ou procedimento jurisdicional (cognitivo, executivo, cautelar), bastaria que o artigo de lei contivesse o inciso I, que é deveras abrangente.

Todavia, com a inclusão do inciso II, quis-se limitar a remessa necessária das sentenças que julgam os embargos à execução desfavoravelmente à Fazenda Pública so-

54 Em sentido contrário, julgado mais antigo, datado do ano de 2000. REsp 252.753/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 14.08.2000 p. 152.

mente no procedimento da execução fiscal (Lei 6.830/80). Se assim não fosse, ou seja, se de qualquer julgamento de embargos à execução desfavorável à Fazenda Pública coubesse à remessa, seria inútil o inciso II.

Consigna-se no inciso II do art. 475, pois, uma restrição à remessa necessária em sede da demanda de impugnação de embargos à execução. Em sede de embargos de terceiro, demanda diversa e de finalidade específica, não incide a mesma vedação⁵⁵.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é correto na medida em que restringe o cabimento do instituto com base em análise sistemática do *caput* e dos incisos do art. 475.

CASO 9: a reformatio in pejus na remessa necessária. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, ao julgar a remessa necessária, o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal não pode piorar a situação da Fazenda Pública, sucumbente em primeiro grau. Ou seja, tal como se dá em sede recursal, fixou-se a regra da proibição da *reformatio in pejus*. Assim se lê na Súmula 45 do STJ:

Súmula 45: No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

No que tange, portanto, aos limites da reapreciação da decisão, a remessa necessária é idêntica aos recursos.

Nelson Nery Jr.⁵⁶ é um ferrenho crítico dessa postura e forma de se limitar a remessa *ex officio*, afirmando que, do modo como é interpretada, é inconstitucional, visto que se

55 REsp 674.400/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 19.09.2005.

56 Sobre o tema, vide as seguintes obras do processualista paulista: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63; *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 162-164.

reverte tão-somente em mais um favor à Fazenda Pública, ferindo o princípio da isonomia⁵⁷.

Transcreve-se o parecer do renomado jurista:

Se se considerasse preclusa a sentença para o particular, estar-se-ia estabelecendo diferença de tratamento entre as partes, o que constituiria ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF). A inconstitucionalidade seria patente, pois a devolutividade acarretada pela remessa obrigatória seria “parcial”: só poderia ser modificada a sentença se a reforma “favorecesse” a Fazenda Pública⁵⁸.

Em complemento ao raciocínio desenvolvido, poderia ser dito que o duplo exame necessário é uma forma de concretizar o *princípio inquisitivo*, que afasta dos desígnios das partes a condução do processo, seja na determinação dos contornos da lide, seja na produção de provas ou na impugnação das decisões judiciais. Destarte, não faria sentido atribuir uma característica nitidamente dispositiva, que é a vedação à *reformatio in pejus* ao instituto em tela.

É relevante e pertinente manter vivo esse debate doutrinário, pelo emprego de argumentos consistentes, a fim de que se tente reverter o entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula 45 do STJ, que trata a remessa necessária como se *recurso compulsório* fosse, por mais incongruente que seja pensar, simultaneamente, em recurso e em obrigatoriedade.

Uma vez exposta a *regra* de que é vedado agravar a situação da Fazenda Pública no julgamento da remessa (proibição da *reformatio in pejus*), é essencial entender

57 Em sentido contrário: “Tratando-se de reexame em prol da Fazenda, o que se impede é a *reformatio in pejus*, não porque o reexame represente recurso, mas antes, porque contraria a *ratio essendi* do instituto”. (REsp 702.442/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 05.09.2005).

58 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 163.

como essa diretriz funciona na prática, por meio da menção a situações que reiteradamente ocorrem no foro:

- a) *majoração dos honorários advocatícios no julgamento da remessa necessária*. O STJ entende que, nesse caso, haveria a *reformatio in pejus*, o que veda a Súmula 45⁵⁹;
- b) *acréscimo, de ofício, da condenação acessória (correção monetária e juros de mora), que havia sido negligenciada no juízo de piso*. Há reforma para pior, embora no caso em tela o agravamento da situação da Fazenda Pública seja aceito, visto que tais parcelas, por expressa autorização legal (art. 293 do CPC)⁶⁰, devem ser incluídas na condenação de ofício, independentemente de pedido, tanto em primeiro grau quanto no reexame necessário⁶¹, corrigindo-se o *error in procedendo* verificado (omissão)⁶². A mesma coisa se dá caso a sentença tenha, de modo genérico, estipulado a condenação acessória, mas tenha sido omissa em fixar índices e os termos iniciais de incidência, pois nesse caso também se caracteriza a omissão⁶³.

Esse exemplo demonstra, com perfeição, que a proibição da *reformatio in pejus* é uma regra, mas que apresenta exceções, que estarão relacionadas à análise de questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, que geralmente se identificam com os ví-

59 RESP 264264/BA, Rel. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 15.03.2004, p.219.

60 O STJ entende que a autorização se estende à correção monetária, que é mera atualização do poder de compra da moeda. Vide: REsp 722.475/AM, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 01.07.2005.

61 Nesse sentido: AgRg no REsp 820.635/AL, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 19.06.2006; REsp 499.392/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, DJ 04.10.2004.

62 O presente exemplo é perfeito para demonstrar a afirmação feita por Calamandrei e comentada *supra* de que há casos em que uma mesma situação processual caracteriza, simultaneamente, *error in procedendo* e *error in iudicando*. O primeiro se verifica, pois houve desrespeito à regra processual de julgamento que determina a condenação, *ex officio*, nos juros legais. O segundo, pelo fato de que o montante da quantia devida pelo réu ao autor restou erroneamente configurado.

63 AgRg no REsp 777.987/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.02.2006; AgRg nos EREsp 801.138/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 19.03.2007.

cios na forma processual, embora também possam dizer respeito à matéria ligada ao direito material (ex: prescrição e decadência)⁶⁴;

- c) *aumento da taxa de juros estipulada em primeiro grau ou modificação de índice, mais gravoso, para o cálculo da correção monetária*. O caso em tela é um pouco diverso do anterior, visto que aqui o juiz de piso definiu a condenação acessória. Entretanto, em análise da remessa necessária, o tribunal pretende agravar, de ofício, tais acessórios da dívida principal. Nesse caso, como não há *error in procedendo* que possa ser corrigido de ofício, mas sim *error in iudicando*, incide a vedação da Súmula 45⁶⁵, pois não há declaração de vontade do sucumbente em rever o julgamento desse capítulo da sentença⁶⁶.

CASO 10: o não cabimento da remessa necessária e a condenação inferior a 60 salários mínimos⁶⁷. A última situação prática que se quer colocar é a seguinte: suponha que Natália ajuíze uma demanda indenizatória em face do Estado do Espírito Santo, cujo pedido seja o de condenação da Fazenda Pública a pagar a quantia de R\$ 22.000,00, devido à prática de ato ilícito por agente público, que lhe causou danos materiais.

64 Vide a precisa lição de NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 156-157.

65 “O Tribunal de origem, ao julgar a remessa necessária, agravou a situação da Autarquia Previdenciária quando modificou o critério de correção monetária estabelecido pela sentença, sem que houvesse recurso da parte autora para tanto. Aplicável à espécie, o enunciado sumular nº 45/STJ: “No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”. (REsp 843.834/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 09.11.2006). No mesmo sentido: TRF1ª R. - ED 01000924481/MG, 2ª Turma Sup. Rel. Des. Fed. Carlos Alberto Simões de Tomaz, DJ 20.05.2004, p. 43; TRF 3ª R, EAC 207388 , 2ª Seção - Rel. Des. Fed. Cecilia Marcondes, DJ 24.11.2005.

66 Sobre a idéia de capítulos da sentença, vide o item 3.4. do capítulo 4 e as obras de GUIMARÃES, Luiz Machado. *Limites objetivos do recurso de apelação*. Guanabara: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962. p. 79 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

67 Situação sugerida pelo professor e magistrado capixaba Aldary Nunes Jr., a quem se registra o agradecimento.

Ao sentenciar, o juiz singular acolhe o pedido integralmente, imputando ao Estado o dever de pagar o principal, os juros legais e a correção monetária, na forma da lei, bem como os honorários de sucumbência, à razão de 10% da condenação (art. 20, § 3º). Como o valor da condenação principal, que corresponde ao pedido formulado, é inferior a sessenta salários mínimos, o juízo *a quo* não procede à remessa obrigatória dos autos ao Tribunal de Justiça, para o duplo exame, inexistindo apelação.

Sabe-se, todavia, que somado ao valor dos acessórios (correção monetária e juros legais), o total da dívida, no momento da publicação da sentença, extravasa o teto de sessenta salários mínimos (quando a sentença se torna ato jurídico processual perfeito, surge o dever, no caso concreto, de remetê-la ao tribunal, tal como se dá com os recursos⁶⁸).

Com base na situação narrada, eis que aparece a dúvida: *para fins de cabimento da remessa necessária, deve-se considerar toda a condenação sofrida pela Fazenda Pública (dívida principal mais seus acessórios) ou só o montante original?*

Para resolver a dúvida, deve-se analisar o conteúdo do art. 475 e, especialmente, seu § 2º. Ao ler-se o parágrafo mencionado, percebe-se que o elemento processual que deve ser observado pelo magistrado, ao avaliar o cabimento da remessa necessária pelo critério econômico, é o *valor da condenação*, que, por óbvio, engloba o principal da dívida, os juros, a correção monetária, e não o valor pedido ou mesmo o valor dado à causa.

68 De forma diversa pensa Nelson Nery Junior, para quem o dever de remessa dos autos ao tribunal não nasce com a publicação da sentença, o que quebraria o paralelismo com os recursos, cujo direito à interposição surge no momento em que a decisão gravosa é publicada e se torna ato jurídico perfeito no processo. NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Assim decidiu o STJ:

Ademais, a aferição dos seus pressupostos (*da remessa*) é feita, não pelos elementos econômicos da demanda, e sim pelos que decorram da sentença que a julga. (REsp 625219/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 29.11.04)

A resposta à questão apresentada é a de que se considera, para fins de cabimento da remessa necessária, o total da condenação por quantia provida na sentença, ou seja, o valor principal, acrescido da correção monetária e dos juros de mora *que teriam incidido até a data de publicação da sentença*. Caso o juiz singular tenha dificuldade, dadas as peculiaridades do caso, em aferir se o *quantum* supera o teto de sessenta salários mínimos, deve requerer o auxílio, por meio de despacho, da Contadoria da Comarca.

Respondida a questão, ainda é de se perguntar por quais meios processuais pode ser alegada esta nulidade (*da espécie inexistência processual*), que tem como efeito descaracterizar o trânsito em julgado, que não houve. Várias são as possibilidades.

Como muito provavelmente a Fazenda Pública não irá cumprir espontaneamente a obrigação judicialmente determinada, Natália necessitará ajuizar uma “execução contra a Fazenda Pública”. No curso da execução, dois são os meios pelos quais o poder público pode arguir o vício: (a) *exceção de pré-executividade*, visto se tratar de vício de ordem pública (a falta de remessa acarreta a não formação da coisa julgada e, por isso, a inexistência do título executivo judicial, que é condição da ação executiva); (b) *embargos à execução*, fulcrados no art. 741, II, do CPC (como o título não existe, é inexigível a obrigação que ele consigna); (c) *querela nullitatis*, já que se tem alegação de *inexistência processual*. Todos são meios viáveis e válidos para perseguir o objetivo desejado, que é declarar a impos-

sibilidade de se executar o comando judicial e determinar a remessa dos autos ao tribunal para que se cumpra o trâmite previsto pela lei processual.

Há ainda uma situação não considerada e que precisa ser enfrentada para que se ultimem os comentários que estão sendo feitos: imagine que o acolhimento do pedido, computando-se o principal, os juros e a correção monetária, não ultrapasse os sessenta salários mínimos. Todavia, o cômputo dessas verbas com a condenação nos honorários advocatícios e custas processuais atinja e ultrapasse o teto. Pergunta-se: *no exemplo dado, é cabível a remessa necessária?* Como será demonstrado, o melhor entendimento é o de que não cabe a remessa nessa circunstância.

O § 2º, do art. 475, do CPC, traça dois padrões econômicos para a aferição do teto de sessenta salários mínimos: o valor da condenação e o valor do direito controvertido. Assim o faz, pois nem toda demanda tem por conteúdo pretensão condenatória ao recebimento de quantia, e seria um ferimento à isonomia inadmitir a remessa só das sentenças que tenham imposto condenação em dinheiro.

Os dois critérios (valor da condenação e valor do direito controvertido) guardam relação entre si, visto que voltados a um mesmo fim. Sendo assim, o valor da condenação deve ser entendido em consonância com valor do direito controvertido, englobando, tão-somente, o quantum referente ao objeto litigioso do processo, extraindo-se as verbas sucumbenciais. Em resposta à pergunta, portanto, *não caberá a remessa caso o teto de sessenta salários mínimos somente seja ultrapassado se forem somadas as condenações acessórias relativas à sucumbência (custas e honorários)*. Mais uma vez observa-se interpretação sistemática e restritiva do cabimento do reexame necessário.

6 Referências

ASSIS, Araken de. Admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1935.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novas vicissitudes dos embargos infringentes. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, n. 25, jul./set. 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Que significa “não conhecer” de um recurso?* In: — *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex officio no sistema do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: Cedam, 1994.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Limites objetivos do recurso de apelação*. Guanabara: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Torino: Giappichelli, 2000. v. 1.

MARTINS, Pedro Baptista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil e commercial*. 5. ed. São Paulo: Typographia Acadêmica, 1936.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino. *Dos recursos no código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

SHIMURA, Sérgio. Embargos infringentes em seu novo perfil. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

1.3

NOTAS SOBRE O EFEITO SUBSTITUTIVO DO RECURSO E SEU REFLEXO NA AÇÃO RESCISÓRIA

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. Efeitos dos recursos: natural preponderância do efeito devolutivo. 2 Aspectos gerais envolvendo o efeito substitutivo – sua limitação ao campo da devolutividade. 3 Outro enfoque sobre o efeito substitutivo do recurso e da competência para a rescisória. Substituição somente em relação aos argumentos recorridos.

1 Introdução. Efeitos dos recursos: natural preponderância do efeito devolutivo

Tema dos mais interessantes de teoria geral dos recursos refere-se ao estudo dos seus efeitos e os conseqüentes reflexos na própria esfera recursal, na competência para o cumprimento da decisão judicial e para o ajuizamento de eventual ação rescisória.

O que se pretende com este breve ensaio é enfrentar situação ligada ao chamado *efeito substitutivo* dos recursos, especialmente por força da necessidade de se analisar qual o tribunal competente para eventual rescisória.

Contudo, visando enquadrar melhor o tema, mister lançar algumas linhas envolvendo os efeitos *devolutivo*, *suspensivo* e *translativo*, e a limitação destes últimos em relação ao primeiro. Por força dessa referida limitação, defender-se-á a *preponderância do efeito devolutivo dos recursos sobre qualquer outro*.

Aliás, este é inerente a todos os recursos, possui como embrião o próprio princípio dispositivo e pode ser concei-

* Mestre e Doutor em Direito (UFPA). Procurador do Estado do Pará. Professor titular da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal.

tuado em poucas palavras como a possibilidade de remessa da matéria impugnada para apreciação pelo mesmo ou outro órgão jurisdicional. Em geral há previsão no efeito devolutivo no art. 515 do CPC¹ e costuma-se classificá-lo em *extensão e profundidade*.

A devolutividade por extensão² indica que serão remetidos ao órgão *ad quem* exatamente a matéria impugnada, a teor da previsão contida no art. 515 do CPC, ao passo que a análise do efeito devolutivo por profundidade consagra a permissão de discussão de questão suscitada e discutida, mesmo não resolvida por inteiro na sentença³.

Assim, caso ocorra, *v.g.*, cumulação simples de pedidos resolvidos em única sentença, o efeito devolutivo remeterá ao conhecimento e julgamento pelo tribunal os capítulos efetivamente impugnados, transitando em julgado os que não foram objeto de irresignação recursal. Assim, fala-se em recurso total ou parcial, dependendo do conteúdo do apelo⁴.

Destarte, em caso de recurso parcial (impugnando apenas parte do julgado) há limitação da devolutividade pelo próprio recorrente, não podendo o tribunal resolver capítulo não posto no apelo e já trânsito em julgado.⁵

-
- 1 Referido dispositivo, apesar de constar no capítulo que trata do recurso de apelação, é aplicável em toda a sistemática recursal.
 - 2 Aspecto que trará reflexo também no efeito substitutivo – como restará claro posteriormente.
 - 3 Claro que se trata apenas de uma pequena visão do efeito devolutivo, considerando ser objetivo principal do presente trabalho analisar aspecto diferenciado do efeito substitutivo recursal.
 - 4 Essa classificação, portanto, dependerá dos capítulos efetivamente recorridos. Bem a propósito, observa Virginia Brodbeck Bolzani: “quanto à extensão, a apelação pode ser parcial ou plena. A apelação será parcial quando o vencido recorrer para impugnar parte da sentença. A apelação pode ser plena tanto quando o vencido recorrer para impugnar a totalidade da sentença, como quando, havendo sucumbência recíproca, as partes apelarem da parte da sentença que lhes for desfavorável”. Em seguida, conclui afirmando que “as partes da sentença não atacadas na apelação não serão objeto de reexame pelo tribunal. Ao contrário, em relação a elas operar-se-á a preclusão ou a coisa julgada”. *Efeito devolutivo da apelação*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 92.
 - 5 Aliás, no que respeita ao tema *matérias que podem ser apreciadas pelo tribunal*, ensina Flávio Luiz Yarshell: “operando-se o trânsito em julgado, não há como conhecer em profundidade daquilo que, em extensão, já não comporta exame. Permitir-se tal exame seria, como já dito, dar a um recurso o efeito de rescindir decisão transitada em julgado – o que, como sabido, só pode ser feito através do devido processo legal; que, no caso, traduz-se na ação rescisória”. Em seguida, conclui afirmando que: “o argumento de que a matéria ‘transladada’ ao tribunal é de ordem pública (e, como tal, pode e deve ser conhecida de ofício) é relevante, mas só pode ser entendido no contexto do que se devolveu em extensão e, por isso, escapou à preclusão. Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CPC”. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 66- 67.

Aliás, não se deve olvidar que a eventual imutabilidade do capítulo não recorrido da sentença resolutive de mérito advém da clara *acquiescência* do recorrente no que respeita a este. A propósito, Proto Pisani ressalta que: “l’impugnazione parziale comporta acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate.”⁶

Portanto, o efeito devolutivo por extensão comporta limitação pelo próprio recorrente, legal ou constitucional, como ocorre em relação às restrições de matérias que permitem recursos excepcionais aos tribunais superiores (*ex vi* arts. 102, III e 105, III, da CRF/88).

Ademais, o efeito devolutivo por extensão também irá delimitar os efeitos *translativo* e *suspensivo*.

Realmente, a limitação do efeito devolutivo pode gerar reflexo na possibilidade do Tribunal *ad quem* conhecer e decretar vícios não apontados pelo recorrente. Trata-se, bem a próprio, do que se costumou denominar de efeito translativo do recurso⁷.

É mister afirmar que o tribunal *deve* analisar as chamadas *questões de ordem pública* quando apreciar o apelo recursal, mesmo não deduzidas pelas partes, por força da translatividade. Contudo, é razoável afirmar que tal poder também é limitado ao efeito devolutivo por extensão.

Destarte, o efeito translativo deve ser visto interpretado com restrição aos capítulos recorridos⁸, inclusive visando evitar séria instabilidade no sistema processual, conside-

6 PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Juvenc, 2002. p. 483.

7 Sobre o efeito translativo, observa Nelson Nery Junior que: “há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isso ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, CPC 267, § 3º, e 301, § 4º). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada no CPC, 515, §§ 1º a 3º, e 516”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 482).

8 Como bem afirmam Marici Giannico e Murício Giannico, “a consciência de que a sentença é dividida em capítulos deve orientar a interpretação do disposto no *caput* do art. 515 do CPC. Quando ali se diz que ‘a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada’, deve-se entender que ao tribunal só será lícito dispor sobre o capítulo que lhe houver sido proposto pelo recurso, porque *matéria impugnada* é o capítulo do qual se recorreu”. (GIANNICO, Marici ; GIANNICO, Murício. Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5. p. 401).

rando as previsões contidas no art. 515 do CPC (efeito devolutivo por extensão).

De mais a mais, o art. 505 do CPC também indica a perda da faculdade recursal em razão da falta de impugnação de capítulo do *decisum*. Assim, essa perda pode ser total (com a preclusão temporal ou consumativa) ou parcial, nos casos de recurso parcial.

Nesse prisma, levando em conta que é ônus do recorrente delimitar claramente os capítulos recorridos (efeito devolutivo por extensão), a translatividade também deve conter tal limitação, eis que os capítulos autônomos não recorridos transitam em julgado⁹⁻¹⁰. Observação semelhante é apresentada por Barbosa Moreira:

Não se pode mexer naquilo que não foi objeto do recurso, ainda que isso conduza a situações de contradição lógica. Se não houve recurso contra uma parte da sentença, mas verificou-se que faltava um requisito de validade do processo (por exemplo: o Ministério Público não foi chamado a intervir quando o caso era de obrigatória intervenção), nem por isso se está autorizado a anular a parte da sentença da qual não houve recurso. Essa já transitou em julgado, e só com ação rescisória é possível atingi-la.¹¹

Interessante citar exemplo de limitação do efeito devolutivo por extensão¹² e, conseqüentemente, do poder do magistrado de conhecer matéria de ordem pública. Imagi-

9 Os capítulos dependentes (como os ligados às custas e honorários advocatícios) estão automaticamente remetidos ao tribunal, por força do efeito devolutivo imposto ao capítulo principal.

10 Nelson Nery Jr. entende que a interposição de recurso parcial adia o trânsito em julgado das matérias de ordem pública, embora havendo preclusão para o réu em relação ao capítulo não recorrido. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 485-486. No direito italiano, também defendendo a impossibilidade de aquiescência no que respeita às questões de ordem pública, vide: MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1904. v. 4, p. 279.

11 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 83, p. 214-215, 1996.

12 "A extensão do chamado efeito devolutivo diz respeito à extensão da impugnação (*tantum devolutum quantum appellatum*), ou seja, é delimitada por o *que* é submetido ao órgão *ad quem* a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso. O objeto do julgamento pelo órgão *ad quem* pode ser *igual* ou *menos extenso* comparativamente ao julgamento do órgão *a quo*, mas nunca *mais extenso*". (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 218).

ne-se demanda com dois pedidos cumulados (cumulação simples) acolhidos em 1º grau. Contudo, foi apresentado recurso de apelação apenas impugnando um dos pedidos, havendo *quiescência* em relação ao outro. O tribunal, ao analisar o recurso, entendeu que há a necessidade de decretação da falta de pressuposto processual, com a conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito.

In casu, em que pese a incongruência entre os pronunciamentos judiciais, deverá ser decretado o vício e, se for o caso, extinto o processo sem resolução de mérito apenas no que respeita ao capítulo efetivamente impugnado, eis que o outro transitou em julgado em 1º grau por força da *quiescência* do recorrente, podendo inclusive provocar imediata execução definitiva – cumprimento definitivo (mesmo na pendência de resolução do apelo recursal)¹³.

A mesma conclusão pode ser dada em caso de acolhimento de recurso parcial para anulação da sentença. Nesse caso, a decretação do vício do julgado de piso será adstrita ao capítulo recorrido, restando imune de discussão o capítulo já transitado em julgado.¹⁴

Assim, fácil é perceber a preponderância do efeito devolutivo em relação ao translativo, sendo este limitado àquele.

13 Observa Nery Junior que: "entendemos ser possível a *execução definitiva* da parte da sentença já transitada em julgado, em se tratando de recurso parcial, desde que observadas certas condições: a) cindibilidade dos capítulos da decisão; b) autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte objeto de impugnação; c) existência de litisconsórcio não-unitário ou diversidade de interesses entre os litisconsortes, quando se tratar de recurso interposto por apenas um deles". (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 454).

14 Na doutrina estrangeira, é possível transcrever os ensinamentos de Enrico Redenti, especificamente comentando o art. 338 da legislação italiana: "Resta a vedere soltanto quale sia il valore dell'ultima proposizione dell'art. 338: 'salvo che ne siano stati modificati gli effetti ecc.'. La proposizione non può riferirsi se non alla ipotesi, che nel giudizio di appello sia stata pronunciata, prima della estinzione, una *sentenza parziale di riforma* della sentenza di primo grado. In questo caso pensiamo tuttavia che passi in giudicato quel tanto del contenuto di merito della sentenza di primo grado che non sia stato annullato né riformato, sempreché ben si intende sia scindibile dal resto e posso assumere un valore autonomo e indipendente. E lo stesso dovrà ritenersi del contenuto di merito della sentenza parziale di secondo grado che si sostituisce *in parte qua* al contenuto della sentenza precedente, sempre ché questo suo contenuto possa assumere a sa volta vlore autonomo ed indipendente". (REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1949. v. 2, p. 105).

Outro efeito que também possui limitação ao devolutivo, e severas críticas quanto à sua permanência no sistema processual, é o suspensivo.

De fato, nos dias atuais, em que se discute a necessidade de um processo voltado aos princípios constitucionais da duração razoável, ampla defesa, devido processo legal, efetividade etc não está imune a crítica à permanência do efeito suspensivo dos recursos (*legal* – apelação, ou *judicial*, *ex vi* art. 558 do CPC).

Destarte, em que pese a previsão contida no art. 520 do CPC, a rigor não é propriamente o recurso que possui ou não efeito suspensivo, mas sim a decisão recorrida que possui ou não eficácia imediata¹⁵.

Esta continuidade de ineficácia da sentença, com o recebimento do recurso, não precisa ser uniforme, podendo ocorrer de forma diferenciada em situações como as que enfrentam tutela antecipada na própria sentença ou mesmo nos casos de recurso parcial.

15 Assim, em verdade não é o recurso que é recebido no efeito suspensivo, mas sim mantém o estado de ineficácia da sentença. Como bem observa Cheim Jorge: "Portanto, longe e muito antes de o efeito suspensivo ser efeito do recurso, é uma técnica de segurança que retira a eficácia de uma decisão impugnável por recurso. Caso este seja interposto, apenas manterá um estado de ineficácia antes existente. Por isso é que se diz que o efeito suspensivo na verdade é fenômeno ligado à decisão impugnada e não ao recurso contra ela interposto". (CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 250). No mesmo sentido, observa Medina que: "Na verdade, no caso não se está diante de efeito 'suspensivo', propriamente, porquanto a sentença suscetível de ser impugnada por meio de recurso de apelação, no sistema brasileiro, não produz efeitos, de modo que a apelação interposta apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a sentença. Por isso, fala a doutrina em efeito obstativo, no caso. Segundo, efeito propriamente suspensivo somente ocorreria naqueles casos em que a apelação em regra não tem efeito 'suspensivo', mas se atribui efeito suspensivo à apelação por força do art. 558, parágrafo único, do CPC". (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 262). Orione Neto manifesta-se sobre o assunto, afirmando que: "é forçoso acreditar que a suspensividade respeita muito mais à recorribilidade da decisão do que propriamente ao recurso utilizado, na medida em que o efeito suspensivo tem, no plano processual, o seu termo a quo a partir do momento em que a sentença veio ao mundo jurídico; mais rigorosamente, a partir da sua publicação, sobrevindo (o efeito suspensivo), pelo menos, até que transcorra o prazo para que o legitimado possa recorrer". (ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 127-128). Também Maricé e Maurício Giannico defendem que: "a suspensividade está, na realidade, relacionada com a recorribilidade, porque o efeito suspensivo, na prática, tem início com a publicação da sentença e perdura, no mínimo, até que se escoe o prazo para a parte ou interessado recorrer (ou com a publicação da decisão que julga o recurso). Na realidade, neste interregno, a eficácia imediata da decisão fica sob a condição suspensiva de não haver interposição de recurso que deva ser recebido no efeito suspensivo, condição essa que se opera mesmo antes da interposição". (GIANNICO, Maricé; GIANNICO, Maurício. *Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 404). Ainda sobre o assunto, ver BARRIOS LEONEL. *Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 466 et seq.

É fato, em que pesem as necessárias críticas¹⁶, que ainda permanece o “efeito suspensivo” da apelação como regra, o que corrobora com o crescente número de tutelas antecipadas concedidas na própria sentença de mérito com o intuito de afastá-lo. Destarte, visando driblar o efeito suspensivo *legal*, torna-se cada vez mais comum a concessão de tutela antecipada na própria sentença, emprestando *efetividade* imediata ao referido capítulo do *decisum*.

Nessas hipóteses, é possível o posterior recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo no capítulo objeto da antecipação e em ambos (se for o caso) nos demais¹⁷, sem que se configure qualquer violação ao art. 520 do CPC¹⁸.

Por outro lado, havendo recurso parcial em casos de pedidos cumulados de forma simples, o recebimento da apelação no efeito suspensivo (se for o caso) deve ser *limitado ao capítulo recorrido*, eis que o não-recorrido transitará em julgado imediatamente, inclusive ensejando cumprimento definitivo.

De mais a mais, nada impede que, havendo recurso parcial envolvendo mais de um capítulo, seja a apelação

16 Aliás, quanto à permanência do efeito suspensivo da apelação como regra, não tendo sido aprovada proposta de alteração, e da tímida modificação implementada no art. 520 do CPC pela lei 10.352/01 (inclusão do inciso VII), mister transcrever o posicionamento de Joel Dias Figueira Júnior: “O lamentável incidente legislativo há de ser atribuído à resistência de alguns juristas mais cépticos e ‘comedidos’, somando-se ao *lobby* dos tribunais. Aliás, esse último fator foi determinante para a rejeição da proposta legislativa, que residiu no trabalho articulado de lobistas a ponto de ceifar as magníficas novidades contidas nos arts. 520 e 521 do CPC. O argumento utilizado para a consecução dos fins assinalados fundava-se na circunstância de que, se aprovados os dispositivos na forma originária sugerida pela Comissão, os tribunais ficariam ainda mais assoberbados de recursos ou meios de impugnação para análise dos pedidos de concessão de efeitos suspensivos, em face da alegação de possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, porquanto imaginavam que os juízes sentenciantes não acolheriam, na própria instância *a quo*, o requerimento dos apelantes para obstar os efeitos práticos da decisão (efeito ‘suspensivo’)”. *Comentários à novíssima reforma do CPC*: lei 10.444, de 07 de maio de 2002. Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 106.

17 Escreveu Dinamarco, antes mesmo da inclusão do inciso VII no art. 520 do CPC: “a apelação interposta contra a sentença que em capítulos distintos julga procedente a demanda inicial e concede a antecipação sujeitar-se-á a dois regimes quanto ao possível efeito suspensivo, desse modo: a) quanto ao capítulo *principal*, ela terá ou não esse efeito, conforme os preceitos ditados no art. 520 do Código de Processo Civil e seus parágrafos; b) com referência ao capítulo que decide sobre o pedido de antecipação, o efeito será somente devolutivo, sem suspensividade. Como parece mais do que óbvio, a antecipação deixaria de ser autêntica *antecipação* quando ficasse sujeita à espera do julgamento pelo tribunal”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, n. 82, jun. 2001, p. 290.

18 Claro que, contra a decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo em relação ao capítulo objeto de tutela antecipada, poderá ser manejado agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo, *ex vi* arts. 522 c/c 558 do CPC.

recebida no duplo efeito em relação a um deles e apenas no devolutivo no que respeita a outro (*efeitos diferenciados em um mesmo recurso*), sem prejuízo do cumprimento definitivo daquele não-recorrido. Tal situação é possível nos casos em que é concedida tutela antecipada em relação a um dos pedidos cumulados recorridos.

Portanto, é possível afirmar que o recebimento da apelação no efeito suspensivo em relação a um dos capítulos da sentença recorrido afasta o seu imediato cumprimento, o que não ocorre no que respeita ao capítulo objeto de tutela antecipada (permitindo *cumprimento provisório*) e aquele não-recorrido (ensejando *cumprimento definitivo*).

De fato, interpretando-se corretamente a previsão contida no art. 520 do CPC, o recurso deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo em todos os capítulos recorridos, exceto naquele objeto de tutela antecipada. Logo, *o efeito suspensivo pode ser menos abrangente do que o devolutivo nas hipóteses ora apontadas*, sendo a recíproca falsa. Maricé Giannico e Maurício Giannico também entendem que:

A extensão da suspensividade pode ser menor que a da devolução. É o que ocorre nos casos em que em uma só decisão existem capítulos versando sobre matéria sujeita a recurso com efeito suspensivo e outros sem esse efeito (exemplo típico do que se comenta é a sentença que julga de uma só vez tanto a demanda principal quanto a cautelar, a primeira sujeita à apelação recebida no duplo efeito e a segunda sujeita a recurso recebido apenas no efeito devolutivo).¹⁹

Uma conclusão a ser feita (que também trará reflexo no efeito substitutivo) é que *tudo dependerá do efeito devolutivo do recurso*. O suspensivo e o translativo possuem, como

19 GIANNICO, Maricé; GIANNICO, Maurício. Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões. In: NERY JUNIOR, Nelson ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 409.

visto, limitação natural ao devolutivo por extensão e, conseqüentemente, podem ter aplicação diferenciada no sistema.

Não se está a afirmar que o devolutivo é o mais importante. Contudo, também não se está negando expressamente tal característica. Na verdade, o limite da devolutividade acaba sendo um delimitador da suspensividade e da translatividade.

Em seguida, restará demonstrado que o devolutivo também é delimitador do chamado efeito substitutivo do recurso.

2 Aspectos gerais envolvendo o efeito substitutivo – sua limitação ao campo da devolutividade

Além dos efeitos antes esposados, há ainda o efeito substitutivo dos recursos, previsto genericamente no art. 512 do CPC e atrelado à eficácia rescindente das decisões superiores. A sua análise é importante, dentre outros aspectos, para se enfrentar qual decisão transita em julgado em casos de vários recursos e que será objeto de ação rescisória.

De maneira geral, entende-se por efeito substitutivo a possibilidade do recurso substituir a decisão *a quo* recorrida, naqueles capítulos efetivamente enfrentados, desde que haja o recebimento e apreciação do mérito recursal. Os principais alicerces do fenômeno da substituição são a relação hierárquica do tribunal superior e a competência funcional para eventual ação rescisória.

Com efeito, apenas será possível falar em efeito substitutivo nos casos de recursos interpostos e conhecidos em seu mérito (providos ou não)²⁰. Assim, se o recurso é

20 Como bem aponta Cassio Scarpinella Bueno: "se o recurso especial interposto de acórdão do Tribunal de Justiça local não é conhecido porque intempestivo, a decisão do STJ não tem o condão de *substituir* o acórdão recorrido, e isto porque o juízo de admissibilidade do recurso foi negativo. Neste caso, não terá o STJ competência para julgamento da rescisória, que permanece nos órgãos indicados pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Diferentemente, na medida em que o recurso seja *conhecido*, mesmo que a ele se negue provimento (juízo de admissibilidade recursal positivo e juízo de mérito recursal negativo), a competência passa a ser do STJ". Efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.10, p. 89.

conhecido, substituirá a decisão recorrida nos aspectos impugnados²¹, inclusive como conseqüência da chamada *função rescindente* dos recursos.

Lógico que, em caso de recurso parcial, a substituição será restrita às matérias impugnadas, considerando que as não-recorridas precluíram ou formaram coisa julgada em 1º grau. Assim, possível é afirmar que esse efeito também está limitado ao devolutivo por extensão.

De outra banda, é fato que apenas pode ser irresignada por rescisória decisão de mérito, *ex vi* art. 485 do CPC. Assim, se houver o conhecimento e improvimento de recurso contra sentença processual, com posterior trânsito em julgado, esta não está sujeita à ação rescisória.²²

Ademais, havendo a substituição (pelo improvimento ou provimento do apelo) da decisão de mérito recorrida pela oriunda do tribunal, também deve ser alterada a competência funcional para eventual irrisignação por ação rescisória²³.

Nesse sentido, caso haja o conhecimento de recurso excepcional contra decisão local resolutive de mérito (espe-

21 Exceto nos casos de decretação de nulidade do *decisum* recorrido onde, a rigor, outra decisão deverá ser prolatada pelo *juízo a quo* (apenas no que respeita aos capítulos recorridos), não ocorrendo necessariamente *substituição*.

22 Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Agravamento regimental. Ação rescisória. *Decisum* rescindendo que não apreciou o mérito da questão. Inadmissível a ação rescisória quando a decisão monocrática impugnada não apreciou o mérito da demanda. Agravo regimental improvido". AgRg na Ação Rescisória n. 2703/BA – 2ª Seção – Rel. Min. Barros Monteiro – J. em 22.09.2004. DJ 13.12.2004 p. 210). No mesmo sentido, decidiu a 4ª Turma daquele Tribunal: "Processual civil. Ação rescisória inicial. Indeferimento. Acórdão prolatado em agravo de instrumento. Decisão que julgou deserta a apelação. Incabimento. CPC, art. 485, *caput*. Não cabe ação rescisória de acórdão prolatado em agravo de instrumento onde foi julgada deserta apelação da parte, eis que não configura decisão de mérito, pressuposto insito no art. 485, *caput*, da lei adjetiva civil. II. Recurso especial não conhecido". REsp 169954 / SP – 4ª T – Rel. Min. Aldir Passarinho Jr – j. Em 23.10.2001 – DJ de 18.02.2002 p. 446).

23 Destarte, interpretando-se o art. 512 do CPC, é fato que apenas haverá substituição se o mérito do recurso for apreciado (provisto ou não). Aliás, nesse particular aspecto, inclusive no que respeita ao cabimento da rescisória, ensina Dinamarco que: "se ainda for admissível algum recurso subsequente ao que foi julgado, ele será um recurso *contra o acórdão* e não contra a sentença (ou seja, contra o ato superior e não contra o inferior). Se nenhum recurso se interpuser, o *acórdão* virá a ser imunizado pela preclusão e eventualmente até pela coisa julgada material (se se houver pronunciado sobre o *meritum causae*) – e não o ato decisório inferior, já previamente retirado do mundo jurídico pelo julgamento superior. A extinção do processo será nesse caso obra do *acórdão* e não da sentença recorrida. Eventual ação rescisória poderá ser admitida contra aquele e não contra esta, contando-se depois da prolação do acórdão o prazo para propô-la etc". DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 62-63.

cial ou extraordinário, ou mesmo os respectivos agravos²⁴), é este o pronunciamento que será objeto de ação rescisória²⁵, e não a sentença ou o acórdão do tribunal local.

Um alerta deve ser apresentado: deve o intérprete ter muito cuidado na prática forense, evitando-se ajuizamento de demanda desconstitutiva perante tribunal incompetente para apreciação de decisão oriunda de tribunal superior.

Pelo exposto, é fácil perceber os *condicionantes* do efeito substitutivo: i) dependerá do juízo de admissibilidade positivo a ser realizado pelo tribunal superior²⁶; ii) ficará limitado ao efeito devolutivo – ao teor do recurso interposto pelo interessado; e iii) a rigor não está presente caso ocorra a decretação de nulidade da decisão recorrida, considerando a necessidade de nova decisão substituindo aquela que foi cassada pelo provimento recursal.

-
- 24 "Processual civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação rescisória. Propositura no tribunal a quo. Competência originária deste stj. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Art. 113, § 2º, do CPC. Remessa ao tribunal competente. Impossibilidade. I - Verificou-se que a decisão proferida pelo Eminentíssimo Ministro Milton Luiz Pereira, nos autos do AG nº 282.029/PR, apesar de negar provimento ao recurso, efetivamente adentrara na questão federal controvertida, sendo, portanto, de competência desta Corte Superior o exame de ação rescisória daquele julgado. Incidência do enunciado sumular nº 249 do STF. II - A rescisória, todavia, fora proposta contra *decisum* do Tribunal Regional, quando, em verdade, tratava-se de competência originária deste Colendo Tribunal. Dessa forma, não haveria, pois, como remeter a esta Corte os autos para que conhecesse do pedido "como se fosse para anular o seu acórdão", conforme já decidido pelo próprio Pleno do Excelso Sodalício ao apreciar a AR nº 1.053-1/RJ, Relator Ministro Neri da Silveira, DJ de 07/02/1992. De rigor, assim, a extinção do feito *sub examine*. III - Precedentes: AgRg na AR nº 3.089/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 02/08/2004; AR nº 408/DF, Rel. Min. Felix Fisher, Rel. p/ acórdão Ministro Gilson Dipp, DJ de 12/05/2003 e EDAR nº 388/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 31/08/1998." (destaques nossos)
- 25 A ação rescisória, portanto, deve ser apresentada perante o tribunal competente para rever o ato. Como bem aponta Pontes de Miranda, "não há princípio a priori que subordine a ação rescisória à competência do juiz superior, nem à competência do mesmo juiz. O princípio, se o queremos extrair, é o da *par maiorve potestas* (do juízo igual ou superior)". *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 101.
- 26 Mister destacar, nesse particular, as necessárias críticas à Sumula 249 do STF, que consagra: "é competente o Supremo Tribunal para a ação rescisória, quando, embora não tenho conhecido do recurso extraordinário, tiver apreciado a questão federal controvertida". Referida súmula, aprovada em sessão plenária de 16/12/1969, na verdade acaba confundindo *não conhecer* e *julgar o mérito* do recurso, eis que, uma vez ocorrendo a apreciação da questão federal controvertida, na verdade já está o STF no mérito do apelo; e, conseqüentemente, a decisão substituirá aquela recorrida. Nesse caso, acaba por confundir admissibilidade negativa (onde não ocorre o efeito substitutivo), com conhecimento e improviamento (juízo de mérito recursal – com aplicação do efeito substitutivo), inclusive sendo o tribunal superior o competente para eventual demanda rescisória. Bem a propósito, defende Cândido Rangel Dinamarco, após citar interpretação de Barbosa Moreira, Nelson Luiz Pinto e Nelson Nery Jr, que: "é competente um daqueles órgãos de superposição na circunstância ali considerada, porque na realidade *houve uma substituição* e esse falso não-conhecimento é um *conhecimento com improviamento* do recurso especial e extraordinário". Ação rescisória, incompetência e carência de ação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, n. 88, t. 1, p. 69, dez. 2002.

3 Outro enfoque sobre o efeito substitutivo do recurso e da competência para a rescisória. Substituição somente em relação aos argumentos recorridos

Como ficou demonstrado, o efeito substitutivo do recurso dependerá do conhecimento do apelo e está amplamente ligado ao devolutivo²⁷.

De fato, apenas será possível afirmar a sua ocorrência nos exatos limites dos capítulos recorridos. Aliás, verificou-se que os capítulos autônomos não recorridos sequer devem ser apreciados em grau superior, por força de seu trânsito em julgado precoce.

Lógico que o efeito substitutivo é de suma importância para fins de ajuizamento de ação rescisória. A pergunta que deve ser enfrentada em cada caso concreto é a seguinte: *o acórdão substituiu a sentença, para fins de ajuizamento de ação rescisória?*

Visando atender satisfatoriamente a essa indagação, vários enfoques devem ser enfrentados, senão vejamos.

Primeiramente, é necessário ratificar que apenas é cabível rescisória contra *sentença de mérito*. Logo, se houver conhecimento e improvimento de recurso contra sentença processual, incabível é a demanda desconstitutiva.

Por outro lado, nos casos previstos no art. 515, § 3º, do CPC, é possível a resolução de mérito no próprio tribunal, ao apreciar recurso contra decisão de cunho processual. Nesse caso, o acórdão necessariamente conterá dois capítulos: aquele que cassa a sentença processual e o seguinte que resolve o mérito no próprio tribunal, desafiando o ajuizamento de ação rescisória após o trânsito em julgado do acórdão.

27 Flávio Cheim Jorge entende que os efeitos substitutivo e expansivo nada mais são do que a própria consequência do efeito devolutivo. De acordo com suas lições: "a substituição da decisão recorrida pela decisão do recurso não é uma consequência natural de seu conteúdo, mas tão-somente uma repercussão indissociável do efeito devolutivo, o qual permite o reexame e, conseqüentemente, a sobreposição de uma decisão sobre a outra". *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 252.

Nessa situação, em que pese ocorrer em 1º grau de decisão sem resolução de mérito, este foi apreciado e julgado em sede recursal, configurando-se decisão passível de rescisória.

De outra banda, ainda existe a hipótese de interposição de recurso contra decisão de mérito que abordou teses diferentes daquelas tratadas na rescisória. Aqui talvez haja aspecto interessante que merece ser apreciado com maior cuidado.

Vejamos um exemplo: demanda julgada em seu mérito pelo juízo de 1º grau, confirmada em 2º (apelação conhecida e improvida), apreciando questões e fundamentos específicos. Contra essa decisão, houve interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Este foi conhecido e improvido, para manter os julgados locais em todos os seus termos.

Nesse caso, segundo a própria sistemática do efeito substitutivo do recurso, a competência funcional para a apreciação da rescisória é do tribunal superior.

Contudo, tal afirmação não deve ser feita de forma absoluta, tendo em vista que dependerá da matéria a ensejar a futura ação rescisória.

Com efeito, após o trânsito em julgado deverá ser analisado cuidadosamente o teor da matéria a ser argüida na futura rescisória, para a correta conclusão envolvendo a competência funcional. Se a rescisória tratar de violação aos dispositivos tratados no feito originário e remetidos ao tribunal superior por força dos efeitos devolutivo e substitutivo, a competência funcional para a rescisória será daquele tribunal.

Por outro lado, se a *questão (aqui entendida como a violação que enseja o enquadramento nas hipóteses previstas no art. 485 do CPC)* que sustenta a rescisória é outra totalmente diferente da suscitada e enfrentada nos recursos, discutível é a ocorrência do efeito substitutivo,

pelas seguintes razões: i) o substitutivo está ligado ao devolutivo; ii) os capítulos não recorridos da decisão não podem sofrer substituição pelo julgado do grau superior; ii) os argumentos, questões e fundamentos diferenciados suscitados na rescisória não chegaram a ser apreciados pelo tribunal superior, não estando sujeitos ao efeito substitutivo.

Assim, se na rescisória pretende o autor discutir violação a dispositivo legal não mencionado no recurso especial interposto contra a decisão que pretende desconstituir, é razoável entender que não houve o efeito substitutivo do recurso conhecido e improvido pelo tribunal superior. O caráter substitutivo do apelo está limitado ao devolutivo – exatamente nos limites dos argumentos suscitados no recurso julgado em seu mérito.

Não seria, portanto, competente o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, para conhecimento de rescisória contra suposto acórdão ou decisão monocrática de Ministro que conheceu de recurso especial (ou do próprio agravo de instrumento), quando a matéria suscitada na nova demanda é totalmente estranha àquela discutida no recurso.

De fato, entende-se plenamente possível afirmar que o efeito substitutivo está limitado aos argumentos suscitados no recurso que foi conhecido no Tribunal Superior. Portanto, seria competente o Superior Tribunal de Justiça conhecer rescisória contra a decisão que apreciou o mérito do REsp, quando a matéria suscitada refere-se exatamente àquela atingida pela substituição, raciocínio que não se estende a outros argumentos não deduzidos e discutidos no recurso.

Assim, a afirmação ampla e irrestrita de que o efeito substitutivo do recurso, para fins de cabimento da rescisória, dependerá apenas do conhecimento do apelo, deve ser feita com bastante atenção e cuidado, evitando-se equívoco no que respeita ao tribunal competente para a nova

demanda, com o eventual risco da perda do prazo bienal previsto no art. 495 do CPC^{28,29}.

Enfim, o efeito substitutivo do recurso poderá ser bifurcado: *internamente*³⁰ (análise do pronunciamento judicial final) e *externamente*³¹ (decisão judicial a ser irredimida por ação rescisória). Apenas será competente o tribunal superior para apreciar a ação rescisória nos casos em que ocorrer o efeito substituto *interno* (juízo de mérito do recurso) e *externo* (matéria contida na rescisória ter sido apreciada naquele recurso).

Portanto, se na demanda desconstitutiva for apresentada matéria distinta daquela objeto do recurso conhecido no seu mérito, discutível é o deslocamento da competência para instância excepcional. Em que pese a existência do

28 O erro na escolha do tribunal competente para a demanda desconstitutiva poderá ocasionar a perda do prazo para seu ajuizamento, não se podendo sequer suscitar a aplicação dos arts. 102, §3º e 219, §1º c/c 220 do CPC. De fato, inaplicável o deslocamento da competência absoluta, por exemplo, para o tribunal estadual em caso de ajuizamento de rescisória no STJ ou STF (*como ocorreu na decisão monocrática contida na nota seguinte*), ou para estes no caso de rescisória ajuizada equivocadamente naquele, com aproveitamento da inicial e posterior retroatividade da interrupção do prazo para propositura. Nesse sentido, mister analisar alguns precedentes, que acabam por consagrar a necessidade e extinção do processo sem resolução de mérito por carência de ação. "Ação Rescisória – FGTS – Última decisão de mérito proferida pelo STJ - Competência – Artigo 113, § 2º, do CPC. 1. Não se aplica o disposto no artigo 113, § 2º, do CPC, quando a ação rescisória de competência originária desta Corte foi proposta erroneamente perante o Tribunal a quo. Ao tribunal de origem não cabe remeter os autos ao STJ, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito. Recurso especial improvido". REsp 769008/PR – Segunda Turma – Rel. Min. Humberto Martins – J. em 05/10/2006 – DJ 18.10.2006 p. 232). "Ação rescisória. Competência. Extinção do processo. Se a ação rescisória intenta a desconstituição de acórdão de tribunal local, tendo sido, entretanto, examinada pelo Supremo Tribunal Federal a questão controvertida no julgado rescindendo, a hipótese é de extinção do processo. Não se justifica a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal se o objeto da rescisória não é o seu acórdão. Agravo regimental a que se negou provimento". AgRg no Ag 64168/GO; - Terceira Turma – Rel. Min. Costa Leite – J. em 12/09/1995 – DJ de DJ 13.11.1995 p. 38675 - LEXSTJ vol. 81 p. 37.

29 Em rescisória resolvida monocraticamente (com indeferimento de liminar da inicial e extinção do processo sem resolução de mérito), entendeu o STJ que era incompetente para processá-la com o objetivo de rescindir decisão judicial por violação a disposição literal de lei. No caso em questão, procurava o autor desconstituir julgado que teria interpretado equivocadamente a chamada gratificação de escolaridade. Contudo, no mandado de segurança que gerou a decisão rescindenda, o recurso ao tribunal superior apenas discutiu a necessidade de intervenção obrigatória da pessoa jurídica de direito público nos autos do MS. Na decisão monocrática contida na AR 3.599 (Relatora Min. Laurita Vaz – DJ de 04.09.2006), decidiu a Exma. Relatora que: "De plano, vê-se que a decisão rescindenda nem ao largo examinou o mérito da questão relativa à manutenção da forma de cálculo da denominada 'Gratificação de Escolaridade', prevista na Lei Estadual nº 5.810/94. A única questão apreciada por esta Corte Superior foi relativa à desnecessidade de citação da pessoa jurídica de direito público para compor o pólo passivo do mandado de segurança". Em outra passagem, afirmou que: "em assim sendo, resta evidente que a decisão rescindenda não adentrou no mérito do mandamus, relativamente à forma de cálculo da 'Gratificação de Escolaridade'. Por conseguinte, o exame da presente rescisória por esta Corte Superior de Justiça se mostra inviável".

30 Verificação de qual pronunciamento judicial transitará em julgado, por força da ocorrência ou não do efeito substitutivo.

31 Aqui o *externamente* é utilizado para afirmar que será competente o tribunal para conhecimento de outra demanda, visando desconstituir o julgado anterior já trânsito em julgado.

efeito substitutivo interno (*a última decisão é a advinda do Tribunal Superior*), não houve o externo (*a decisão rescindenda será a oriunda do tribunal local*).

1.4

INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA: QUEM DEVE E QUEM NÃO DEVE INSCREVER

GUSTAVO SIPOLATTI*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Discussão 3 Razão de existir do processo administrativo tributário. 4 Da inscrição e o ordenamento jurídico. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

O objetivo do presente artigo pauta-se na formulação de algumas considerações em relação ao tema inscrição em dívida ativa - quem deve e quem não deve praticar o ato, Secretaria da Fazenda ou Procuradoria Geral do Estado?

Tecem-se algumas palavras numa tentativa de se posicionar de forma técnica-científica-valorativa em relação ao tema posto em discussão, pelo calor do debate que tem sido travado e, principalmente, pela relevância do assunto para o Estado do Espírito Santo.

A motivação da presente explanação se dá pela necessidade de afastar a discussão travada de uma argumentação acusatória, impregnada de ideologia particularista e personalista, que ofusca o campo do dever-ser, não só como comando imperativo, mas também, como ideal filosófico a ser perquirido, ou seja, do que melhor se espera de um sistema administrativo e legal, inserto num Estado Democrático de Direito.

2 Da discussão

A celeuma toda decorre da iniciativa do Excelentíssimo Senhor Chefe do Executivo Estadual que submeteu à apre-

* Especialista em Teoria Constitucional Contemporânea pela Ufes. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários em convênio com a Faculdade Candido Mendes. Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos/RJ.

ciação, por meio de processo democrático, à Assembléia Legislativa, os Projetos de Leis nºs 45/2007 e 46/2007, que tratam do tema referente à inscrição em dívida ativa, trazendo-a para a Procuradoria Geral do Estado, modificando um sistema já existente, propiciando uma série de considerações que aqui se fazem pertinentes.

3 Razão de existir do processo administrativo tributário

A princípio, um primeiro ponto que deve ser fixado se dá em relação à motivação existencial do processo administrativo tributário. Qual a sua razão de ser, a sua função?

Essa indagação se faz necessária para saber qual é na verdade a finalidade efetiva da inscrição em dívida ativa, pois esta está inserta de forma ampla dentro do tema processo administrativo, sendo seu último lapso, gerador de eficácia executória ao crédito tributário.

Sabe-se que não vige no Brasil o contencioso administrativo na sua forma clássica, com a prolatação de uma decisão final “definitiva”, não passível de ser questionada em nenhuma outra esfera, nem no Judiciário.

Em síntese, não se confere ao decidido na esfera administrativa a qualidade de imutabilidade, não há a eficácia preclusiva no seu grau mais forte, coisa julgada material.

Pelo contrário, tem havido inclusive uma tendência de se esvaziar a importância do processo administrativo tributário, pela defesa de revisão inclusive das decisões proferidas em desfavor da administração, sujeitando estas também ao controle judicial, interpretação mais ampla do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Ou seja, a decisão proferida ao final do processo administrativo, da qual não mais caiba recurso, preclusão formal, não faria coisa julgada material nem em desfavor da administração, podendo esta buscar amplamente a tutela ao seu interesse no judiciário.

Reitera-se, o que se está a fixar primeiramente é a lógica de um sistema recursal na seara administrativa. Sabe-se que a constituição do crédito tributário se dá pelo lançamento. Ou seja, a autoridade administrativa tem o condão de constituir o crédito tributário.

O interesse do Estado, na formação do seu título, pode hipoteticamente se aperfeiçoar desde logo, de forma definitiva, com o simples lançamento, bastando que contra ele não seja interposta qualquer impugnação.

A constituição do crédito tributário, quando afeta a administração, lançamento de ofício, não depende de qualquer intervenção do contribuinte, este só tem o dever de pagar.

Na verdade, a hipotética intervenção formal do contribuinte somente se dá após o lançamento, com a sua impugnação. Em síntese, sem adentrarmos em maiores digressões doutrinárias, com a impugnação se instaura o processo administrativo.

Então, um primeiro ponto que se fixa, se dá pela constatação óbvia do processo administrativo servir primeiramente como instrumento de defesa dos interesses do contribuinte, sendo inclusive este quem desencadeia o seu início.

Este servir, que a princípio, atende ao direito do contribuinte, num momento seguinte, converge ao próprio interesse do Estado na sua concepção Democrática de Direito, pois o crédito tributário, em última análise redundava numa violação à liberdade-vida-propriedade do cidadão.

Dessa forma, por redundar em última análise, o lançamento num ato de grande violência, faz-se necessário possibilitar de forma ampla o exame profundo de sua legitimidade.

Vê-se que neste segundo momento não se está a falar em interesse próprio do Estado, pois se sabe que nem tudo o que se quer, se pode. Na verdade, só é permitido o que a lei determina.

Neste viés, o processo administrativo funciona para atender ao interesse primário do cidadão, e de forma indireta, mas não menos importante, de verificar a legitimidade do lançamento – juridicidade da exação.

Quanto a esta juridicidade, seu exame, após o lançamento, com o desencadear do processo administrativo e, principalmente, com a inauguração dos órgãos recursais, por ser a função destes, apesar de vinculados ao Executivo, de nítida natureza judicante, tem se permitido a análise cada vez mais ampla da legitimidade do crédito tributário que está sendo exigido (constitucionalidade/legalidade – cotejo, apesar de restrito, do fato, do valor e da norma), pois não só a lei é direito, e nem só o direito é a lei.

Nesse sentido, a própria legislação federal¹ já possibilita que o julgador faça não só o exame de legalidade, como também de direito, observando-se inclusive nesta atividade

1 Lei nº 9.784, 29 de janeiro de 1999.

Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

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

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

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

de subsunção os comandos normativos contidos nos princípios constitucionais.

Tão importante quanto essas ilações teóricas – onde numa análise meramente hipotética já se mostra a importância para o contribuinte, bem como, para o Direito, do processo administrativo tributário, numa ótica pragmática se verifica a alta relevância para o Estado na sua figura de administrador de que esse transcorra da forma mais correta e legítima possível, filtrando as lides tributárias que se multiplicam dia-a-dia.

É sabido que o grande cliente do Judiciário é o Estado, principalmente na sua figura de arrecadador.

Desta feita, uma miríade de ações – execução, embargos, anulatória, declaratória, cautelar, mandado de segurança e etc, desdobram-se da lide tributária.

A lide tributária, iniciada na seara administrativa, na grande maioria das vezes perpassa para o campo judicial, avolumando dezenas de milhares de processos em trâmite, não só por razões econômicas, mas, principalmente, pelo inconformismo, desconfiança em relação ao julgamento obtido na seara esfera subentendida como parcial, fenômeno este cultural não só na esfera estadual, mas na municipal e, principalmente, na federal.

Pontua-se que o processo administrativo tributário tem três funções principais. As duas primeiras, verificáveis pelo simples raciocínio hipotético, atendendo inicialmente ao contribuinte. A primeira, o processo administrativo como frente de batalha, instrumento de defesa dos seus interesses, e, a segunda, assegura a aplicação do jus, do direito em si, não do simples exame de legalidade, mas de sua legitimidade, de se pagar o que efetivamente é devido. Já numa terceira vertente, de ordem prática, sua relevância maior, o que mais repercute na realidade de toda a coletividade, é de se evitar um dos maiores problemas sociais com repercussão em todas as áreas - desafogamento irrestrito de todos estes questionamentos no judiciário, funcionando como filtro de demandas.

Travando-se a discussão tanto no campo do ideal, do que se deve buscar, do dever-ser filosófico, quanto no prático, da efetividade, dos interesses que possam ser atendidos, não se pode relegar o processo administrativo tributário a uma feição nitidamente inútil, formal e estéril.

A inutilidade, a formalidade e a esterilidade se dão não só pelo não-aproveitamento de qualquer ato que tenha sido praticado na esfera administrativa em âmbito judicial quanto pela possibilidade de se questionar judicialmente qualquer decisão que tenha sido proferida em sede administrativa.

Contudo, essa tendência, de se perpetrar um processo inútil, não atende ao interesse de ninguém, principalmente da administração.

O remédio para essa situação está na legitimação do processo administrativo, como um meio ético e seguro de se debater e se dirimir a lide tributária.

A legitimação do processo administrativo tributário, o atendimento as suas funções e a sua eficácia perpassam pela confiança que se tem neste, nos órgãos de julgamento e em quem deve realizar o exame de legalidade dos atos praticados.

Dessa forma, pensar num processo internalizado a um único órgão, unilateral e dirigido sob uma ótica unicamente legalista-fiscalista, apesar de a princípio parecer atender ao interesse do Estado, como sujeito de direito interessado em arrecadar o tributo, cria esta tendência de um problema ainda maior, aparentemente sem solução - ineficácia do processo administrativo tributário, que redundando em última análise na inoperância do próprio poder judiciário.

Além desta inoperância, nos moldes que está a caminhar o processo administrativo tributário, este para desespero dos cidadãos não tem tido razão legítima alguma de ser, não se justificando sua existência prática, já que tudo, de uma forma ou de outra, irá desaguar no judiciário.

Mais coerente seria que se acabasse com as estruturas inúteis, as quais a própria administração tem questionado,

pois em âmbito federal, conforme sinalizado, discute-se a possibilidade de se reverter judicialmente o que tenha sido decidido em desfavor da União, inclusive de se acabar com os órgãos paritários, conselhos de contribuinte e etc.

Assim, num viés pragmático e retrógado, poderia perfeitamente se pensar em se acabar com o processo administrativo tributário, o qual, paulatinamente, tem sido esvaziado.

Contudo, a outra solução apontada, conforme sinalizado, tem se mostrado muito mais condizente com os valores do nosso Estado Democrático de Direito, que privilegia a segurança jurídica das relações, o respeito aos interesses dos cidadão e a participação democrática em todas as suas formas, inclusive no controle da coisa pública.

Insere-se, nesta sistemática, nesta única proposta que nos resta, a discussão em relação ao tema proposto – quem pode e quem não pode inscrever em dívida ativa –, atentando-se para as premissas fixadas.

4 Da inscrição e o ordenamento jurídico

A Constituição da República, no seu título IV, capítulo IV, seções II e III, artigos 131 a 133², traça em linhas gerais a organização da advocacia pública.

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

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 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.

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

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Artigo com redação determinada na Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998, DOU 5.6.1998)

O artigo 131, *caput*, prevê que a Advocacia-Geral da União é o órgão de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, especificando no seu parágrafo 3º, que a execução da dívida ativa deve se dar pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O aludido dispositivo veio a recepcionar as prescrições legais contidas na Lei nº 6.830, de 22.9.80, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa, e especificamente, no seu artigo 2º³, parágrafos 3º e 4º, delimita o que seja inscrição⁴ “...ato de controle administrativo de legalidade...”, conferindo a competência para a sua realização na esfera federal a “... Procuradoria da Fazenda Nacional...”.

Ontologicamente tem de se ter em mente que ato de controle do processo administrativo - inscrição, não é ato de lançamento (atividade vinculada de verificar a ocorrência do fato gerador), aquele se circunscreve à análise da forma do que já veio a ser praticado pela própria administração, e este à constituição do crédito tributário, que se encerra com a prolatação de uma decisão final irrecorrível no processo administrativo.

3 Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não-tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 (cento e oitenta) dias ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

§ 4º A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.

4 ...é a derradeira oportunidade que a Administração tem de rever os requisitos jurídicos-legais dos atos praticados. Não pode modificá-los, é certo, porém tem meios de evitar que não prossigam créditos inconsistentes, penetrados de ilegitimidades substanciais ou formais que, fatalmente, serão fulminadas pela manifestação jurisdicional que se avizinha. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 371.

Nesse viés, o artigo 142⁵ do CTN confere a competência privativa à autoridade administrativa de lançar, o que não se confunde⁶ com a análise de legalidade formal desta aplicação.

Numa outra vertente, a LEF, em seu já citado artigo 2º, parágrafo 3º, diz que a inscrição, que é o ato de controle, deve ser feita pelo órgão competente, não podendo este ser confundido com a própria autoridade fiscal.

A confusão entre o controlador ser e controlar o controlado é repudiada pela concepção moderna de Estado trazida por Montesquieu, que veio a consagrar⁷ em diversos ordenamentos a tripartição de poderes, limitando o exercício da tirania, pela fixação de competências, funções, harmônicas e independentes entre si, o que mais tarde veio

5 Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

6 Dívida ativa é, pois, o crédito da Fazenda Pública regularmente inscrito, no órgão e por autoridade competente, após esgotado o prazo final para pagamento fixado pela lei ou por decisão final, em processo administrativo regular. Esta dívida, regularmente, inscrita, goza da presunção relativa de certeza e liquidez, que pode ser elidida por prova irretorquível a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Para o § 3º do artigo 2º da LEF, a inscrição é o ato de controle administrativo da legalidade, para apurar a liquidez e certeza do crédito, tributário ou não, da Fazenda Pública, realizado por autoridade competente, que é o órgão jurídico, ou, na palavra douda de Lucia Valle Figueiredo, é o ato derradeiro do *iter* administrativo que permitirá a cobrança, gozando da presunção *juris tantum* de certeza e liquidez. (2)

Sacha Calmon, no 6º Congresso Nacional de Administração Fazendária, realizado em Foz do Iguaçu, Paraná, de 19 a 23 de outubro de 1981, avaliza a tese que defendemos, sobre a importância desse ato que se não confunde com o lançamento e confere ao administrado a garantia plena, e reiterou seu assentimento de que este ato deve ser realizado por advogado público, no órgão jurídico da Fazenda. (3)

Este ato, vinculado, não se confunde com o lançamento e tem natureza distinta. Diz respeito à certeza e liquidez do débito já constituído, devendo-se apurar se este é líquido legalmente (cobra-se o que a lei permite) e se é exato legalmente (se a obrigação foi constituída legalmente).

A doutrina dominante, com rara divergência, tem-se manifestado favoravelmente à inscrição, após a apuração da liquidez e certeza.

Na Itália, Allorio ensina que este ato é um *quid* ulterior e necessário, quando sua ausência privaria o Fisco do privilégio do rápido andamento na realização da dívida ativa, mas Benedito Cocivera considera-o um ato complementar desnecessário. Fonrouge critica a lei argentina que não exige certos requisitos mínimos na constituição do título executivo - o boleto. No Chile, é o advogado provincial que faz o saneamento, correspondendo, no Brasil, à apuração da liquidez e certeza do crédito.

A doutrina brasileira conta a seu favor, com nomes da envergadura de Alberto Xavier, Bernardo Ribeiro de Moraes, Luciano Benévolo de Andrade, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cleber Giardino, Ronaldo Cunha Campos, Cid Heráclito de Queiroz. (4)

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Dívida ativa da Fazenda Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 3, n. 27 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1315>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

7 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

a evoluir para a idéia “*checks and balances*”⁸, ou seja, a fixação de pesos e freios, para que haja uma maior fiscalização sobre a coisa pública.

O ato de controle, para que atinja a finalidade participativa, fiscalizadora e transparente, idéias estas ínsitas à concepção do Estado Democrático de Direito, não pode se dar, por questões óbvias, pelo mesmo órgão.

Ainda, quando se fala em controle de legalidade, o órgão, conforme previsto na Lei de Execuções Fiscais, deve ser entendido como órgão jurídico, pois por uma questão de eficiência é este quem tem a competência para analisar a legalidade do processo administrativo que se encerrou.

Além da prescrição contida no artigo 132 da Constituição da República, sinalizando no sentido de que o órgão jurídico de consultoria e assessoramento é a Procuradoria, por uma questão de simetria ao sistema constitucional - o indicativo fixado pelo constituinte nacional deve ser observado pelo constituinte estadual, tal concordância, pois não haveria outra forma de ser, se deu de forma expressa pela redação do artigo 122⁹ da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Numa análise do dispositivo estadual, artigo 122, em relação ao seu paradigma nacional, o artigo 131, vê-se que

8 A jurisdição, enquanto manifestação da soberania do Estado, cujo escopo principal é promover o bem comum, segundo o direito objetivo, através da aplicação da lei ao caso concreto (GOMES, 2000, p.74), é instrumento essencial para a realização dos fins colimados pelo Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a teoria da tripartição dos poderes estatais proposta por Montesquieu, associada à doutrina norte-americana dos freios e contrapesos (*checks and balances*), confere tipicamente ao Poder Jurisdicional a atribuição substitutiva de tutelar os interesses públicos e privados, assegurando o respeito ao ordenamento jurídico em vigor. A atividade jurisdicional é, assim, uma garantia do Estado para fazer prevalecer os valores consagrados em normas jurídicas, de modo que a legislação restaria inócua se inexistisse poder coercitivo suficiente para assegurar seu cumprimento.

Neste diapasão, tão importante quanto a própria Constituição é a existência de uma jurisdição constitucional que possua a função bivalente de fiscalizar sua aplicação e de protegê-la de eventuais atos normativos que atentem ao seu conteúdo formal e material. Significa afirmar que sendo a Constituição o fundamento de validade do ordenamento e da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2002, p.27).

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 1136, ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>. Acesso em: 09 abr. 2007.

9 Art. 122. A Procuradoria Geral é o órgão que representa o Estado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhes ainda nos termos da lei complementar, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Estadual.

aquele em relação a este excepciona inclusive a possibilidade de representação da Procuradoria por órgão vinculado.

Neste diapasão, o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1679-7¹⁰ GOIÁS, afastou a possibilidade de descentralização da Procuradoria Geral do Estado, pela tentativa de criação de uma Procuradoria da Fazenda para realizar os atos de inscrição e cobrança de forma desvinculada e subordinada à Secretaria da Fazenda Estadual, devido à manifesta usurpação de competência funcional exclusiva daquela, não se concebendo, no caso concreto, a aplicação do artigo 69¹¹ do ADCT.

Dessa forma, fica consubstanciado que o órgão jurídico competente para o exame de legalidade do processo administrativo fiscal, sendo inclusive vedada a possibilidade de descentralização, é a Procuradoria Geral do Estado.

Se não bastasse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, das prescrições contidas na Constituição da República e na Constituição Estadual, que não possibilitam a descentralização das funções da Procuradoria, a Lei Complementar 88/96, em seu artigo 3^o¹², inciso VI, prescreve que a competência para exercer o controle de legalidade sobre os atos administrativos é da Procuradoria Geral do Estado.

Logo, se a inscrição é o ato de controle administrativo de legalidade, e se quem tem competência é a Procuradoria para exercer o controle de legalidade, mostra-se in-

10 STF – ADI 1679-7GOIÁS. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Ementa: (...) Criação de Procuradoria da Fazenda Estadual, subordinada à Secretaria da Fazenda do Estado e desvinculada da Procuradoria Geral. 4. Alegação de ofensa ao art. 132, da CF e 32, do ADCT. 5. Descentralização. Usurpação de competência funcional exclusiva da Procuradoria Geral do Estado. 6 Ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria Geral do Estado. 7 Inaplicabilidade da hipótese prevista no artigo 69 do ADCT. Inexistência de órgão distintos da Procuradoria estadual à data da promulgação da Constituição. 8. Ação julgada procedente. Plenário 8.10.2003

11 Art. 69. Será permitido aos Estados manter Consultorias Jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos das respectivas funções.

12 Art. 3º - A Procuradoria Geral do Estado, diretamente subordinada ao Chefe do Poder Executivo, tem a seguinte competência fundamental:

VI- apreciar, por determinação do Governador do Estado ou do Procurador-Geral, a legalidade e moralidade dos atos dos agentes da Administração Estadual, direta, autárquica e fundacional, cabendo-lhe propor, quando se fizerem necessárias, as ações judiciais competentes;

devida a realização deste por outro órgão qualquer, principalmente por ser vedada a descentralização de suas atribuições.

Por fim, pela leitura da Lei de Execuções Fiscais, já delineada anteriormente à Constituição, e recepcionada por esta, assim, já se sabia, como se sabe, previamente, o alcance de seus dispositivos, ao estabelecer que a inscrição, na órbita federal, se dá pela PGFN, necessariamente, este modelo tem de ser observado pelos Estados.

5 Conclusão

Nos termos do que veio a ser apresentado, numa vertente formal, é plenamente questionável a atual forma de inscrição em dívida ativa, pelas manifestas digressões ao sistema constitucional vigente.

Pelo exposto, os Projetos de Leis de nºs 45/2007 e 46/2007, são de interesse do Estado do Espírito Santo, mostrando-se legítima a iniciativa do Excelentíssimo Senhor Chefe do Executivo Estadual, reparando um equívoco histórico e legal, evitando a perpetuação de um erro, decorrente da atribuição de competências e dos percalços da análise de legalidade formal do lançamento tributário.

6 Referências

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 371.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. Colisão entre direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 1136, ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>. Acesso em: 09 abr. 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.jus.br. ADI 1679-GO, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 21.11.2003.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Dívida ativa da Fazenda Pública . *Jus Navigandi*, Teresina, v. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1315>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

1.5

PANORAMA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS MATERIAIS NO DIREITO ROMANO PRÉ-CLÁSSICO E CLÁSSICO¹

RICARDO ADRIANO MASSARA BRASILEIRO*

SUMÁRIO: 1 Plano geral das situações subjetivas. 2 Inexistência de uma apreensão geral de *ius* no sentido subjetivo. 3 Origem da distinção atual entre direitos absolutos e relativos. *Actiones in rem* e *actiones in personam*. 4 Poderes dominiais e familiares. 5 Direitos de utilização de bens alheios. 6 Dever jurídico (*oportere*) do obrigado e *actio* do credor. 7 Extensão da *actio* a todas as situações subjetivas de vantagem. *Actio in rem* e *actio in personam*. 8 Situações jurídicas subjetivas de direito honorário. 9 Referências.

1 Plano geral das situações subjetivas

Nos períodos em referência do direito romano, que vão de meados do século III a. C., quando introduzido o processo *per formulas*, até a morte de MODESTINO, o último jurista clássico, aproximadamente no ano 240 d. C., havia pelo menos três distintas categorias de situações jurídicas subjetivas afetas ao *ius civile*. Eram elas: a) as relativas aos poderes familiares e dominiais; b) as relativas aos direitos de utilização de bens de outros; e c) as relativas aos deveres jurídicos dos devedores relativamente aos credores (Cf. PUGLIESE, 1991, p. 177, § 73, e p. 217/219, § 81, II e III).

Cada uma dessas possíveis situações jurídicas subjetivas, e mesmo as já reconhecidas no direito mais antigo,

* Especialista em Teoria Constitucional Contemporânea pela Ufes; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários em convênio com a Faculdade Candido Mendes; Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos/RJ.

1 O artigo em apreço é, em substância, o capítulo 2 da seguinte obra: BRASILEIRO, Ricardo Adriano Mas-sara. *O objeto do processo civil clássico romano*. Belo Horizonte: Líder, 2007.

a exemplo do que ocorre no direito atual, igualmente constituíam-se, modificavam-se ou extinguíam-se em razão da ocorrência de fatos naturais ou condutas humanas que, apreendidas sob a perspectiva jurídica, produziam consequências jurídicas (Cf. PUGLIESE, 1991, p. 48/52, § 23).

2 Inexistência de uma apreensão geral de *ius* no sentido subjetivo

Consoante PUGLIESE, as distintas modalidades de situações subjetivas expostas não eram reunidas por um nexo conceitual comum, de modo a poderem corresponder ao conceito moderno de direito subjetivo, dada a pouca propensão dos juristas romanos a coligarem entre si conceitos particulares e a sintetizarem um conceito geral. No entanto, segundo o autor, pode-se constatar que, nesse período, o termo *ius* assume com freqüência um significado precisamente subjetivo, e não só no caso típico acima indicado em b) (§ 1), mas numa escala muito mais ampla, até referir-se ao lado ativo do dever jurídico obrigacional (*oportere* - supra, item c), numa tendência de abarcar todas as situações favoráveis. Essa propensão, contudo, não se realizou plenamente e não conduziu à formação de um conceito geral de *ius* no sentido subjetivo, nem mesmo nos períodos pós-clássico e justiniano. No período em exposição, por exemplo, é assaz duvidoso que os clássicos tenham considerado como *ius* o domínio (1991, p. 219, § 81, II, e p. 740, § 221).

Sobre o tema, é de grande interesse a posição de VILLEY, que entende que a vasta multiplicidade de poderes que assistiam aos indivíduos em Roma sequer se incluíam naquilo que os romanos designavam por *iura*, mas eram antes tratados “como fatos extrajurídicos, como liberdades naturais”. Para o autor, o linguajar jurídico clássico, diferentemente da linguagem do individualismo, é essencialmente

objetivo e tem como *proprium* o “visar um mundo de coisas, de bens exteriores, porque é somente nas coisas e na partilha feita nas coisas que se manifesta a relação jurídica *entre as pessoas*”, de modo a o *jus* romano ser sempre uma coisa, “e não o domínio sobre uma coisa” (as *Institutas* de Gaio tratam dos *jura* nos livros 2 e 3 como *pars rerum*); “em Roma, o que chamam *jus* não é o poder do credor, o direito de crédito, mas a própria obrigação, o *vinculum juris*, a relação que liga objetivamente o credor e o devedor”; “a palavra significa a parte justa, o *id quod justum est*, não o poder do sujeito” (2005, p. 255-260, seg. parte, tít.1, cap. 3).

Para o jusfilósofo, no entanto, o emprego da palavra *jus* no uso comum do povo ou nos textos literários romanos muito provavelmente se desviou grandemente da “via reta em que a mantinham os técnicos” dentro da tradição aristotélica, tendo o egoísmo e a cultura populares confundido ambas as noções, a ponto de a posterior linguagem da prática, na Idade Média, caracterizar-se pelo “deslizamento de sentido da palavra *jus* para a idéia de poder”, o que esconde, em realidade, uma concepção antijurídica de mundo (VILLEY, 2005, p. 262-264, seg. parte, tít.1, cap. 3). Para o autor, a introdução no direito da linguagem dos não-técnicos provavelmente somente se possibilitou no século XIV, com a obra de GUILHERME DE OCKHAM, cujo conjunto da filosofia, destinado a fazer uma longa fortuna, mas na contramão da filosofia clássica, “é a mãe do direito subjetivo” (VILLEY, 2005, p. 265-288, seg. parte, tít.1, cap. 3).

D’ORS tempera aquele objetivismo do linguajar técnico e sustenta que na noção romana de *ius* igualmente apresentam-se os aspectos objetivo e subjetivo do direito, mas de um modo muito fluido e não com concepções claramente diferenciadas, de modo a não se poder dizer precisamente se é predominante um ou outro aspecto em determinadas composições, como, entre outras, *iura praediorum*, *ius testamenti*, *ius stipulationis*, *ita ius esto*. Para o

autor espanhol, é precisamente para se contemplar dinamicamente esses dois aspectos que se deve traduzir *ius* por “posição justa” (1977, p. 44, § 14).

Também para KASER, o termo *ius* é abrangente, de aspectos tanto objetivos quanto subjetivos. Os aspectos objetivos entendidos como as normas e instituições jurídicas, em suma, a ordem jurídica e seus elementos; e os aspectos subjetivos como “as faculdades atribuídas ao indivíduo pela ordem jurídica, os ‘direitos’”. No entendimento do autor, “os Romanos usam *ius* também na acepção de ‘situação jurídica, posição jurídica” (1999, p. 45, § 3 I 1).

É indisputável que, como ressalta o último romanista, o conceito dos direitos subjetivos “só foi plenamente desenvolvido, a partir das concepções romanas, pela doutrina moderna” (KASER, 1999, p. 45, § 3 I 1). E, para tanto, parece certo, que a partir daqueles poderes individuais, sendo menos importante se a eles os romanos designavam *iura* ou *res* – um e outro termos, aliás, tal como resulta da exposição de VILLEY, que muitas vezes valem seja como o que hoje se toma por objeto de direito, seja como o que hoje se toma por relação jurídica, noção esta em cuja estrutura encontram-se as idéias de prerrogativas e deveres –. O próprio jusfilósofo ressalta que, embora o *jus* não seja *potestas*, todo o *jus* tem por “resultado prático o exercício de uma *potestas*” (2005, p. 262, seg. parte, tít.1, cap. 3). Talvez por isso BIONDI afirme, de um modo um tanto excessivo, que os romanos entenderam o designativo *ius* “também naquele sentido que os modernos chamam subjetivo, isto é, como faculdade ou poder consentido e garantido pelo direito positivo”, de modo a poder-se falar de direito subjetivo “enquanto a lei o atribua e proteja” (1972, p. 81, § 20). E a desmesura deriva, no mínimo, da multiplicidade das fontes clássicas romanas, razão pela qual D’ORS, em quem se nota a influência de VILLEY, entende que “a distinção entre normatividade e titularidade de faculdades não

era perceptível aos romanos do período clássico”, somente tendo surgido a idéia de *ius* como direito subjetivo na época pós-clássica, quando a criação do Direito tornou-se monopólio do imperador (*apud* MOREIRA ALVES, 2005, p. 88, § 71, nota 6, de quem o trecho entre aspas).

3 Origem da distinção atual entre direitos absolutos e relativos. *Actiones in rem* e *actiones in personam*

Tornando às categorias de situações jurídicas acima expostas (§ 1), é de se observar que, na contraposição dos esquemas a) e b) com o esquema c), encontra-se a raiz da distinção conceitual moderna entre “direitos absolutos” e “direitos relativos”, ou, considerando-se somente as situações de conteúdo patrimonial, a distinção entre “direitos reais” e “direitos pessoais”. Os juristas romanos, contudo, cuja atenção voltava-se prevalentemente para os meios de tutela processual, traçaram para o caso a distinção entre “*actiones in rem*” e “*actiones in personam*” (PUGLIESE, 1991, p. 219/220, § 81, III), que, em substância, deriva dos arquétipos das modalidades de poderes pessoais existentes no Direito mais antigo, que se manifestavam em atos de força (*vis*) formalmente realizados, consistentes em apoderamentos de coisas (*vindicatio*) e de pessoas (*manus iniectio*) (D’ORS, 1977, p. 44, § 14). Na época mais antiga, a *actio in rem* deve-se entender, literalmente, “como um acto jurídico (formal), como recuperação da própria COISA pelo perseguidor, em contraposição à *actio in personam* que se dirige contra a pessoa do responsável”, esta última devendo-se entender, literalmente, “como um agarrar a pessoa, o corpo do responsável” (KASER, 1999, p. 55/56, § 4 I a e b). No velho direito, inexistia diferenciação entre delito e contrato como fontes da obrigação, de modo à sanção por inadimplemento ter um acentuado caráter de vindita (JOLOWICZ, 1952, p. 162, cap. XI, § I).

Nas respectivas impositões processuais, as situações a) e b) eram veiculadas como poderes do autor, enquanto as situações c) se apresentavam como deveres do réu. Em a) e b), o autor era sujeito ativo de uma situação jurídica favorável. Em c), o réu era sujeito passivo de uma situação jurídica desfavorável (PUGLIESE, 1991, p. 219, § 81, III). Além disso, nas *actiones civiles in rem*, a *intentio* – que é a cláusula da ordem de julgamento dirigida ao juiz pelo magistrado (*formula*) que veicula a pretensão do autor –, em geral, não declina o nome do demandado (*intentio in rem*), enquanto que a *intentio* de uma *actio civilis in personam* menciona sempre o nome do demandado (SCHULZ, 1960, p. 32, § 58; D'ORS, 1977, p. 115, § 80).

Esta diferença estilística que havia na redação da *intentio* em se tratando de *actiones in rem* ou de *actiones in personam* justifica-se pela seguinte lógica, que será melhor explicitada nos §§ subseqüentes: nas ações pessoais a *intentio* enuncia sempre o nome do demandado, em razão de as relações obrigacionais darem-se sempre com pessoas certas, enquanto nas ações reais, a *intentio* não declina o nome do demandado (*intentio in rem*), dada a possibilidade de figurar como demandado qualquer pessoa que perturbe o suposto direito real do demandante. Neste último caso, o nome do réu aparece somente na *condemnatio* (D'ORS, 1977, p. 115 § 80; SCHULZ, 1960, p. 32, § 58).

Confira-se a diferença nos exemplos de *intentio* fornecidos por GAIO (4, 41): nas *actiones in personam*: “SE PARECER QUE N. N. [*Numerius Negidius* - nome hipotético do demandado] DEVE DAR MIL SESTÉRCIOS A A. A. [*Aulus Agerius* - nome hipotético do demandante]”; “SE PARECER QUE N. N. DEVA DAR OU FAZER A A. A.”; nas *actiones in rem*: “SE PARECER QUE O ESCRAVO É DE A. A. POR DIREITO DOS QUIRITES” (1951, p. 239 - colchetes introduzidos).

Para o jurista atual é fácil enxergar em todas essas situações uma relação jurídica. Em Roma, no entanto, ao

que parece, a figura da relação jurídica não se esboça num traço bem marcado. É isso, ao menos, o que parece revelar a forma pela qual os romanos se manifestavam processualmente, notadamente no tocante às *actiones in rem*. Nas fórmulas processuais, a *intentio* é a parte que enuncia a pretensão material do autor e da qual se extrai, nas ações *in ius conceptae*, o que hoje se toma por relação jurídica substancial. E como visto, nas fórmulas *in rem*, sequer se mencionava a figura do demandado na *intentio*, de modo a, no local em que hoje se vislumbra a relação substancial, os romanos somente colocarem os poderes do autor sobre sua coisa ou sobre a coisa alheia.

4 Poderes dominiais e familiares

Na situação jurídica de direito real pleno, a doutrina atual freqüentemente faz a ela corresponder a uma situação jurídica de desvantagem que recai *erga omnes*, com o conteúdo de um dever de não interferência no exercício do poder dominial sobre a coisa. Mas, nas fontes romanas, não se lê nenhuma proposição do gênero, limitando-se elas a preverem que qualquer terceiro que de fato impeça o exercício do poder fica sujeito à ação ou a outro remédio à disposição do titular (PUGLIESE, 1991, p. 221, § 81.1). É esse o sentido da necessidade da individuação do sujeito passivo concreto da sujeição de direito real, modernamente destacada, na doutrina brasileira, por DARCY BESSONE (1996, p. 5-6, cap. 1, item 2), na esteira de PLANIOL e RIPERT.

Feita essa correção, parece exacerbada a posição sustentada por MENEZES CORDEIRO (2000, p. 142, item 38, I, apoiado em OLIVEIRA ASCENÇÃO) quanto ao direito contemporâneo, no sentido de que a situação jurídica absoluta, como a de direito de propriedade, “não postula qualquer relação jurídica”, ao contrário da situação relativa, que dá lugar a uma relação jurídica, por relacionar duas

pessoas. A despeito de ser correta a apreensão do jurista português de que a “*situação absoluta* existe por si, sem dependência de uma outra situação, de sinal contrário”, enquanto que “a *situação relativa* configura-se à medida que, frente a ela, se equacione uma outra, de teor inverso” (“um credor tem o direito de cobrar 100 porque, perante ele, um devedor está adstrito a pagar os mesmos 100”), é também correto que na ocorrência ou na iminência de uma real interferência nos poderes dominicais, nasce uma situação jurídica de vantagem do proprietário (também fundada em seu direito de propriedade) relativamente a um dever de abstenção ou a um dever de restituição ao estado anterior, ambos constringendo o possível ou atual ofensor.

Também aqui, o *relacionamento* entre o ofensor e o proprietário ofendido engendra uma relação jurídica. A idéia, apresentada pelo jurista luso, de esgotamento do direito de propriedade “numa pessoa e na coisa” pode-se afigurar como meramente potencial e não atual e concreta.

No que concerne ao direito romano, contudo, inexistia qualquer relação jurídica entre o possuidor de fato da coisa e o proprietário dela privado pelo possuidor, nos moldes do que hoje é configurado como relação obrigacional legal proprietário-possuidor, da qual derivam o dever de restituição, correspondente a uma pretensão real, e à responsabilidade por danos. No direito romano, ao proprietário não assiste nenhum direito, em sentido técnico, contra o possuidor, mas apenas o direito de recuperar a coisa, onde quer que ela se encontre (sobre todo o conteúdo deste parágrafo, Cf. KASER, 1999, p. 55, § 4 I a). Aqui, por certo, a origem do pensamento do jurista português.

Mutatis mutandis equivale à situação de direito real pleno, à posição de um terceiro que ameace interferir ou interfira nos poderes do *paterfamilias* sobre os *alieni iuris* a si submetidos. Por outro lado, a questão sequer se apresenta no que concerne às relações do *sui iuris* com os sujeitos rendidos da comuni-

dade familiar, dado que estes, relativamente ao *pater*, conservavam-se ainda na posição de objeto de direitos, mais do que de sujeitos passivos, de modo a ainda serem-lhe assujeitados à força (PUGLIESE, 1991, p. 44-45, § 22.1, p. 218, § 81, II, e p. 220-221, § 81.1). O mesmo se diz quanto aos escravos, que se quadravam na categoria das coisas móveis. Essas as razões que fazem com que se afirme no plano doutrinário que: “Na expressão *actio in rem*, *res* deve entender-se em sentido amplo, como ‘objecto de direito’: nesse sentido, *res* pode também ser uma pessoa” (KASER, 1999, p. 55, § 4 I b).

5 Direitos de utilização de bens alheios

Relativamente aos direitos de utilização de bens alheios – considerem-se, por exemplo, as servidões de passagem, de aqueduto e outras –, a estes corresponde um dever de respeito integral aos poderes do beneficiário, afeto, em especial, ao titular do bem serviente, mas também a qualquer terceiro que lhe tolha, *de facto*, os poderes, ainda que alheio à relação originária (PUGLIESE, 1991, p. 221, § 81.2). Não colhe a restrição posta por BIONDI (1972, p. 226, § 53), que adscrive o dever tão-somente ao *dominus* do bem serviente. A se pensar assim, a espoliação deste bem, ainda que fraudulenta, inibiria por si só as prerrogativas do titular do direito sobre coisa alheia, além do que tornaria essa categoria de direitos estranha aos direitos absolutos e não tutelada por *actiones in rem*.

6 Dever jurídico (*oportere*) do obrigado e *actio* do credor

No que diz respeito ao dever jurídico (*oportere*) do obrigado relativamente ao credor, os juristas romanos, a despeito de não lhes faltar a capacidade de considerar a

situação deste em si mesma, independentemente de seu poder de agir em juízo, retiveram este poder, ou seja, a *actio*, como a verdadeira situação subjetiva do credor, simétrica ao *oportere* ou à *obligatio* (PUGLIESE, 1991, p. 223, § 81.3).

Consoante PUGLIESE, dois fatores facilitaram a individualização da situação jurídica subjetiva do credor como *actio*: o primeiro consiste na circunstância de que, no processo *per formulas*, para cada situação subjetiva favorável correspondia uma específica *actio*, de modo que, sob esse aspecto, havia uma perfeita intercambialidade entre uma e outra; o segundo, por seu turno, consubstancia-se na particular concepção da *actio* pelos romanos, não como um poder abstrato de obter do juiz uma pronúncia sobre a própria demanda, independentemente da efetiva existência da situação subjetiva cuja tutela se pleiteava, mas como um poder concreto de obter a tutela requerida, enquanto fundado sobre a existência da correspondente situação subjetiva (1991, p. 222, § 81.3).

Essa correspondência das prerrogativas do credor com a *actio* revela-se, por exemplo, na conhecida definição de CELSO, posta no século II, de ação como o direito de se perseguir em juízo aquilo que a si é devido (D. 44, 7, 51): “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio perseguendi*”.

Quanto a essa definição, BIONDI afirma não ser improvável que ela se referisse à *actio in personam*, mas que, no contexto originário da obra celsiana, também não é improvável que sua concepção de *actio* seja uma daquelas enunciações ocasionais que se encontram com frequência na jurisprudência clássica, sem a pretensão de dar uma precisa e categórica definição (1972, p. 81, § 20).

7 Extensão da *actio* a todas as situações subjetivas de vantagem. *Actio in rem* e *actio in personam*

No último sentido, muito embora a provável afetação originária da definição de CELSO às faculdades creditórias, a *actio*, entendida como poder de agir em juízo para fazer valer uma situação jurídica subjetiva efetivamente existente, não tocava somente aos credores, mas a todos os outros titulares das situações anteriormente mencionadas, tanto aos titulares de poderes familiares como ao proprietário e ao titular de um direito sobre coisas alheias. A distinção consiste na circunstância de que, enquanto a *actio* pertinente a esses outros sujeitos não tinha um sujeito passivo determinado, podendo ser utilizada, como visto, contra qualquer um que lhes enredasse os direitos, a *actio* do credor somente se poderia exercer contra a exata pessoa vinculada ao *oportere*. Esta, uma *actio in personam*, dirigida especificamente e exclusivamente contra o devedor, e aquela, uma *actio in rem*, que perseguia a *res* onde quer que se encontrasse e em confronto com quem quer que fosse. Respeitada essa diferença, tanto as *actiones in personam* quanto as *in rem* consubstanciavam-se em poderes de agir em juízo para a perseguição daquilo que é pertinente ao autor, de modo que ambas cabem na concepção celsiana, que, aliás, foi acolhida na compilação de Justiniano (l. 4, 6, pr.) no sentido de uma definição geral (PUGLIESE, 1991, p. 223, § 81.3; PUGLIESE, 1957, p. 28, col. 2, § 5; BIONDI, 1972, p. 81, § 20).

8 Situações jurídicas subjetivas de direito honorário

A par do complexo jurídico tradicional constituído pelo *ius civile*, formou-se gradualmente o *ius honorarium* ou *praetorium*, que possuía fundamento de validade distinto daque-

le. A velha ordem tradicional baseava-se originariamente no direito consuetudinário (*mos maiorum*) e foi em parte consagrada nas XII Tábuas, desenvolvida pela interpretação prudencial de suas disposições (*interpretatio*) e, eventualmente, completada por leis e senado-consultos. Por seu turno, o direito honorário estava assentado sobre os editos do pretor (KASER, 1999, p. 32, § 2 I, e p. 35, § 2 II 2 a).

Lembre-se que no direito público romano, diferentemente do direito atual, a atividade jurisdicional não se distinguia de uma maneira muito precisa das atividades legislativa e executiva. Ao contrário, a função da autoridade judicial seguia mesclada com as funções afetas aos poderes da administração, dos quais chegava a ser conseqüência (SCIALOJA, 1954, p. 105, § 9; TUCCI, 1976, p. 64, § 25).

De fato, a magistratura romana chegou a assumir uma ampla função de fonte de direito, por meio da publicação anual de editos que ampliaram enormemente o estreito rol de direitos reconhecidos pelo velho direito quiritário, bem como negaram eficácia a múltiplas disposições deste, já não mais adequadas à nova realidade econômico-social. GAIO e POMPÔNIO, em suas noções elementares de direito, incluem os editos entre as fontes normativas: “Os direitos do povo romano constam de leis, plebiscitos, senatusconsultos, constituições imperiais, editos dos que têm o direito de expedi-los, respostas dos prudentes” (G. 1, 2); “Assim, em nossa cidade, há constituídas as seguintes fontes: [...] o edito dos magistrados, de onde nasce o direito honorário” (POMP. D. 1, 2, 2, 12). A propósito, são também amplamente conhecidos os entendimentos de MARCIANO (D. 1, 1, 8), para quem o direito honorário é a viva voz do direito civil (“*Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*”), e de PAPINIANO (D. 1, 1, 7, 1), segundo quem o direito pretório foi introduzido para ajudar, integrar ou corrigir o *ius civile*, em razão de utilidade pública (“*ius praetorium est, quod praetoris introduxerunt adiuvandi vel*

supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam”), sendo também chamado de honorário em razão da honra da magistratura dos pretores (Cf. KASER, 1999, p. 35-38, § 2 II 2; KUNKEL, 1975, p. 94-105, § 6, II/IV; VILLEY, [s.d.], p. 60-66).

As situações jurídicas reconhecidas pelo pretor ou por outros magistrados estavam num plano distinto daquelas do *ius civile*, destas se distinguindo, muitas vezes, pelo próprio nome que as designava (PUGLIESE, 1991, p. 211, § 78.2.). Ademais, os provimentos pretórios, a despeito de retirarem eficácia das disposições contrárias do *ius civile* (BIONDI, 1972, p. 68, § 16), não o ab-rogavam nem o modificavam, de modo às disposições civis permanecessem inalteradas, paralelas ao *ius honorarium* (PUGLIESE, 1991, p. 211, § 78.2.).

As situações subjetivas favoráveis conferidas pelo direito honorário somente consistiam em ações ou em outros poderes processuais, enquanto as situações subjetivas desfavoráveis somente eram sujeições a ações ou a outros poderes processuais. Com efeito, nas relações pretórias de tipo obrigatório, não só a situação subjetiva favorável era uma *actio* pretória *in personam*, à semelhança da costumeira *actio civilis in personam* nas relações civis, como também a situação subjetiva desfavorável vinha freqüentemente individuada num *actione teneri* (“ser sujeito a uma ação”). Nesse campo das relações de tipo obrigatório, em que se fala em regra de *actio* e *actio teneri*, o vínculo substancial (situação subjetiva desfavorável) que se chega às vezes, contudo, a individuar, vem indicado com o mesmo termo do *ius civile*, ou seja, como *obligatio*, enquanto mais freqüentemente vem indicado como *obligatus* o sujeito passivo (PUGLIESE, 1991, p. 224, § 81.4.).

Por outro lado, nas relações de tipo não-obrigatório, se vem delineando também uma situação subjetiva favorável “substancial”, considerada diversa, todavia, da corresponden-

te situação favorável de *ius civile*. Assim, por exemplo, enquanto no campo do *ius civile* se dizia que uma coisa pertencia a um sujeito, que este lhe era “*dominus ex iure Quiritium*”, e se chega a dizer que lhe tinha o “*dominium ex iure Quiritium*”, no campo do *ius honorarium* se dizia, ao revés, que ela era “*in bonis eius*” ou, mais simplesmente, “*in bonis*”, ou seja, fazia parte do seu patrimônio (PUGLIESE, 1991, p. 224, § 81.4).

9 Referências

ALVAREZ SUAREZ, Ursicino. *Curso de derecho romano: introduccion. cuestiones preliminares, derecho procesal civil romano*. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1955. t.1.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

D'ORS, Alvaro. *Derecho privado romano*. 3. ed. Pamplona: EUNSA, 1977.

GAIO. *Institutas*. Trad. Alexandre Augusto de Castro Correia. In: CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1951. v. 2. edição bilingüe.

JOLOWICZ, H. F. *Historical introduction to the study of roman law*. Cambridge: Cambridge, 1952.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. [da edição alemã de 1992] Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KUNKEL, Wolfgang. *História del derecho romano*. Trad. [da 4. ed. alemã] Juan Miquel. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1975.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português I: parte geral, introdução, doutrina geral, negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t.1.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

PUGLIESE, Giovanni. Azione: diritto romano. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1957. v.2.

----- . *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca. Torino: Giappichelli, 1991.

SANTOS, Justo. *Direito privado romano I: parte geral: introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. (STVDIA IVRIDICA, v. 50).

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Trad. [da edição inglesa de 1951] José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Trad. [da edição italiana de 1936] Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEA, 1954.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Edusp/Bushatsky, 1976.

VILLEY, Michel. *Direito romano*. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés, [s.d] (Colecção Resjuridica).

1.6

A HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

ANDERSON SANT'ANA PEDRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações iniciais. 3 Normas positivadas pertinentes. 4 Princípios aplicáveis. 4.1 Princípio da isonomia. 4.2 Princípio da razoabilidade. 5 Licitação: um conceito importante. 6 Exigências quanto à habilitação técnica. 7 Tipos de licitação: *menor* ou *melhor* preço? 8 Possibilidade de exigência de atestados técnicos operacionais. 9 Conclusão. 10 Referências.

1 Introdução

O tema proposto mostra pujança dentro da atividade administrativa de qualquer entidade ou órgão governamental, vez que estes, por força constitucional, devem, em regra, promover um prévio procedimento licitatório antes de efetuar qualquer contratação.

O estudo foi provocado em virtude de dúvidas que surgem comumente no seio da Administração Pública quanto à (i) legalidade ou (i) legitimidade¹ de uma possível cláusula editalícia prevendo condições atinentes à habilitação técnica dos licitantes, afinal, na prática, os agentes públicos mostram-se receosos em estabelecer as exigências documentais que comprovem a capacidade do licitante em atender o interesse da Administração Pública, já que

* Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito pela FDC/RJ. Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes - ES.

Chefe da Consultoria Jurídica do TCEES. Advogado em Vitória-ES. Consultor do DPCC – Direito Público Capacitação e Consultoria. Professor em graduação e em pós-graduação de Direito Constitucional e Administrativo.

1 Tomamos aqui o instituto da *ilegitimidade* como ofensa a qualquer *norma-princípio*, conceito este mais amplo do que a *ilegalidade* (confronto com uma *norma-regra*). Cf. nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 194

devem contratar com uma empresa com qualificação: jurídica, fiscal, econômico-financeira e técnica, e ainda que apresente o melhor preço².

O presente estudo cuida da qualificação técnica prevista na Lei nº 8.666/93. De modo mais específico, a atenção recai sobre os atestados técnico-operacionais, buscando respostas para algumas indagações concernentes aos limites de exigência da habilitação técnica num certame licitatório.

A abordagem desse tema ainda tem sido tímida pela doutrina nacional, razão pela qual fomos conduzidos a pesquisá-lo e sistematizá-lo com o intuito de trazer à baila discussão que se mostra importantíssima para a prática administrativa.

2 Considerações iniciais

É cediço que o Estado existe para satisfazer o *interesse público*, e a doutrina de forma uníssona chega inclusive a considerar o *interesse público* como o princípio basilar da República Federativa do Brasil, haja vista que sua carga axiológica encontra-se ligada intrinsecamente à noção de *república (res publica)*.

Muitos dos interesses da coletividade são atendidos diretamente pelo Estado, por meio de órgãos e/ou entidades criados para fins específicos, mas por vezes, surge a necessidade de o Estado recorrer à iniciativa privada para atender a esses interesses.

E como deve proceder a Administração Pública quando pretende recorrer à iniciativa privada para a consecução de um determinado interesse público? Pode se dirigir ao mercado e contratar com qualquer um?

2 Nesse contexto, preferimos falar em "*melhor preço*" (ou "*melhor proposta*" ou "*proposta mais vantajosa*") ao invés de "*menor preço*", pois na contratação realizada pela Administração Pública antes de se buscar o "*menor preço*" a Administração delimita a competição dentre as empresas que demonstrem qualificação (jurídica, fiscal, técnica e econômico-financeira) para serem contratadas.

Como a Administração Pública está gerindo um interesse que é da coletividade, deve, então, buscar a *melhor proposta*. Tem também que possibilitar a todos os que atuam no ramo do objeto e que reúnam condições, a possibilidade de com ela contratar. Surge, assim, a necessidade da realização de um procedimento competitivo prévio às contratações, homenageando desse modo o *princípio da impessoalidade* previsto no *caput* do art. 37 da CRFB.

Não tem a Administração Pública, então, a liberdade de recorrer ao mercado e escolher um ou outro para atender o interesse público, sob pena, inclusive, de beneficiar um em detrimento de outro por fatores subjetivos, ofendendo desse modo a *impessoalidade*. Deve, sim, realizar um prévio procedimento a que se chama de *licitação*.

3 Normas positivadas pertinentes

Para o estudo de qualquer tema da ciência jurídica, inclusive o direito administrativo, imperioso é raciocinar a partir do Texto Constitucional.

A Constituição é o Diploma Fundamental de um País; é o instrumento que traça as diretrizes a serem observadas por toda a comunidade e pelo próprio Estado; assegura ainda direitos e deveres para todos os cidadãos e impõe certos comportamentos à Administração, bem como estrutura o exercício do poder político.

Em matéria de licitação e contratação pública dispõe a Constituição brasileira de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados,

Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI e, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

...

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivadas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de *qualificação técnica* e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Sendo indispensável um procedimento prévio às contratações, surge a necessidade de se disciplinar legalmente o prévio procedimento a ser adotado pelos órgãos e entidades que integram a Administração Pública.

A disciplina do procedimento prévio à contratação é feita por norma (lei ordinária), a qual tem a finalidade de especificar o caminho que a Administração deve trilhar para obter a proposta que melhor atenda o interesse público.

Em 21 de junho de 1993 foi sancionada a Lei nº 8.666 que, regulamentando o art. 37 da Constituição da República, instituiu normas relativas às licitações e aos contratos da Administração Pública.³

3 Essa lei sofreu significativas alterações com o advento da leis nº 8.883, de 08 de junho de 1994, e da lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, principalmente.

Conforme visto, a nossa Constituição Federal atribui competência exclusiva para a União legislar sobre normas gerais de licitações e de contratações para a Administração Pública.

Normas gerais são comandos que devem ser obedecidos por todos os integrantes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas entidades que constituem a Administração Pública (administração direta e indireta).

Os dispositivos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/93 – que cuidam do tema-objeto de análise trazem a seguinte redação:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

...

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do *caput* deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível

superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

...

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, e comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

...

Merece sublinhar desde logo que o inciso II, do art. 30, apresenta duas possibilidades de verificação quanto à habilitação técnica: uma *operacional*, que servirá para a verificação das instalações e do aparato tecnológico da empresa; e outra *profissional*, que servirá para a verificação da experiência do responsável técnico do serviço a ser contratado.

4 Princípios aplicáveis

Princípios jurídicos são fundamentos básicos que estruturam e identificam o sistema normativo. Assim, as regras devem ser editadas seguindo as diretrizes traçadas pelos princípios que norteiam o sistema na qual vão se inserir.⁴

CARLOS ARI SUNDFELD aduz que princípios são idéias centrais que dão sustentação a um dado sistema e que “o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”.⁵

O procedimento licitatório é informado por uma série de princípios que regem o Direito Público e, ainda, por outros que lhe são específicos, sendo aqui importante destacar dois deles:

4.1 Princípio da isonomia

Analisar-se-á agora, de forma sintética, o *princípio da isonomia*, cobrando relevo destacar que *isonomia* é sinônimo de *igualdade*.

Em termos jurídicos, a palavra *isonomia* tem sentido próprio e não se trata de um valor considerado numa dimensão absoluta, mas relativa. Para o Direito são iguais os que se encontram numa mesma posição jurídica, daí o sentido relativo atribuído à expressão.

Costuma-se invocar a máxima aristotélica de que o *princípio da igualdade* consiste em “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desiguam*”, sendo que a beleza filosófica de tal asserto

4 Cf. nesse sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 241; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 307.

5 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 146.

em nada contribui para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e quem são os desiguais, e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual.⁶

BANDEIRA DE MELLO, sem discrepar do entendimento retro, traz de forma incisiva:

O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.

...

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.⁷

Em idêntico sentido posiciona-se ROBERT ALEXY, utilizando como espeque as decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, afirmando que o problema da cláusula de desigualdade deve assentar-se na *proibição geral de arbitrariedade*, significando que com essa proibição não é possível estabelecer uma diferenciação quando não haja uma razão qualificada como suficiente para a distinção. Está, assim, *ordenada* a igualdade de tratamento.⁸

Logo, em situações de tratamento desigual, e uma vez apresentados critérios proporcionais, fatores de discrimina-

6 Para uma boa leitura sobre o assunto: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 37-38.

8 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 388-394, passim.

ção razoáveis (justificáveis) não se verá afrontado o *princípio da isonomia*.

Quando se define no edital as características do objeto ou os documentos que devem ser apresentados para fins de habilitação, fixa-se condições, exigências. Essas, em verdade, são discriminações que se estão fazendo. Quando ao descrever um objeto define-se que ele deve ter a característica “A”, se está discriminando. É como se dissesse que o produto “X”, que não reúne a característica “A”, não poderá participar – e isso é uma discriminação. Assim, é preciso justificar tecnicamente as opções, ou seja, porque o produto tem que ter a característica “A”. Portanto, na medida em que a discriminação é justificável sob o ponto de vista normativo, o ato se mostra perfeito.

Nessa esteira, a Lei nº 8.666 observa quanto ao princípio da isonomia, sem olvidar de outros princípios de mesma envergadura:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da *isonomia* e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

...

Tem-se, então, que de modo a não ofender as disposições retro, deve a Administração ter muito zelo ao afirmar que para participar de uma licitação deve o licitante demonstrar determinada capacidade técnica (específica e/ou genérica; profissional e/ou operacional), pois poderá estar discriminando, restando à Administração demonstrar que a discriminação é razoável (legítima) e se faz com o escopo de melhor atender o *interesse público*.

Estabelecida a premissa de que é possível distinguir pessoas e situações para o fim de dar a elas tratamento jurídico (e até mesmo técnico) diferenciado, cabe determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desigualdades são juridicamente *razoáveis* (*proporcionais*), ou seja, trata-se de saber dentro de que limites é lícito ao administrador ditar normas de exceção sem lesar a esfera irredutível dos direitos fundamentais, que assegura a todos igual tratamento pela Administração Pública.

4.2 Princípio da razoabilidade⁹

Vale assinalar que o *princípio da razoabilidade* foi teorizado no bojo da transformação do *Estado de Polícia* para o *Estado de Direito* com o objetivo de controlar o poder coativo dos governantes, denominado *poder de polícia*, a fim de que o seu exercício ficasse limitado pela *justa adequação* entre os *fins* objetivados pela atuação do poder público e os *meios* utilizáveis para o seu atingimento.¹⁰

Assim, uma possível discriminação (desigualdade) num certame licitatório só se mostrará legítima se for para a consecução do resultado pretendido, vedado o *excesso*,

9 Em virtude da indefinição terminológica, preferimos ficar ombreado com aqueles que consideram a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* como sinônimos conforme concluímos no nosso: *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 209.

10 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 78.

isto é, o tratamento diferenciado além daquele imprescindível para uma realização satisfatória do objeto licitado.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, ao lecionar sobre o tema, afirma que: “*Traduz o princípio da razoabilidade, pois, há relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração*”.¹¹

Tem-se desse modo que o *princípio da razoabilidade* faz uma imperativa parceria com o *princípio da igualdade* (isonomia), vez que ao disciplinar, em última análise, ambos discriminam situações e pessoas por variados critérios, sendo a *razoabilidade* o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo, *in casu*, a contratação.

JUSTEN FILHO, em obra festejada, diz que: “*Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração*”.¹²

CARLOS ARI SUNDFELD, com a inspiração peculiar, firmou:

A formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, [...]. Está-se aqui, no entanto, perante uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa dos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar. Trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr risco de contratar com empresa desqualificadas [...]).¹³

11 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 42.

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50.

13 SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional. In: VERRI JR., Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e aspectos controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100-101.

Por fim, “*a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada*”¹⁴. Nesse sentido não se pode é aceitar em enunciados editalícios exigências desmedidas, exageradas, impertinentes, destinadas, tão-somente, a afastar possíveis licitantes.

5 Licitação: um conceito importante

A licitação é um procedimento administrativo que se traduz em uma série de atos que obedecem a uma seqüência determinada pela lei e tem por finalidade a seleção de uma proposta (mais vantajosa) de acordo com as condições (isonômicas) previamente fixadas e divulgadas em razão da necessidade de celebrar uma relação contratual.¹⁵

Na precisa definição de BANDEIRA DE MELLO, licitação é:

*O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.*¹⁶

Já MEIRELLES prefere conceituar licitação como o “*procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato*”

14 FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24.

15 Apesar de estranho, a necessidade de se trazer no meio de um trabalho o conceito de “licitação” (o que talvez deveria ter sido feito no início), se faz em virtude do destaque a que nos propomos, e se justifica também pois entendemos que o senso jurídico comum permite esse deslocamento sistemático.

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 468.

de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos".¹⁷

Para DI PIETRO, licitação é o "*procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem proposta dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato*".¹⁸

Já AYRES DE BRITTO, de modo condensado, afirma que a licitação é "... *um processo legal que institucionaliza um sistema de mérito, apto a selecionar a proposta mais conveniente para o Estado-administração*".¹⁹

Observe que cotejando os conceitos aduzidos uníssonos é o entendimento de que a *licitação* é um *procedimento administrativo* que se presta para a busca da *proposta mais vantajosa* (ou *melhor* proposta), obedecendo o *princípio da isonomia*.

Pode-se então dizer que não basta a verificação de um escorreito *procedimento administrativo* escorado no *princípio da isonomia* para que se tenha um certame licitatório eficiente²⁰. É imperioso também que a *proposta seja a mais vantajosa* para a Administração, noutras palavras, que o contratado seja: um bom prestador de serviço; um bom fornecedor; uma empresa aparelhada; um profissional experiente; e não qualquer um que apresente o *menor preço*.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 256-257.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 309.

19 BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997. p. 108.

20 A Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu no *caput* do art. 37 da CRFB o "princípio da eficiência", e não se pode fazer desse enunciado uma letra morta.

6 Exigências quanto à habilitação técnica

A expressão habilitação (capacidade) técnica tem grande amplitude de significado, contudo, pode-se dizer que “*consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado*”.²¹

Habilitação é a fase do procedimento licitatório que tem por finalidade aferir as condições pessoais dos interessados em contratar com a Administração, verificando se esses reúnem condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômico-financeiras de executar o objeto pretendido e se cumprem o disposto no inciso XXXIII²² do art. 7º da Constituição Federal.

A fase de *habilitação* é de cunho documental, isto é, a prova do atendimento das condições fixadas no instrumento convocatório como necessárias à execução do objeto é feita mediante a apresentação de documentos, podendo ser ela: jurídica (art. 28), fiscal (art. 29), técnica (art. 30) e econômico-financeira (art. 31).²³

Como o que interessa para a Administração é a execução de um dado objeto, a Constituição Federal impõe um limite às exigências de habilitação: apenas podem ser feitas exigências indispensáveis à execução do objeto do contrato, sendo inoidável o Texto Constitucional ao prescrever: “somente permitirá as exigências de qualificação *técnica* e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (art. 37, XXI, *in fine*), ou seja, é o objeto do contrato que delimita, então, as condições de habilitação, principalmente as relacionadas aos aspectos técnicos.

Não é difícil entender o motivo dessa previsão na parte final do art. 37, XXI do Texto Constitucional, vez que os

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 316.

22 Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores.

23 Todos dispositivos da Lei nº 8.666/93 e suas alterações.

contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos – recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco, logo, deve a Administração formular exigências destinadas a obterem excelentes garantias de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de adotar este comportamento seria violar a própria Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos.²⁴

Deve-se destacar que existe uma dificuldade em interpretar o art. 30 da Lei nº 8.666/93, tratando-se de um tema dos mais caros dentro do estudo da licitação, especialmente por ser impossível a lei minudenciar limites precisos para as exigências que a Administração deverá adotar em cada caso.

A doutrina ao estudar o art. 30 da Lei nº 8.666/93, aqui já trasladado, intitula o inciso I de *capacidade técnica genérica*, e o inciso II de *capacidade técnica específica*, podendo esta ser apresentada em duas espécies: a) *capacidade técnico-operacional*; e, b) *capacidade técnico-profissional*.

A *capacidade técnica profissional* é relacionada ao profissional (pessoa física) que será o responsável pela execução do serviço, enquanto a *capacidade técnico-operacional* relaciona-se a empresa (pessoa jurídica).

A dúvida que surge quando da aplicação do art. 30 da Lei nº 8.666/93 é creditada à busca da harmonia entre as normas que podem ser extraídas desse dispositivo e a parte final do art. 37, XXI da CRFB, vez que as exigências técnicas habilitatórias devem restringir-se àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Outro questionamento freqüente é relacionado à impossibilidade de se estabelecer *quantitativos mínimos* ou

24 SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional. In: VERRI JUNIOR, Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e aspectos controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100.

prazos máximos, como condicionantes à comprovação de aptidão técnico-operacional, tendo em vista o que reza o art. 30, § 1º, I, já citado.

Essa argumentação carece de fundamento. A limitação em tela, como resta claro no corpo do dispositivo, só é aplicável às exigências referentes à *capacitação técnico-profissional*.²⁵

JUSTEN FILHO leciona que é excessiva a interpretação de que a capacitação técnica-operacional não pode envolver quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos. Esse entendimento deriva da aplicação descabida da parte final do inc. I do § 1º e do § 5º, todos do art. 30, que explicitamente estabelecem tal vedação. Ocorre, contudo, que esses dispositivos disciplinam específica e exclusivamente a *capacitação técnica profissional* e não a *capacitação técnica-operacional*.²⁶

O mesmo autor, para ratificar seu entendimento, lança mão da jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, noticiando:

Essa orientação passou a prevalecer no âmbito do TCU, o qual hesitou quanto à melhor solução a adotar. Após algumas divergências, uniformizou-se a jurisprudência daquela Corte no sentido da validade de exigência de quantitativos mínimos a propósito da experiência anterior, desde que o aspecto quantitativo fosse exigência essencial quanto à identificação do objeto licitado.²⁷

25 SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional. In: VERRI JUNIOR, Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e aspectos controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118. Cf. ainda o art. 33 da Lei de Licitações: "Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: [...] III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;"

26 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 325.

27 *Ibid*, p. 325.

ADILSON DALLARI, de modo contundente, também afirma que a Constituição não autoriza nem estimula o aventureirismo, a concorrência selvagem, em detrimento da qualidade do objeto contratado e da segurança do contrato, sendo inquestionável à constitucionalidade do art. 30, da Lei nº 8.666/93, que estabelece o que pode ser exigido como elemento comprobatório da qualificação técnica de cada proponente.²⁸

7 Tipos de licitação: *menor ou melhor preço?*

É cediço, e aqui já foi mencionado, que as finalidades precípuas da licitação são a garantia do *princípio da isonomia* e a *seleção da proposta mais vantajosa*, ou seja, não decorrente apenas do *fator preço*, e em função disso é que a Lei nº 8.666/93 relaciona os *tipos de licitação*, assim dispondo:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

28 DALLARI, Adilson de Abreu. Licitação: comprovação de capacidade técnico-operacional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 9, p. 149, 1995.

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço;

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

...

O tipo *menor* preço é estabelecido pela lei como a regra geral. Todavia, mesmo dela se tratando, outras condições, que não o *preço*, são exigidas e analisadas, tais como: habilitação jurídica, *habilitação técnica*, habilitação econômico-financeira e habilitação fiscal.

Parte-se do pressuposto, então, que o procedimento a ser realizado adotará em regra o tipo (de licitação) *menor preço*, sendo importante destacar que em que pese ser considerado nesse tipo de licitação apenas o *preço* para fins de julgamento, isso não quer dizer que a qualidade do objeto e do pretenso contratado seja desprezada. A qualidade do objeto e do pretenso contratado não é fator que integra o critério julgamento da proposta, mas requisito de aceitação do próprio interessado, pois esses critérios devem ser vistos com o objetivo de atingir com eficiência o *interesse público*.

Com efeito, cabe à Administração especificar e exigir em seu ato convocatório os requisitos mínimos que o objeto deve contemplar, bem como a qualificação jurídica, técnica, fiscal e econômico-financeira, justificando técnica e razoavelmente, de modo a assegurar a obtenção de um contrato satisfatório com vista a atender o interesse visado, ou seja, o MELHOR preço.

8 Possibilidade de exigência de atestados técnicos operacionais

A Administração Pública, com vista a atingir o interesse público numa contratação deve²⁹ (*dever-poder*), restringir a participação de pretensos licitantes que não possuem qualificação *técnico-operacional*, a ser comprovada com atestados técnicos, para a execução do objeto, podendo, para tanto, se valer de exigências razoáveis. Tal comportamento passa longe de ser ofensor ao *princípio da isonomia*, ao tempo que a exigência, na verdade, visa a efetivar o *interesse público*.

Essa conclusão não é inovadora, já tendo alguns dos maiores publicistas pátrios focado o tema e palmilhando pela mesma senda, como, *v.g.*, CARLOS ARI SUNDFELD que de forma sábia, após mergulhar com fôlego sobre o tema, posicionou-se com a seguinte pena:

É válida a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, admitindo-se, inclusive, condicionamentos relativos a quantidades mínimas e prazos máximos;

É juridicamente viável a exigência de comprovação de aptidão técnico-operacional, mesmo quando já ter sido exigido prova de aptidão técnico-profissional. As duas exigências não são excludentes entre si. Ao contrário, são complementares e perfeitamente aplicáveis num mesmo certame.³⁰

O mesmo autor, no mesmo trabalho, exemplifica:

29 Cf. nesse sentido: PONTES FILHO, Valmir. Concorrência de obra e serviço de engenharia – comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 30, p. 129, 2000. : “... quando o prefalado art. 30, caput, II, da Lei de Licitações, falou em comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, *fê-lo exatamente para conferir ao Estado-administração não só o poder, mas o dever de impor aos licitantes a comprovação de sua aptidão técnico-operacional.*”

30 SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico operacional. In: VERRI JUNIOR, Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e aspectos controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122.

O edital pode, como condição da aceitação do atestado, exigir que ele se refira a obras ou serviços com certa dimensão. Se a licitação se destina a contratar a construção de obra gigantesca, seria irracional considerar qualificada para realizá-la uma empresa que só houvesse enfrentado obras diminutas.³¹

Na mesma senda, ADILSON DALLARI, com maestria, firmou:

O que a Constituição autoriza e determina [vide art. 37, XXI, *in fine*] ao legislador que exija não é a comprovação de uma qualificação técnica hipotética ou abstrata, mas, sim, de qualificação técnica (tanto profissional quanto operacional) necessária para garantir a fiel execução de uma determinada obra que é posta em disputa por meio de uma determinada licitação.

... pode a Administração Pública, no edital, exigir que o licitante comprove a execução anterior de obras e serviços em quantidades compatíveis com o objeto do futuro contrato em disputa e através de um único contrato.³²

VALMIR PONTES FILHO, ao focar sua inteligência a respeito de exigência em edital de atestados de *capacidade técnico-operacional*, também não vislumbra qualquer ofensa à lei, desde que verificado o *princípio da razoabilidade*, ou seja, desde que as exigências sejam adequadas à complexidade e à natureza do serviço a ser contratado e que digam com as suas características, quantidades e prazos.³³

TOSHIO MUKAI também não hesitou em afirmar que a Lei nº 8.666/93 estabelece que a qualificação técnica dos

31 *Ibid.*, p. 119.

32 DALLARI, Adilson de Abreu. Licitação: comprovação de capacidade técnico-operacional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 9, p. 152-153, 1995.

33 PONTES FILHO, Valmir. Concorrência de obra e serviço de engenharia: comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 30, p. 133, 2000.

licitantes deve ser demonstrada por meio de atestados que comprovem a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.³⁴

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO também já se posicionou sobre o tema de forma precisa, senão vejamos:

Já a evolução da jurisprudência do TCU merece especial atenção. Na decisão 395/95, o TCU manifestava-se pela possibilidade de exigência de comprovação de ambos os aspectos da capacitação técnica.

...

Em decisão posterior (12.4.2000), o TCU reconheceu a possibilidade de exigências de quantitativos mínimos e prazos máximos para capacitação técnico-operacional [Decisão nº 285/2000].³⁵

Na mesma linha observamos também alguns julgados:

(...) a capacidade técnico-operacional do licitante resulta de sua própria experiência anterior [...]. Não se exige que tais atestados se refiram a objeto idêntico, bastando que os serviços ou obras sejam similares, ou seja, sejam compatíveis em características, quantidades e prazos (art. 30, II) e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto da licitação (art. 30, § 3º).³⁶

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA NO EDITAL. CAPACITAÇÃO TÉCNICA DO LICITANTE. POSSIBILIDADE, ART. 30, II, DA LEI 8.666/93.

34 MUKAI, Toshio. Exigibilidade de atestados de capacidade técnico-operacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 14, p. 100-101, 1996.

35 Apud, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 323.

36 TCE/SP, apud, SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional. In: VERRI JR., Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e aspectos controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 112.

A exigência, no edital, de capacitação técnico-operacional, não fere o caráter de competição do certame licitatório.

Precedentes do STJ. Recurso Provido.³⁷

LICITAÇÃO - CAPACIDADE TÉCNICA - Apresentação de capacidade operacional em número inferior ao exigido no edital. Quantitativos e prazos. Proporcionalidade com o objeto da licitação. Segurança denegada. Recurso improvido. Ap. Cível 57.513-5/1 - Relator Des. Alves Beviláqua - Tribunal de Justiça de São Paulo.³⁸

9 Conclusão

Assim, não observamos qualquer ilegalidade ou ilegitimidade em cláusula editalícia que traga como exigência a comprovação, mediante a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) física(s) ou jurídica(s), que a empresa licitante tenha a experiência necessária para o cumprimento do objeto licitado, desde que tais exigências venham ao encontro do *interesse público* de modo razoável (justificável).

Conforme restou demonstrado é plenamente possível exigir que o contratado tenha uma *experiência técnico-operacional* mínima para uma perfeita execução do futuro contrato, inclusive com especificação de quantitativos e prazos, assegurando desse modo a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Não basta, então, a simples verificação de um escorreito *procedimento administrativo* escorado no *princípio da isonomia* para que se tenha um certame licitatório *eficiente*, é imperioso também que a *proposta seja a mais vantajosa* para a Administração, noutras palavras, que o contratado: seja

37 STJ, REsp. 155.861-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Barros, unânime, DJU, 8.3.1999, p. 114.

38 Revista *Interesse Público*, Porto Alegre: Nota Dez, n. 20, p. 183-184, 2003.

um bom prestador de serviço; que tenha uma infra-estrutura mínima; que tenha uma experiência; que tenha disponível o aparelhamento necessário; e não qualquer um que apresente o *menor preço*, um aventureiro, até porque inolvidável é o dito popular: “o barato, às vezes, custa caro”.

10 Referências

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DALLARI, Adílson de Abreu. Licitação: comprovação de capacidade técnico-operacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 9, p. 149-153, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MUKAI, Toshio. Exigibilidade de atestados de capacidade técnico-operacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 14, p. 96-101, 1996.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PONTES FILHO, Valmir. Concorrência de obra e serviço de engenharia: comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 30, p. 125-133, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional. In: VERRI JUNIOR, Armando; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e aspectos controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TÁCITO, Caio. O princípio da razoabilidade das leis. In: _____. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

TOLEDO, Suzana de Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

1.7

O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

HENRIQUE ROCHA FRAGA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Os princípios e as normas jurídicas. 3 O ordenamento jurídico e a aplicação dos princípios jurídicos. 4 Sistema constitucional tributário e os seus princípios próprios. 5 O princípio da igualdade em matéria tributária. 6 O princípio da capacidade contributiva. 7 O princípio da progressividade no ordenamento jurídico brasileiro. 9 Conclusões.

1 Introdução

Etimologicamente, princípio vem do latim *principium*, *principii* e significa o início, o fundamento, o começo, a origem ou a base de algo. Platão definia princípio como “fundamento de raciocínio”. Aristóteles sustentava ser o princípio a premissa maior de uma demonstração. Kant, por sua vez, dizia que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo”.¹ Os princípios são uma orientação de caráter geral, inicial, que servem de fundamento para o desenvolvimento de um raciocínio sobre um objeto a ser estudado.

Os princípios jurídicos, por sua vez, são os enunciados fundamentais que regem os Ordenamentos Jurídicos. A idéia fundamental dos princípios jurídicos é servir de base e orientação para construção e aplicação das normas jurídicas estabelecidas em dado ordenamento. Celso Antonio

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes – RJ. Professor Universitário.

1 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.

Bandeira de Mello² tem definição invulgar sobre estes princípios, que merece ser sempre lembrada. Para ele, princípio é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

A doutrina, em geral, tem pensamento uníssono sobre a definição dos princípios jurídicos. Hugo de Brito Machado³ entende ser o princípio “uma norma dotada de grande abrangência, vale dizer, de universalidade e de perenidade. Os princípios jurídicos constituem, por isto mesmo, a estrutura do sistema jurídico. São os princípios jurídicos os vetores do sistema”.

Sobre a importância e a função dos princípios jurídicos, o mestre Roque Antonio Carrazza⁴ tem brilhante definição:

Usando, por comodidade didática, de uma analogia sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos

2 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771-772.

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 11.

4 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.

aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importante que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício, retirarmos ou destruímos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtraírmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes ‘alicerces’, ‘vigas mestras’ são os princípios jurídicos, ora objetos de nossa atenção.

Os princípios jurídicos, entretanto, não devem ser considerados isoladamente, mas sim em conjunto, dentro da noção de sistema jurídico. Carrazza⁵ conceitua sistema como sendo “a reunião ordenada de várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras se chamam *princípios*, e o sistema é tanto mais perfeito quanto em menor número existam”. No mesmo sentido, Geraldo Ataliba⁶ sustenta que “os elementos de um sistema não constituem o todo, com sua soma, como suas simples partes, mas desempenham cada um sua função coordenada com a função dos outros”.

O sistema jurídico é um conjunto coeso de normas e princípios, que se compatibilizam mutuamente e se materializam no Ordenamento Jurídico. Na sua caracterização realmente visualiza-se um conjunto, entretanto seus elementos devem estar coordenados, formando um todo unitário. Tratando-se de um sistema, o Ordenamento Jurídico

5 Ibid., p. 32.

6 ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 4.

não é um amontoado de normas, mas sim um conjunto de normas e princípios, em coerência entre si, que tem por objetivo a disciplina e a organização da vida em sociedade, servindo de instrumento para a resolução dos conflitos interpessoais de interesse e promoção da justiça.

Como os princípios jurídicos desempenham a função de elementos estruturais de um sistema normativo, é no estudo dos princípios que serão encontradas as idéias fundamentais desse sistema. Assim, para uma correta interpretação do sistema jurídico, mais importante que o conhecimento das normas jurídicas é a análise dos princípios que o norteia.

2 Os princípios e as normas jurídicas

Os princípios podem ser explícitos ou implícitos, ou sejam, podem estar traduzidos ou não em linguagem normativa. Mas os princípios teriam a mesma natureza das normas jurídicas? É certo que não há consenso doutrinário sobre a questão, inobstante, Hugo de Brito Machado⁷ sintetiza a resposta a esse questionamento, demonstrando que a resposta varia, de acordo com a postura jusfilosófica de cada um:

Para os jusnaturalistas, não obstante divididos estes em várias correntes, é possível afirmar-se que os princípios jurídicos constituem o fundamento do Direito Positivo. Neste sentido, portanto, o princípio é algo que integra o chamado Direito Natural. Para os positivistas, o princípio jurídico nada mais é do que uma norma jurídica. Não uma norma jurídica qualquer, mas uma norma que se distingue das demais pela importância que tem no sistema jurídico. Essa importância decorre de

7 MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 11.

ser o princípio uma norma dotada de grande abrangência, vale dizer, de universalidade, e de perenidade. Os princípios jurídicos constituem, por isto mesmo, a estrutura do sistema jurídico. São os princípios jurídicos os vetores do sistema.

Embora haja correntes diversas sobre a necessidade ou não de se traduzir em linguagem normativa os princípios, não se nega a sua existência, reconhecendo-se o seu caráter normativo e a necessidade de sua observância obrigatória. Assim, mais importante que sua explicitação em texto normativo, é verificar sua existência ou não. Se um princípio existe, ainda que seja implícito, deve ser aplicado indistintamente. Não se pode falar que há hierarquia entre princípios explícitos e implícitos, é na análise do jurista que se identificará o seu âmbito de aplicação, de forma a identificar como compatibilizá-los.

Norberto Bobbio⁸, nessa linha de pensamento, reconhece expressamente o caráter normativo dos princípios:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 158-159.

lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

Em vista disso, o princípio tem caráter normativo, embora muitas vezes não esteja traduzido em linguagem normativa. Pelas suas características estruturais, está acima mesmo das próprias normas jurídicas, o que só reforça a sua grande importância no Ordenamento Jurídico. É o princípio jurídico que norteará a compreensão das normas jurídicas, que esclarecerá o seu conteúdo e os limites de sua eficácia, devendo as normas estar em perfeita consonância com os princípios.

Daí porque desobedecer a um princípio é muito mais grave do que desobedecer a uma simples norma jurídica⁹.

3 O ordenamento jurídico e a aplicação dos princípios jurídicos

Como o sistema jurídico é formado por um conjunto de normas e princípios, o princípio jurídico não pode ser aplicado individualmente, mas sim em ponderação com outros princípios existentes e igualmente relevantes, de forma a manter o equilíbrio do sistema. Os princípios, assim como as normas, não existem isoladamente, mas estão sempre ao lado de outros, relacionando-se entre si.

O Ordenamento Jurídico não possui um único princípio. Ao contrário, o sistema normativo é formado pela conjugação de inúmeros elementos fundamentais, logo, em um

9 BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 13-14.

mesmo sistema são diversos os princípios que se relacionam entre si.

Mas na aplicação dos princípios jurídicos, como identificar qual deve prevalecer? Para resposta a este questionamento importa lembrar que, de acordo com as lições de Kelsen¹⁰, o Ordenamento Jurídico é formado por um conjunto de normas e princípios, dispostos hierarquicamente em níveis diversos, em uma espécie de pirâmide jurídica. O Ordenamento Jurídico é uno e representado por toda pirâmide, mas encontra-se escalonado, demonstrando que as normas e os princípios não estão todas no mesmo plano, mas sim em níveis hierárquicos distintos, que se relacionam através de coordenação e subordinação.

No ápice da pirâmide, encontram-se os princípios e as normas constitucionais, que no caso ocupam o ponto mais elevado da pirâmide. A partir da base constitucional, todas as demais normas inferiores têm seu fundamento de validade nas normas hierarquicamente superiores. As normas inferiores dependem das superiores, em estrita obediência à hierarquia. Em caso de conflito de princípios ou na aplicação de princípios diversos, deve-se identificar qual é o hierarquicamente superior, sendo este, por certo, o que deve prevalecer.

4 Sistema constitucional tributário e os seus princípios próprios

A partir das idéias até aqui expostas, pode-se afirmar que é na Constituição que se encontram os princípios fundamentais do Ordenamento Jurídico. A Constituição é um sistema que trata da organização do Estado, sistema este que possui normas e princípios que se compatibilizam en-

10 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

tre si e se revela como fundamento maior do Ordenamento Jurídico. É a Constituição que dá fundamento de validade a todas as demais normas infraconstitucionais.

Os princípios constitucionais, nessa linha, são os mais importantes do Ordenamento Jurídico, porque norteiam a atuação de todas as demais normas jurídicas, estando acima dos demais princípios e normas. Tais princípios constituem a base da estrutura e do funcionamento do sistema jurídico. A violação de um princípio constitucional importa em violação à própria Constituição, representando inconstitucionalidade ainda mais grave do que uma simples norma.

Dentro da Constituição, há ainda outros subsistemas com normas e princípios próprios. É o caso do Sistema Tributário Nacional, em que são identificados diversos princípios próprios, denominados princípios constitucionais tributários.

O Subsistema Tributário Nacional, assim, pode ser considerado um sistema, inserido em outro, mais amplo, denominado Constituição. Possui princípios e normas em correlação entre si. E são fundamentais, pois orientam a atuação de outras normas em matéria tributária.

A partir das considerações iniciais sobre os princípios jurídicos constitucionais tributários, pode-se avançar para o estudo específico do princípio da progressividade. Tal princípio encontra-se positivado na Constituição de 1988 nos artigos 153, § 2º, I; 156, § 1º, I e 182, § 4º, II. Trata-se de um princípio típico do sistema constitucional tributário, pois é uma orientação de caráter geral e abstrato, que orienta a produção das demais normas tributárias.

Desde já, porém, importa destacar que tal princípio deriva dos princípios constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva, por isso, convém também apresentar ponderações sobre esses dois princípios fundamentais, que serão úteis ao objeto de estudo.

5 O princípio da igualdade em matéria tributária

O princípio da igualdade, embora esteja normatizado na Constituição, é mais que um princípio constitucional. Trata-se de um princípio geral aplicável a todo o Direito, que desde Platão e Aristóteles está vinculado à idéia de Justiça.

O princípio da igualdade é base do Estado de Direito e se exprime na proibição do arbítrio, ou como ensina Baleeiro¹¹ na proibição de um tratamento desigual que não se baseie em relevantes razões objetivas, ou na proibição de discriminações que não correspondam a critérios razoáveis e compatíveis com o sistema da Constituição.

Em matéria fiscal, o entendimento de que “todos são iguais perante a lei” revela que não se pode dispensar tratamento fiscal desigual a indivíduos que se achem nas mesmas condições. Com isso, há uma nítida intenção de se evitar o arbítrio do poder e os privilégios odiosos dentro da sociedade.

A grande dificuldade, entretanto, é sua aplicação prática, na medida em que resta inequívoco que os homens não são iguais na sociedade. Essa desigualdade material é evidente, uma vez que não existem no mundo dois seres absolutamente idênticos. Diante dessa situação fática, para se atingir realmente o princípio da igualdade, deve-se levar em consideração as desigualdades entre os indivíduos, de forma a dispensar a cada um tratamento diferenciado e adequado à sua condição.

Considerando que as pessoas são diferentes entre si, como identificar as desigualdades para, em função delas, atribuir-se tratamento desigual, de forma a favorecer umas em detrimento de outras? Problemático, assim, é estabelecer o critério de discrimen, de forma a se distinguir pessoas e situações e aplicar o princípio da igualdade.

11 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 520.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹² sustenta que a regra de igualdade não significa tratar todos da mesma maneira; pelo contrário, se assim for feito, restará violado o princípio da igualdade, pois estar-se-á tratando desigualmente pessoas que são intrinsecamente diferentes.

Mas não é só isso. Em sentido contrário, o princípio visa impedir a edição de lei em desconformidade com a isonomia, de forma a favorecer uns e oprimir outros. Assim, a igualdade jurídica ou o princípio da igualdade deve ser entendido em dois sentidos: a) igualdade na lei, que é uma exigência dirigida ao legislador, que, no processo de formação da norma, não pode incluir fatores de discriminação que rompam com a ordem isonômica; e b) igualdade perante a lei, que pressupõe a lei já elaborada e se dirige ao aplicador da norma, impondo um tratamento desigual a pessoas em situações desiguais, mas vedando a subordinação a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório.

Visa tal princípio abolir privilégios de certas pessoas ou classes dominantes, de forma a se buscar o tratamento equânime a todos os homens. Nesse sentido, Rui Barbosa¹³ ensinava:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos como se todos se equivalessem.

12 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

13 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949. p. 33-34.

Ataliba¹⁴, da mesma forma, já teve oportunidade de afirmar que: “Firmou-se a isonomia, no direito constitucional moderno, como direito público subjetivo a tratamento igual, de todos os cidadãos, pelo Estado”.

A partir da idéia da desigualdade material entre os indivíduos e da necessidade de diferenciação de tratamento jurídico entre os mesmos, um dos critérios para esta diferenciação de tratamento em matéria tributária é o princípio da capacidade contributiva, que vincula o exercício da tributação à capacidade do indivíduo de contribuir para as necessidades públicas. O valor de um tributo pode ser maior para quem tem maior capacidade para contribuir e menor de quem tem menor capacidade. Mas o princípio da igualdade impõe tratamento idêntico aos contribuintes que estiverem na mesma categoria ou na mesma condição.

O princípio da capacidade contributiva é uma das maneiras de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, segundo a capacidade de cada indivíduo de arcar com os ônus tributários. Assim, o princípio da capacidade contributiva é o critério de diferenciação entre as pessoas em matéria tributária, de forma a ser expressão do princípio da igualdade.

Nessa linha, são as lições de Misabel de Abreu Machado Derzi¹⁵, que sustenta ser a capacidade contributiva (considerada proporcional e regressivamente) um desdobramento de um mesmo e único princípio, o da igualdade.

Hugo de Brito Machado¹⁶ também sustenta que a capacidade contributiva é o critério para diferenciação entre os desiguais. Para ele, não se pode tratar igualmente pessoas desiguais. Há dificuldade em escolher o critério de discrimi-

14 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 132.

15 DERZI, Misabel de Abreu Machado. Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, 5., 1991, São Paulo. *Anais...* São Paulo: IDEPE, 1991, p. 163.

16 MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 43-44.

nação. No direito tributário, esse critério seria a capacidade econômica.

No mesmo sentido, Carrazza¹⁷ leciona que “o princípio da capacidade contributiva – que informa a tributação por meio de imposto – hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos”.

Observa-se que o princípio da capacidade contributiva sempre teve estreita relação com o princípio da igualdade, na medida em que, em matéria tributária, o tratamento aos contribuintes deve ser medido, de forma especial, de acordo com suas aptidões econômicas, igualando-se ou não indivíduos na mesma situação econômica, de forma que o princípio da capacidade contributiva é instrumento para alcance da igualdade tributária.

6 O princípio da capacidade contributiva

A arrecadação de tributos é hoje vital para a existência do Estado. Diante desse papel peculiar, o princípio da capacidade contributiva, tido por alguns como o princípio dos princípios em matéria tributária, desempenha a função de nortear o exercício da atividade tributária perante os indivíduos. Mensura a parte da riqueza de cada indivíduo para definir o grau de participação do patrimônio individual em prol do interesse público, por meio do pagamento de tributos.

Tratado inicialmente como tema das Ciências das Finanças, por longo tempo o princípio da capacidade contributiva esteve limitado a esse campo de atuação. A origem desse princípio é atribuída pela doutrina a Adam Smith¹⁸, estando implícito em sua primeira máxima de tributação:

17 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 59.

18 SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1985. v. 2. (Coleção Os Economistas).

I. Os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta, sob a proteção do Estado.

O interesse dos juristas por esse princípio surgiu com a sua normatização nas constituições ou nas leis gerais em matéria tributária de vários países. Na Itália e na Espanha o princípio está expressamente previsto nas respectivas constituições. No Chile, na Venezuela, no Equador, na Argentina e no México, aparece explícita ou implicitamente, conforme ressalta Víctor Uckmar¹⁹, de forma que a normatização do princípio da capacidade contributiva sempre esteve presente nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No Brasil, passou a figurar de modo expreso no artigo 202, da Constituição de 1946, no Título IX (Disposições Gerais). Rezava o dispositivo constitucional: “os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.²⁰ Não obstante, já na Carta de 1824, por meio do artigo 179, § 13, fazia-se referência ao ideal desse princípio nos seguintes termos: “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres”.²¹

Embora desde a Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro de 1965²², o princípio da capacidade contributiva não constasse expressamente em texto constitucional, a sua reinclusão, expressa no artigo 145, § 1º, da Constitui-

19 UCKMAR, Víctor. *Principios comuns de derecho constitucional tributario*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 67.

20 BRASIL. *Constituições do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1986. p. 295.

21 *Ibid*, p.33

22 BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro de 1965. Emenda Constitucional Constituição Federal de 1946. Sistema tributário nacional. *Diário [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 dez. 1965. Disponível em <http://www.legislação.senado.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2003c.

ção de 1988, acabou não representando qualquer inovação em relação ao sistema tributário nacional, pois sempre se ressaltou a necessidade de sua observância. Isso porque a observância do princípio da capacidade contributiva decorre de uma exigência dos princípios republicanos, da isonomia tributária e da proibição do confisco, razão pela qual nem sequer precisaria estar expressa no texto constitucional. Assim, sempre se sustentou a sua permanência à luz da aplicação de outros princípios jurídicos.

A Comissão Afonso Arinos, responsável pela elaboração do projeto da Constituição de 1988, trouxe o princípio expresso no texto do anteprojeto, nos seguintes termos: “os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados pela capacidade econômica do contribuinte, segundo critérios fixados em lei complementar”. Pela redação do anteprojeto, buscava-se aplicar o princípio da capacidade contributiva a todos os tributos e não somente aos impostos. O atual texto constitucional, entretanto, após inúmeras discussões na Assembléia Nacional Constituinte, procurou restringir o alcance desse princípio, acabando por se referir a ele apenas nos impostos.

Diversos autores conceituaram o princípio da capacidade contributiva. Para Aliomar Baleeiro²³, “a capacidade contributiva é o atributo que deve qualificar alguém aos olhos do legislador para sujeito passivo da relação tributária”.

Geraldo Ataliba²⁴ sustenta ser o princípio “a real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente o contribuinte, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando riqueza como lastro à tributação”.

23 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 295.

24 ATALIBA, Geraldo. Progressividade e capacidade contributiva. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, 5., 1991, São Paulo. *Anais...* São Paulo: IDEPE, 1991, p. 50.

Esse princípio pode ser visto sob dois aspectos: protege o indivíduo da ganância do Estado, mas protege a sociedade do egoísmo do indivíduo; serve para limitar o alcance da atividade tributária a indivíduos que têm condições de contribuir com o pagamento de tributos, excluindo aqueles que não detêm poder econômico para tanto.

José Marcos Domingos Oliveira²⁵ entende que o princípio da capacidade contributiva pode ser visto sob os aspectos objetivo e subjetivo. Assim define o autor:

Capacidade contributiva é conceito que se compreende em dois sentidos, um objetivo ou absoluto e outro subjetivo ou relativo. No primeiro caso, capacidade contributiva significa a existência de uma riqueza apta a ser tributada (capacidade contributiva como pressuposto da tributação), enquanto no segundo, a parcela dessa riqueza que será objeto da tributação em face de condições individuais (capacidade contributiva como critério de graduação e limite do tributo).

Pelo princípio da capacidade contributiva, mensura-se a parte da riqueza de cada indivíduo que deve ingressar no patrimônio público para alcançar a justiça tributária e o bem comum. A justiça tributária é alcançada pela observância do princípio da capacidade contributiva. Segundo Baleeiro²⁶, “na consciência contemporânea de todos os povos civilizados, a justiça do imposto confunde-se com a adequação deste ao princípio da capacidade contributiva”.

Ives Gandra da Silva Martins²⁷ ressalta a importância do princípio da capacidade contributiva. Para o autor, “o direito formal e o direito estrutural, em sua projeção financeira, não prescindem da percepção preliminar de alguns

25 OLIVEIRA, José Marcos Domingos. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 57.

26 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 268

27 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 27.

princípios que alicerçam a espinha dorsal das normas que o regulamentam. São eles os princípios da capacidade contributiva e da redistribuição de riquezas”.

Alberto Xavier²⁸ sustenta que a capacidade contributiva é o conteúdo positivo do princípio da igualdade. Realmente o princípio da capacidade contributiva tem total correlação com o da igualdade. Em matéria tributária, o critério de igualdade há de ser auferido de acordo com a riqueza de cada um, na medida em que a atividade tributária consiste exatamente em captar parte da riqueza individual em prol do interesse público. Por isso, contribuirão com o pagamento de tributos todos os que detenham riqueza, tratados igualmente na medida da igualdade de riqueza. É por meio da capacidade contributiva que se alcança o respeito ao princípio da igualdade.

José Maurício Conti²⁹ visualiza a capacidade contributiva sob dois ângulos: o estrutural e o funcional. Estruturalmente, a capacidade contributiva é uma aptidão para suportar o ônus tributário, a capacidade de arcar com a despesa decorrente do pagamento de determinado tributo. Funcionalmente, a capacidade contributiva é um critério destinado a diferenciar as pessoas, de modo a fazer com que se possa identificar quem são os iguais, sob o aspecto do Direito Tributário, e quem são os desiguais, e em que medida e montante se desigualam, a fim de que se possa aplicar o princípio da igualdade com o justo tratamento a cada um deles.

No mesmo sentido são as palavras de José Marcos Domingos Oliveira³⁰: “no Direito Tributário, a Igualdade se realiza através do princípio da capacidade contributiva, por-

28 XAVIER, Alberto. *Manual de direito fiscal*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. p. 107.

29 CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 33.

30 OLIVEIRA, José Marcos Domingos. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 51-52.

que somente garantida a satisfação das necessidades mínimas, comuns a todos, é que, ao depois, se poderá tratar desigualmente os desiguais, discriminando-os licitamente com base nas respectivas riquezas diversas”.

Se o objeto da tributação é algum fato que revele capacidade contributiva, por outro lado, também é correto afirmar que uma pessoa não pode ser tributada em nível tal que imponha um sacrifício insuportável, capaz de retirar sua capacidade de contribuir. A capacidade contributiva, nesse sentido, também é limite máximo da tributação, verificado quando a atividade tributária impeça a continuidade da atividade produtiva ou retire parcela da riqueza do indivíduo além de sua capacidade de contribuir. Aqui, há o limite entre o princípio da capacidade contributiva e o princípio do não-confisco.

Assim, o princípio da capacidade contributiva é instrumento para se alcançar a justiça tributária e a aplicação do princípio da igualdade em matéria tributária. A doutrina sempre defendeu esse pensamento. Valdés Costa³¹ argumenta que o princípio da igualdade na lei mediante o critério ou subprincípio da capacidade contributiva deve ser uma das mais notáveis especificações a constar nas constituições modernas. Para Guilherme Ahumada³², a isonomia tributária consiste na igualdade jurídica informada pela teoria da capacidade contributiva. Em suma, ser justo em matéria tributária consiste em tratar todos com igualdade, o que se alcança com o princípio da capacidade contributiva.³³

31 VALDÉS COSTA, Ramón. *Instituciones de derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 458.

32 AHUMADA, Guillermo. *Tratado de finanzas públicas*. 4. ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1969. v. 1. p. 296.

33 No mesmo sentido: NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1969. p. 100 e XAVIER, Alberto. *Manual de direito fiscal*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. p. 74.

7 O princípio da progressividade no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da progressividade é um princípio jurídico constitucional tributário, uma orientação geral de caráter diretivo sobre as normas tributárias, que tem como característica a elevação dos tributos de maneira gradual, segundo critérios estabelecidos em lei. Decorre do princípio da capacidade contributiva e da igualdade, fundamentando-se nos mesmos.

O referido princípio pode ser usado para atendimento de finalidades fiscais, elevando-se a exigência tributária à medida que aumenta a capacidade contributiva do contribuinte. Também pode ser usado com conotação extrafiscal, de forma que, com a elevação de alíquotas, possa estimular ou desestimular determinados comportamentos.

O conceito de “progressividade” tem total correlação com a clássica distinção entre impostos fixos, proporcionais e progressivos. Pela sua relevância, importa melhor explicar tal classificação.

Fixos são aqueles cujo valor (*quantum debeatur*) vem definido na lei instituidora, independente da riqueza-alvo da tributação. Exemplo existente de imposto fixo é o ISSQN, devido por profissionais liberais.³⁴ É estabelecido nas leis municipais de forma invariável, pagável por ano ou mês, em decorrência do exercício da profissão no território municipal, independentemente do preço cobrado pelo serviço. Não há, nesses casos, base de cálculo e alíquota.

Proporcionais, por outro lado, são os impostos cujo valor a pagar (*quantum debeatur*) é definido, em cada caso, pela conjugação de dois elementos estabelecidos abstra-

34 Atualmente objeto de profundas discussões por conta da edição da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que não adotou expressamente essa forma de tributação (BRASIL. Poder Legislativo. LCP 116/2003 (Lei complementar), de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília (DF), 1 ago. 2003. Disponível em: <<http://legislação.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2003d.

tamente na lei tributária: base de cálculo e alíquota. A base de cálculo nos impostos proporcionais é a grandeza ou medida de valor estabelecida abstratamente na lei (preço da mercadoria, lucro, renda, valor venal do imóvel, etc). A alíquota, por outro lado, é o percentual, a parte dessa grandeza que representa, após singela operação aritmética, o exato valor do imposto devido. É a alíquota, pois, o elemento definidor do valor devido ao Fisco.³⁵

Nos impostos proporcionais, o montante a pagar a título de imposto é sempre proporcionalmente igual, independentemente das características de cada contribuinte, uma vez que nesses impostos a alíquota é única, invariável. A igualdade proporcional decorre do fato de que o montante a pagar, de acordo com o valor *in concreto* da base de cálculo, é maior ou menor proporcionalmente à riqueza tributada.

“Progressividade” não se confunde com “proporcionalidade”. A progressividade implica a elevação proporcional de alíquotas de acordo com o aumento do valor de riqueza tributado. Na proporcionalidade, ao contrário, a alíquota é invariável, alterando-se apenas o montante a ser pago na razão direta do aumento da riqueza tributada.³⁶ Segundo Ricardo Lobo Torres,³⁷ “progressividade significa que o imposto deve ser cobrado por alíquotas maiores na medida em que se alargar a base de cálculo”.

Assim, a progressividade clássica significa um aumento de alíquotas na medida da elevação da base de cálculo do imposto. Essa elevação proporcional de alíquota importa no aumento do imposto a recolher e decorre do aumento da medida de riqueza tributada (base de cálculo). Nesse caso, os mais ricos pagam proporcionalmente mais do que

35 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

36 TORRES, Ricardo Lobo. Proporcionalidade, progressividade e seletividade no IPTU. *Revista de Direito Tributário*, v. 85, p. 342-347.

37 ----- *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 83.

os mais pobres. Exemplo de imposto progressivo é o imposto de renda de pessoa física, em que as alíquotas vão gradativamente aumentando à medida que se aumenta a base de cálculo do imposto.

Embora nem sempre lembrado pela doutrina, a progressividade também pode ser utilizada com outras finalidades que não a de arrecadação, de forma que a elevação de alíquotas far-se-á de acordo com outros critérios fixados em lei. Por exemplo, para estimular a utilização de imóvel urbano, pode-se instituir um imposto progressivo em função do decurso do tempo; até que se utilize corretamente este imóvel, a alíquota será gradativamente maior.

Como visto, não é inteiramente correto caracterizar a progressividade como um aumento de alíquotas na medida da elevação da base de cálculo do imposto. Essa é a definição clássica da progressividade, sempre lembrada pela doutrina. Entretanto, em face da possibilidade de utilização da progressividade com outra finalidade que não a fiscal, melhor caracterizar a progressividade como a elevação da alíquota de um tributo de maneira gradual, segundo critérios estabelecidos em lei.

Historicamente, a possibilidade de instituição de uma tributação progressiva foi fonte de intermináveis discussões. No passado, mais especificamente no princípio do século XIX, sustentava-se a impossibilidade de instituição de impostos progressivos, defendendo-se a utilização apenas da proporcionalidade na tributação, com base na idéia de que cada um deveria contribuir na proporção de suas posses, uma vez que a utilização dos serviços públicos é proporcional à renda de cada cidadão. Revolucionários como Lambon, Fabre d'Englantine e Robespierre foram ardorosos defensores dessas idéias. A partir da segunda metade do século XIX, esse pensamento evoluiu, passando-se a reconhecer que a capacidade contributiva cresce mais do que proporcionalmente ao crescimento da renda.

Com esse novo pensamento, reconheceu-se legítima a tributação progressiva. No final do século XIX e no início do século XX, praticamente em todos os países existiam impostos com alíquotas progressivas.³⁸

Atualmente, as discussões anteriormente existentes restaram praticamente superadas. A Suprema Corte Americana, em duas sentenças - *Magoun c. Illinois Trust and Savings Bank* (1898), 170 U.S. 283, e *Knowlton c. Moore* (1900), 178 U.S. 41 -, examinou e entendeu ser constitucional a tributação progressiva. Em ambas as controvérsias fora sustentada a ilegitimidade de tal forma de imposição na medida em que contrária à regra constitucional da “*uniformity*”.³⁹ Sáinz de Bujanda⁴⁰ defende sua aplicação como forma de alcançar a igualdade tributária: “o princípio de progressividade, como forma de conseguir a efetiva igualdade, supõe que a carga tributária se reparta em forma mais que proporcional, atendendo ao nível de capacidade contributiva dos contribuintes”.

O autor Victor Uckmar⁴¹ é um dos grandes defensores deste princípio e traz argumentos fundados na ciência econômica para defender a possibilidade de uma tributação progressiva, baseada na igualdade tributária:

As discussões que, de início, proliferaram sobre a legitimidade constitucional dos impostos com alíquota progressiva, particularmente nos Estados cuja Constituição proclama a igualdade e a uniformidade da tributação, não têm razão de ser: na verdade cabe à ciência econômica estabelecer o sistema que melhor possa assegurar uma justa repartição dos encargos públicos, e se a ciência econômica entende que tal resultado pode

38 UCKMAR, Victor. *Principios comuns de direito constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 73-75.

39 *Ibid.*, p. 76.

40 SAÍNZ DE BUJANDA, Fernando. *Lecciones de derecho financiero*. 9. ed. Madrid: Facultad de Derecho/ Universidad Complutense, 1991. p. 111.

41 UCKMAR, op. cit., p. 76.

ser melhor obtido com um imposto progressivo do que com um imposto proporcional, o sistema fiscal – para ser mais adequado ao princípio supremo da igualdade – deverá compreender também impostos com alíquota progressiva.

A idéia central da instituição de uma tributação progressiva pode ser resumida com as lições de Berliri⁴²: “quem tem mais deve pagar mais porque tendo mais participa em maior medida nas vantagens da organização coletiva; ou bem: quem tem mais deve pagar mais porque ao ter mais pode pagar mais com menor sacrifício”.

A tributação progressiva tem sido fundamentada no efeito multiplicador da capacidade contributiva. Um indivíduo com mais renda e, por conseqüência, com maior capacidade contributiva, tem maior possibilidade de fazer com que a sua renda cresça muito mais, e em mais velocidade do que um indivíduo que tenha menos para investir.

O princípio da progressividade não é um instituto exclusivo do Ordenamento Jurídico Brasileiro. A Constituição Italiana, em seu artigo 53, consagra expressamente o referido princípio como critério para alcance da capacidade contributiva: “*Art. 53. Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività*”.⁴³

Da mesma forma, a Constituição da Espanha faz alusão expressa ao princípio da progressividade, no seu artigo 31, dando a ele sentido semelhante ao dado na Constituição Italiana, qual seja, o de um instrumento para o alcance da capacidade contributiva: “Todos contribuirão para as despesas públicas de harmonia com a sua capacidade econô-

42 BERLIRI apud OLIVEIRA, José Marcos Domingues. *Capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 61.

43 CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 33.

mica, mediante um sistema tributário justo, inspirado nos princípios da igualdade e progressividade, que, em caso algum, terá alcance confiscatório”.⁴⁴

A doutrina nacional, de um modo geral, sempre defendeu a utilização do princípio da progressividade na tributação. Misabel de Abreu Machado Derzi⁴⁵ é exemplo de quem assumiu essa posição, ao sustentar que “a graduação dos impostos, de forma que os economicamente mais fortes paguem progressivamente mais por esses gastos do que os mais fracos, levará a uma maior justiça social”.

O princípio da progressividade, entretanto, não está imune a críticas. São relevantes os argumentos apresentados para negar a sua aplicabilidade. João de Adhemar Barros⁴⁶ é um dos críticos da tributação progressiva. Para ele, a progressividade tributária penaliza os mais eficientes e desestimula o esforço e a criatividade, na medida em que a recompensa por um trabalho árduo é uma tributação mais elevada.

Ives Gandra da Silva Martins,⁴⁷ na mesma linha, criticou duramente a utilização de uma tributação progressiva, pois, para ele, a progressividade afasta os investimentos e desestimula a vinda de capitais por tributar excessivamente o lucro, a renda e o patrimônio. Roberto Campos⁴⁸ foi da mesma opinião, apresentando fortes argumentos contra a tributação progressiva:

A progressividade é uma coisa charmosa, principalmente quando ela é aplicada à custa do bolso alheio. No fundo, entretanto, a progressividade é uma iniquidade.

44 Ibid., p. 44.

45 DERZI, Misabel de Abreu Machado. Princípio da igualdade no direito tributário e suas manifestações. . In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, 5., 1991, São Paulo. *Anais...* São Paulo: IDEPE, 1991, p. 178.

46 BARROS, Adhemar João de. A progressividade tributária. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 13 mar. 1988.

47 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípios constitucionais tributários. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, São Paulo: Resenha Tributária/Centro de Estudos de Extensão Universitária, n. 18, p. 5 -11, 1993.

48 CAMPOS, Roberto. As tentações de São João Batista. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. 2, 4 mar. 1990.

Significa não só obrigar os que ganham mais a pagar mais, mas também punir mais que proporcionalmente os ousados e criadores. O charme da progressividade advém de duas falsas premissas. Uma é que quanto mais bem-sucedido o contribuinte mais deve ser punido. Outra é que o governo gasta melhor que o particular. Presume-se que o governo gastaria para prestar serviços; na realidade, gasta para pagar funcionários. Essa é a verdade, não só dos impostos, mas também das tarifas.

8 Conclusões

A partir dos elementos acima expostos, pode-se entender que a progressividade, ao invés da proporcionalidade, é a forma adequada de alcance dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade. É através da progressividade que verdadeiramente se alcança a capacidade contributiva do contribuinte, desonerando os mais pobres e onerando os mais ricos, em perfeita consonância com o princípio da igualdade. Amaro⁴⁹, nessa linha de pensamento, diferencia, com base nos princípios da capacidade contributiva e da igualdade, os impostos proporcionais e progressivos, optando claramente pela última forma de tributação:

A adequação do imposto à capacidade econômica do contribuinte encontra, ainda, expressão no princípio da proporcionalidade, em face do qual o gravame fiscal deve ser diretamente proporcional à riqueza evidenciada em cada situação impositiva. A mera idéia de proporcionalidade, porém, expressa apenas uma relação matemática entre o crescimento da base de cálculo e o do imposto (se a base de cálculo dobra, o imposto também dobra). A capacidade contributiva reclama mais do que

49 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 136.

isso, pois exige que se afira a justiça da incidência em cada relação isoladamente considerada e não apenas a justiça relativa entre uma e outra das duas situações. O princípio da capacidade contributiva, conjugado com o princípio da igualdade, direciona os impostos para a proporcionalidade, mas não se esgota nesta.

Com o apoio no princípio da capacidade contributiva e no da igualdade, tem sido discutida a constitucionalidade dos tributos fixos, assim chamados porque seu montante não se gradua em função da maior ou menor expressão econômica revelada pelo seu fato gerador.

Outro preceito que se aproxima do princípio da capacidade contributiva é o da progressividade, previsto para certos impostos, como o de renda. A progressividade não é uma decorrência necessária da capacidade contributiva, mas sim um refinamento deste postulado. A proporcionalidade implica que riquezas maiores gerem impostos proporcionalmente maiores (na razão direta do aumento da riqueza). Já a progressividade faz com que a alíquota para as fatias mais altas seja maior.

Pelo que se vê, a tributação progressiva é um instrumento muito mais eficaz do que a tributação proporcional e deve ser aplicada indistintamente aos impostos. Elizabeth Carrazza⁵⁰ é árdua defensora desse entendimento:

Em verdade, a progressividade é uma característica de todos os impostos, da mesma forma que a todos eles se aplicam os princípios da legalidade, da generalidade e da igualdade tributária, que não são expressamente referidos na Constituição Federal, quando traça suas hipóteses de incidência genéricas. Inexistindo progressividade descumpre-se o princípio da isonomia, uma vez que, como visto, a mera proporcionalidade não atende aos reclamos da igualdade tributária.

50 CARRAZA, Elizabeth Nazar. *Progressividade e IPTU*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 102.

Geraldo Ataliba⁵¹ é outro autor que sempre sustentou a aplicação do princípio da progressividade a todas as espécies de impostos, como forma de redução das desigualdades sociais e meio de construção de uma sociedade justa e solidária:

Conforme sua natureza e características – no contexto de cada sistema tributário – alguns impostos são mais adequadamente passíveis de tratamento progressivo e outros menos. De toda maneira, como todos os impostos, sem nenhuma exceção, necessariamente são baseados no princípio da capacidade contributiva, todos são passíveis de tratamento progressivo. No Brasil, mais intensamente do que alhures, dado que a Constituição põe especial ênfase na necessidade de tratamento desigual às situações desiguais, na medida dessa desigualdade (art. 150, II), além de propor normativamente serem objetivos fundamentais da República, o ‘construir uma sociedade... justa e solidária’ (art. 3º).

Por todo o exposto e apesar das controvérsias, é certo afirmar que o princípio da progressividade seja um importante instrumento de aplicação do princípio da capacidade contributiva e, por corolário lógico, do princípio da igualdade.

51 ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 233, jan./mar. 1990.



2

PARECERES

2.1

CONTRATOS DE LOCAÇÃO DOS ESPAÇOS DO HORTOMERCADO DE VITÓRIA: LIMITES DO EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE DO CONCEDENTE E VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

ROBESPIERRE FOUREAUX ALVES

PROCESSO: 40888533. Parecer PGE/SCA nº 722/2008. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aqüicultura e Pesca – SEAG

SUMÁRIO: 1 Consulta. 2 Da possibilidade de fixação de valores diferenciados para fins de pagamento de aluguel dos espaços do imóvel cujo uso foi concedido: limites do poder de controle e fiscalização do concedente. 3 Do malferimento do princípio da boa-fé objetiva e da caracterização de abuso de direito e de violação positiva do contrato de concessão no que toca à locação do espaço da loja âncora. 4 Conclusões.

Ementa: CONTRATO Nº 065/2006 – CONCESSÃO REMUNERADA DE USO DO HORTOMERCADO DE VITÓRIA – CONSULTA RELATIVA AOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO FIRMADOS ENTRE A CONCESSIONÁRIA E OS LOJISTAS.

1 Fixação de valores de aluguel diferenciados nos contratos de locação firmados entre a concessionária e os lojistas – possibilidade - limites do poder de controle do concedente - ausência de regra legal ou disposição contratual estipulando valores dos aluguéis ou proibindo que sejam praticados valores distintos – liberdade da contratada para fixar os valores em comum acordo com os lojistas.

- 2 *Estipulação de valor de aluguel em contrato firmado com empresa do grupo econômico da concessionária em montante ínfimo e manifestamente desproporcional em relação aos demais contratos – violação do princípio da boa-fé objetiva e caracterização de abuso de direito e de violação positiva do contrato – exercício de prerrogativa contratual em desconformidade com padrões éticos e de honestidade, acarretando prejuízos ao Estado – responsabilidade da concessionária - notificação do ente privado para imediata alteração do valor do contrato e pagamento de indenização pelos prejuízos suportados pelo concedente, sob pena de aplicação de sanções administrativas e rescisão unilateral do ajuste que instrumentaliza a utilização do imóvel público.*

1 Consulta

Trata-se de consulta encaminhada pela Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aqüicultura e Pesca relativa ao Contrato nº 065/2006, cujo objeto é a concessão remunerada de uso do Hortomercado de Vitória.

Após breve relatório acerca da cláusula de pagamento prevista no instrumento e do teor dos contratos de locação firmados entre a concessionária e os lojistas, informa o órgão consulente que no exercício da prerrogativa de fiscalização da execução do contrato requisitou à concessionária cópia dos contratos de locação firmados com os lojistas.

Depois de verificar o teor dos ajustes, constatou que foram fixados valores diferenciados para a locação dos espaços, o que acarreta variação do valor do metro quadrado de R\$ 50,00 (cinquenta reais) a R\$ 24,00 (vinte e quatro reais), tendo ainda sido identificados a esse título valores de R\$ 40,00 (quarenta reais) e R\$ 27,66 (vinte e sete reais e sessenta e seis centavos).

Narra, ainda, a SEAG, ter constado que para a locação do espaço da loja âncora ExtraPlus, cuja locatária noticia que pertence ao mesmo grupo econômico da concessionária

ria, foi estipulado montante a título de aluguel correspondente a 0,6% (seis décimos por cento) do faturamento da loja, o que implica em variação do valor do metro quadrado locado no período de novembro de 2007 a fevereiro de 2008 entre R\$ 6,34 (seis reais e trinta e quatro centavos) e R\$ 5,06 (cinco reais e seis centavos).

Com base nos fatos acima, formula o órgão consulente os seguintes questionamentos (folhas 01/02):

- a) *Possibilidade de a concessionária adotar, em face do interesse público, critérios diferenciados para aluguel dos espaços do Hortomercado;*
- b) *Quais providências devem ser adotadas por esta Secretaria, em face do questionamento supra, através do Grupo Gestor do Hortomercado, que realiza o acompanhamento e fiscalização do contrato conforme determina o art. 67, caput, da Lei 8.666/93.*

Foram anexados ao processo cópia do edital do procedimento licitatório que selecionou a contratada (folhas 03/32) e cópia do contrato de concessão firmado (folhas 33/41).

Recebidos os autos nesta Procuradoria Geral do Estado em 24.04.2008 (folha 42), após a ilustre Procuradora-Chefe da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário ter solicitado a remessa a esta Subprocuradoria de Consultoria Administrativa, foram-me distribuídos em 28.04.2008 (folha 42-v).

2 Da possibilidade de fixação de valores diferenciados para fins de pagamento de aluguel dos espaços do imóvel cujo uso foi concedido: limites do poder de controle e fiscalização do concedente.

Como sabido, o instituto da concessão de uso de bem público não se encontra regulado por lei própria, seja federal ou estadual.

Não obstante, *é cedição na doutrina e na jurisprudência que se trata de um contrato administrativo, bem como que a ele se aplicam as prerrogativas excepcionais conferidas à Administração Pública como contratante*. Confira-se:

“Concessão de uso é o *contrato administrativo* pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.

(...)

Sendo contratos administrativos, as concessões de uso de bem público *recebem a incidência normativa própria do instituto*, ressaltando a desigualdade das partes contratantes e a aplicação das cláusulas de privilégio decorrentes do direito público.”¹ (g.n.)

“1 Alegação de que houve a *rescisão de contrato administrativo de concessão de uso* do navio de apoio logístico ‘Atlântico Sul’, de propriedade da Marinha do Brasil, sem observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, razão pela qual se requer a concessão de liminar determinando a imediata entrega da referida embarcação, com a finalidade de se dar cumprimento ao contrato de concessão remunerada de uso.

(...)

3 O não-cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos constitui motivo suficiente para a rescisão de contratos administrativos, de acordo com o disposto nos incisos I e II, do artigo 78, da Lei 8.666/93.

(...)

5 Ademais, por se tratar de contrato administrativo, deve-se ter em vista o predomínio da vontade da Admi-

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 953.

nistração sobre a dos particulares. Tem-se, assim, que o particular pode até buscar a comprovação de que não deu causa à rescisão do contrato, para fins de recomposição de eventuais prejuízos que possa ter suportado.”² (g.n.)

Dentre as citadas prerrogativas excepcionais, também chamadas de cláusulas exorbitantes, *encontra-se a de controlar e fiscalizar a execução dos contratos*, prevista no inciso III, do artigo 58, da Lei nº 8.666/93, que confere à Administração Pública o poder de *verificar o cumprimento do objeto contratual, tomar ciência de todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato e determinar a adoção de providências pela contratada, sempre tendo em vista o cumprimento das cláusulas contratuais*.

Todavia, não se pode perder de vista que essa prerrogativa conferida ao Poder Público, como qualquer direito previsto no ordenamento jurídico, *não é absoluta nem ilimitada, devendo ser exercida sempre nos termos da lei e considerando as disposições do contrato firmado com o particular*.

A fiscalização deve ser *exercida de forma razoável, sendo vedado à Administração Pública, sob o manto do poder de controle, intervir de forma a substituir a gestão da empresa*, interferindo de forma indevida na atividade empresarial subjacente à execução do objeto do ajuste firmado.

Essa é a orientação doutrinária acerca dos contratos de concessão de serviço público, que se assemelham aos contratos de concessão de uso de bem público, razão pela qual a estes também se aplicam.³

“O concessionário está obrigado a executar seus deveres jurídicos, *nos termos do contrato e das normas técnicas*

2 STJ. 1ª Turma. AgRg na MC nº 13.670/RJ. Rel. Min. Denise Arruda. DJU 03.04.2008.

3 A Lei nº 8.987/95, que trata da concessão de serviços públicos, em seu artigo 29, I, confere ao poder concedente o encargo de “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação”.

previstas e tomando em vista a regulamentação produzida pelo poder concedente."⁴ (g.n.)

"O exercício desse poder de direção e controle constitui um *poder-dever* da Administração, ao qual ela não pode furtar-se, sob pena de responsabilidade por omissão. Mas *deve ser exercido dentro de limites razoáveis, não podendo a fiscalização fazer-se de tal modo que substitua a gestão da empresa.* A Administração apenas fiscaliza; ela não administra a execução do serviço.

Pode o concessionário opor-se administrativa e judicialmente à fiscalização que exceda os limites que decorram implicitamente da lei e do contrato. Citando, mais uma vez, a lição de Héctor Jorge Escola (1979:81); pode-se afirmar que *'não é admissível que, sob a cor dessa direção e controle, mediante um desmedido e desnecessário exercício dessa prerrogativa, o concessionário fique excluído dos poderes de iniciativa que lhe devem corresponder, já que o serviço é prestado por sua conta e risco, o que transformaria o concessionário em um mero executor dos desígnios da Administração e a concessão em uma forma de execução direta dissimulada. A concessão, então, deixaria de ser tal; ter-se-ia desnaturado, como ocorreria se se pretendesse submeter todo o agir do concessionário à prévia autorização do concedente ou do órgão encarregado do controle do serviço.'*"⁵ (g.n.)

No caso em tela, o referido poder de controle manifestou-se inicialmente quando o Estado confeccionou o instrumento convocatório do certame que regeu a escolha da concessionária e, conseqüentemente, elaborou a minuta de contrato a ser firmado. Naquela oportunidade, foi indicada de forma detalhada a atividade que deveria ser exercida no imóvel objeto da concessão, fixando-se suas especifi-

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 531.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

cações, prazo de vigência etc. Assim, *durante a execução do contrato, o que deve ser fiscalizado é se a contratada está cumprindo o disposto na lei e no próprio termo de contrato.*

Pois bem, no que toca à locação das áreas internas do imóvel, a concessionária assumiu as seguintes obrigações, previstas no item 5.1 da cláusula quinta do termo de contrato:

“5.1 – Constituem obrigações da CONCESSIONÁRIA:
(...)

5.1.12 - Selecionar os lojistas que irão explorar as áreas que estarão sob sua responsabilidade entre pessoas jurídicas de comprovada idoneidade e aptidão para o desenvolvimento das atividades.

5.1.13 - Exigir dos lojistas o pagamento de aluguel pela utilização e exploração das áreas que lhe forem destinadas.”

Além disso, prevê o item 4 do Anexo II do edital que a utilização da chamada “área institucional” não estaria sujeita ao pagamento de aluguel:

“4 – Deverá ser reservada uma área de 60 m² (sessenta metros quadrados) a 100 m² (cem metros quadrados), com lojas contíguas e com possibilidade de construção de mezanino para apoio institucional, denominada Área Institucional, cuja destinação será definida pela SEAG. Os usuários destas áreas não pagarão aluguel à concessionária pelo uso do espaço e nem qualquer percentual sobre o seu faturamento, mas pagarão despesas de condomínio e outras incidentes ou que virão a incidir, condicionadas ao que determina o regimento interno.”

Essas são as únicas disposições atinentes à locação dos espaços do imóvel previstas no contrato e no instrumento convocatório.

Nesses termos, verifica-se claramente que *não foi fixada no contrato nenhuma regra acerca do valor dos aluguéis*

a serem cobrados, nem mesmo exigido que fosse praticado valor homogêneo nos diversos contratos de locação a serem firmados com os lojistas. Inclusive, ao nosso juízo, nem poderia ter sido inserida no contrato cláusula dessa espécie, o que configuraria indevida ingerência na gestão do empreendimento, atividade que foi transferida à concessionária.

Digno de nota ainda que *não existe regra legal ou princípio jurídico que imponha a adoção do mesmo valor do metro quadrado para a locação dos espaços do imóvel cujo uso foi concedido.*

3 Do malferimento do princípio da boa-fé objetiva e da caracterização de abuso de direito e de violação positiva do contrato de concessão no que toca à locação do espaço da loja âncora

Em que pese tudo o que expusemos até agora em relação à liberdade da concessionária para fixar os valores dos aluguéis, no que toca ao *contrato firmado para locação do espaço da loja âncora ExtraPlus*, consideramos haver *clara violação ao ordenamento jurídico*, como passaremos a demonstrar.

É sabido que na atualidade, especialmente por força de diversas cláusulas gerais inseridas no Novo Código Civil, operou-se grande evolução na teoria dos contratos.

Dentre as inovações trazidas pelo Novo *Codex*, destaca-se o *princípio da boa-fé objetiva*, positivado nos artigos 422 e 113, abaixo transcritos:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua declaração.”

Sobre o assunto, leciona a doutrina:

“(...) mais do que duas concepções da boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra boa-fé princípio.”⁶

A boa-fé objetiva “leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança. Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.”⁷

O postulado em questão *obriga os contratantes a agir sempre com honestidade e retidão*⁸, *impedindo-os de atuar de modo a frustrar as justas expectativas da outra parte com o contrato, além de não admitir que um direito assegurado no pacto a uma das partes retire do negócio jurídico a finalidade para o qual foi celebrado*. Nesse sentido, colhem-se recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

6 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132.

7 VILLAÇA, Álvaro Azevedo. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 26.

8 “Na definição da boa-fé, diz Luiz Guilherme Loureiro, ‘a doutrina põe em relevo as noções de lealdade, honestidade, retidão de conduta e mútua confiança.’” (NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1, p. 416.)

“A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal.”⁹

“ - A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos.

- O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua.”¹⁰

Nem se argumente que o princípio não é aplicável no caso em tela, uma vez que o postulado tem matriz constitucional e *incide sobre os atos e contratos administrativos*, como vem decidindo o STJ:

“Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, *inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.*”¹¹

“ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO DE PERMISSÃO DE TRANSPORTE ALTERNATIVO EM CONDOMÍNIO - NATUREZA - REVOGAÇÃO UNILATERAL - VALIDADEZ.

9 STJ. 3ª Turma. REsp. nº 803.481/GO. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 01.08.2007.

10 STJ. 3ª Turma. REsp. nº 735.168/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 26.03.2008.

11 STJ. 1ª Turma. REsp. nº 914.087/RJ. Rel. Min. José Delgado. DJU 29.10.2007.

- 1 O ato de permissão administrativa, na espécie, mantém-se vinculado às clássicas noções da dogmática quanto à sua unilateralidade, precariedade e discricionariedade. A baixa eficácia interventiva da autonomia privada e a natureza do serviço prestado, mesmo à luz de concepções teóricas mais contemporâneas, afastam a aproximação deste ato com o negócio jurídico-administrativo bilateral.
- 2 A revogação unilateral atendeu à descoberta superveniente de que faltava elemento subjetivo indispensável à validade do ato administrativo. O recorrente acumulava o status de permissionário com a condição de agente público. Inexiste direito subjetivo de opção. O regime jurídico das permissões é incompatível com as regras da Lei 8.112/1990. Remanesce o direito da Administração de extinguir ou modificar as relações jurídicas constituídas sob o império da permissão.
- 3 *O comportamento do recorrente, que consistiu na omissão em noticiar seu vínculo funcional com o Poder Público, insere-se no desrespeito genérico à boa-fé objetiva, que atua no Direito Administrativo em duas vias: a) da Administração em face do súdito, sob as vestes da moralidade; b) do súdito ante a Administração, sob a forma de figuras parcelares da boa-fé objetiva.*
- 4 *Os partícipes dos atos-procedimentos administrativos devem pautar suas atuações pelos limites do princípio-dever de cooperação.*¹² (g.n.)

Pois bem, *in casu*, da leitura da cláusula sexta do contrato, verifica-se que parte da remuneração a ser paga ao

12 STJ. 2ª Turma. RMS nº 22.770/DF. Rel. Min. Humberto Martins. DJU 19.09.2007.

concedente pelo uso privativo do imóvel está diretamente relacionada à receita obtida pela concessionária com a locação das lojas, uma vez que o cálculo da remuneração é realizado com base na fórmula a seguir:

$$PMC = X (RBA) + Y (FBRD)$$

Sendo:

PMC = preço mensal da concessão

X = Percentual ofertado pela concessionária em sua proposta

RBA = Receita Bruta com Aluguel (Lojas e Mezaninos) no período

RBA \geq R\$ 15.000,00

Y = Percentual ofertado pela concessionária em sua proposta

FBRD = Faturamento Bruto com Receitas Diversas no período (Aluguel de Espaço Publicitário, Aluguel de Espaços para Quiosques, Participação na Receita sobre o Faturamento das lojas etc).

Assim, não é preciso grande esforço interpretativo para deduzir que *a expectativa do Estado, ao celebrar o contrato de concessão, era obter, a título de pagamento pelo uso privativo concedido, parte da receita obtida pela concessionária com a locação das lojas. A tal pretensão estatal aderiu a concessionária ao participar da licitação, apresentar proposta e assinar o contrato de concessão, nos moldes fixados no edital.*

Não obstante, como a variável RBA (Receita Bruta com Aluguel) que compõe a remuneração flutua em função do valor mensal obtido pela concessionária com o aluguel das lojas e mezaninos, *a fixação de valor locatício para aluguel da maior loja em valor ínfimo e desproporcional em relação à locação*

dos demais espaços, sem sombra de dúvidas, frustra as expectativas do Estado como contratante e importa em atuação dissociada da boa-fé objetiva por parte da concessionária.

A desproporção entre o valor cobrado a título de aluguel da empresa que explora o espaço da loja âncora e das que exploram as demais áreas é manifesta, como se verifica pelas informações do órgão consulente, restando devidamente demonstrado o prejuízo suportado pelo Estado.

Avulta-se ainda no caso a circunstância de a *empresa que explora a loja âncora integrar o grupo econômico da concessionária*, conforme informado nos autos. Tal fato torna ainda mais evidente a atuação desonesta da concessionária, já que denota que *além de estar reduzindo o valor a ser pago ao Estado pelo uso privativo do imóvel, está maximizando o lucro de seu grupo econômico.*

E mais, tendo em vista que a locação dos espaços é uma prerrogativa contratualmente conferida à concessionária e que, no que toca à locação da loja âncora, esta está sendo exercida de forma contrária à boa-fé objetiva, causando prejuízos ao outro contratante, *forçoso concluir que restam devidamente caracterizados os chamados abuso de direito e violação positiva do contrato:*

“No abuso do direito, pois, sob a máscara de ato legítimo, esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito.

(...) o titular da prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nesta situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona a responsabilidade do agente pelos danos causados.”¹³ (g.n.)

13 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 562-563.

“A cláusula geral de boa-fé, mais especificamente, traz aos contratos e aos negócios jurídicos deveres anexos para as partes: de comportarem-se com a mais estrita lealdade, de agirem com probidade, de informarem o outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio. Nesse tom, a colaboração está presente de forma inequívoca. Sob esse prisma, o enunciado número 24 do Conselho Superior da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, realizada em setembro de 2002, prevê que *o desrespeito desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, espécie de inadimplemento a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola um desses direitos anexos.*”¹⁴ (g.n.)

Nesse diapasão, o Estado, arrimado nas normas supracitadas e em sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, com fulcro no poder de controle e fiscalização, deve determinar a modificação do contrato de locação firmado e exigir ressarcimento dos prejuízos até agora suportados.

4 Conclusões

Por todo o exposto, depois de detida análise, restrita ao exame dos aspectos jurídicos do processo, abstraídas as questões de oportunidade e conveniência, e considerando as informações e documentos presentes nos autos, atentos ao disposto no contrato firmado e na interpretação doutrinária do poder de controle e fiscalização do poder concedente, *concluimos que é possível que a concessionária fixe valores diferenciados para pagamento de aluguel nos contratos firmados com os particulares tendo por objeto a locação de espaços no Hortomercado de Vitória.*

14 TARTUCE, Flávio. *O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual*: apontamentos em relação ao novo código civil e visão do projeto nº 6.960/02. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 05 maio 2008.

Concluimos, ainda, que, quanto ao contrato de locação do espaço da loja âncora ExtraPlus, a concessionária, por frustrar as expectativas do Estado ao conceder o uso do imóvel e agir de forma desleal, viola o princípio da boa-fé objetiva e abusa de prerrogativa prevista no contrato de concessão, devendo o órgão consulente notificar a concessionária para, sob pena de aplicação das sanções administrativas previstas no contrato firmado com o Estado e rescisão unilateral do ajuste:

- a) modificar o valor do aluguel fixado no contrato de locação do espaço da loja âncora, alterando-o para montante justo e compatível com os valores do metro quadrado locado dos demais espaços do Hortomercado de Vitória;
- b) indenizar o Estado pelos prejuízos causados desde que passou a efetuar o pagamento previsto no contrato de concessão, complementando a remuneração pelo uso do imóvel concedido, considerando o justo valor que deveria desde o início ter sido fixado no contrato de locação do espaço da loja âncora.

Recomendamos ainda que o Grupo Gestor *realize inspeção nos livros e registros contábeis da concessionária relativos à gestão do Hortomercado, a fim de verificar se os pagamentos realizados pela locação de todos os espaços pelos lojistas estão observando os contratos firmados.*

É o parecer, salvo melhor juízo.

À consideração superior.

Vitória, 06 de maio de 2008.

ROBESPIERRE FOUREAUX ALVES
Procurador do Estado

2.2

CÂMARA TÉCNICA ESPECIALIZADA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS E DE APRECIÇÃO DE ASSUNTOS JURÍDICOS DO CONSEMA-ES

LUCIANA MARQUES DE ABREU JÚDICE

PROCESSO nº 31010938. Parecer PGE/ PPI nº 001/2008. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Consema – Conselho Estadual de Meio Ambiente.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Do licenciamento ambiental como instrumento da política nacional do meio ambiente e expressão do poder de polícia estatal. 3 Da competência municipal frente à Constituição Federal. 4 Do licenciamento ambiental. 5 Considerações finais.

1 Relatório

O presente processo, encaminhado para relato junto à Câmara Técnica de Recursos Administrativos e de Apreciação de Assuntos Jurídicos do CONSEMA, consiste na apreciação de minuta do texto de Resolução que altera a Resolução CONSEMA 001/2007, que dispõe sobre os critérios para o exercício da competência do Licenciamento Ambiental Municipal e dá outras providências.

A Resolução CONSEMA 001, publicada em 15 de fevereiro de 2007, encontra-se anexada às folhas 39/46 do presente, merecendo destaque o fato de a mesma não ter sido objeto de apreciação prévia por esta Câmara Técnica.

A referida Resolução estabelece critérios para o exercício da competência pelos Municípios do licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades caracterizadas como de impacto ambiental local, relacionadas no seu Anexo Único, onde também estão fixados os respectivos portes e

o potencial poluidor/degradador. Sob a égide da Resolução em vigor, o CONSEMA procede a habilitação dos Municípios para realização do licenciamento ambiental.

A minuta sob análise foi proposta pela Câmara Técnica de Política Ambiental e Desenvolvimento Sustentável deste Conselho, tendo por objetivo adequar alguns procedimentos já estabelecidos anteriormente pela Resolução CONSEMA 001/2007.

A minuta sob exame, segundo seu preâmbulo, *define as atividades e empreendimentos considerados como de impacto ambiental local no âmbito do Estado do Espírito Santo, estabelece critérios para a verificação da habilitação do Município para o exercício do Licenciamento Ambiental Municipal e dá outras providências.*

Afora algumas alterações em certos procedimentos estabelecidos, na essência a minuta tem a mesma finalidade: estabelecer critérios para que os Municípios, somente depois de declarados aptos pelo CONSEMA, exerçam a competência do licenciamento ambiental de atividades de impacto local.

Cumprir registrar que a matéria trazida à baila também é tratada pela Resolução CONAMA nº 237/97 e pelo Decreto Estadual nº 1.777-R, de 09.01.2007. Em referidos diplomas legais, o exercício da competência municipal para exercer o licenciamento ambiental não se encontra condicionado à prévia declaração de aptidão, como propõe a Resolução sob exame.

Em apertada síntese, a matéria a ser apreciada refere-se à habilitação ou qualificação dos Municípios pelo CONSEMA para exercerem o licenciamento e fiscalização ambiental de empreendimentos de impacto local, consoante com o texto do artigo 5º da minuta.

Pelas regras impostas mediante a Resolução vigente e minuta em apreço, somente os Municípios que atenderem às exigências por ela estabelecidas serão considerados aptos, considerados capazes para proceder ao licenciamento

ambiental de atividades e empreendimentos considerados como de impacto local, segundo o seu anexo.

Em suma, pretende o CONSEMA, mediante os termos da Resolução proposta, assim como já o faz, sob o pálio do controle da capacidade, conferir competência aos Municípios na medida em que condiciona o exercício da competência para o licenciamento ambiental de atividades de impacto local a uma declaração previa de aptidão, ou seja, habilitação ou qualificação pelo CONSEMA.

É o relatório.

Antes de manifestarmos-nos conclusivamente, porém, impõe-se abordar alguns aspectos jurídicos relevantes para a compreensão de nossa manifestação conclusiva.

2 Do licenciamento ambiental como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente e expressão do poder de polícia estatal

Os instrumentos de tutela do meio ambiente encontram-se relacionados no artigo 9º da Lei 6.938/81¹, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente. São medidas e procedimentos administrativos através dos quais o Poder Público faz implementar a política ambiental objetivando,

1 Artigo 9º - São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;

II - o zoneamento ambiental; (Regulamento)

III - a avaliação de impactos ambientais;

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras;

V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e à criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 18.07.89);

VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;

VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental;

IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias de não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

concretamente, a preservação, a melhoria e a recuperação do meio ambiente e o equilíbrio ecológico.

Assim, o licenciamento ambiental, previsto no inciso IV do citado artigo, como ação típica e indelegável do Poder Executivo, constitui importante instrumento de gestão do meio ambiente, na medida em que é por meio dele que a Administração exerce o controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais.

Lege lata, licenciamento ambiental é definido pela Resolução CONAMA 237/97 como “*procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso*”.

Consigna-se, por oportuno, que não existe direito subjetivo à utilização do meio ambiente, eis que como bem de uso comum do povo, de todos e de ninguém em particular. Assim, à evidência, sua utilização só pode legitimar-se mediante ato próprio do seu guardião, o Poder Público, razão pela qual a lei coloca à sua disposição instrumentos específicos.

Segundo o artigo 225, da Constituição Federal, *impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações*. Ao assim estabelecer, o faz de forma genérica, sem especificar o ente competente.

Nesse diapasão é dever constitucional do Estado, em todas as suas esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) proteger o meio ambiente, de acordo com o inciso VI, do artigo 23, da Constituição Federal. Trata-se, pois, de competência executiva (administrativa), comum entre todas as entidades estatais.

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal em 1988, o licenciamento ambiental já era um dos instrumen-

tos de que dispunha o Poder Público para fazer cumprir os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, de acordo com o artigo 9º, inciso IV, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionada, em sua quase integralidade.

A importância que o licenciamento ambiental assume frente a outros procedimentos administrativos na esfera do direito ambiental é o fato de ser a materialização mais clara do princípio da precaução. Este princípio é o principal orientador das políticas ambientais e também a base para a estruturação do próprio direito ambiental.

O condicionamento, pela lei, para instalação de empreendimentos potencialmente impactantes, ao prévio licenciamento ambiental pelo Poder Público, traduz uma forma de intervenção estatal na atividade privada, na medida em que subordina o interesse privado ao interesse público. Portanto, o licenciamento ambiental é uma das formas de exteriorização ou exercício do poder de polícia.

O poder de polícia, cujo conceito jurídico encontra-se expresso no artigo 78², do Código Tributário (Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), visa condicionar o exercício de direitos por parte dos particulares ao bem-estar coletivo. Nos dizeres de Hely Lopes Mirelles, “*a cada restrição de direito individual – expressa ou implícita em norma legal – corresponde equivalente poder de polícia administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida*”.³

A polícia administrativa geral, que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade pública, modernamente se distingue também dos poderes de polícia administrativa especiais, dentre eles o poder de polícia am-

2 Artigo 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

3 MIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 336

biental, que, segundo definição por Paulo de Afonso Leme Machado, consiste em *“atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício da atividade econômica ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/ permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza”*.⁴

Em torno do exercício do poder de polícia ambiental, assim como em geral, estão envolvidas questões relacionadas ao federalismo brasileiro, à autonomia dos entes federados, bem como problemas de hierarquia das normas jurídicas.

3 Da competência municipal frente à Constituição Federal

Segundo o insigne constitucionalista José Afonso da Silva⁵, *“competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”*. Essas decisões referem-se a diversas modalidades de poder, do qual se valem os órgãos ou entidades estatais para realizarem suas funções.

Assim, permite-se falar em espécies de competências, porque as matérias que compõem o conteúdo dessas decisões podem agrupar-se segundo a sua natureza, vinculação a entidades ou função de governo, forma, conteúdo, extensão e origem.

Genericamente - eis que este não é objetivo desse trabalho - classifica-se a competência em duas classes: Legislativa e Executiva ou Material ou Administrativa.

4 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 253

5 *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 455

A competência legislativa conferida aos entes federados é subclassificada em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar, cujas previsões encontram-se nos artigos 22, 24 e 25 da Constituição Federal. Já a competência material é subclassificada em exclusiva e comum ou cumulativa, encontrando-se previstas nos artigos 22 e 24 da Constituição Federal.

A competência executiva ou administrativa delimita a atuação do Poder Público na execução dos atos e das medidas para o cumprimento das leis. Consubstancia-se no poder de fiscalizar, estabelecer regulamentos e padrões e zelar pelo seu cumprimento.

A Carta Magna brasileira adota o regime federativo, estabelecendo regras de repartição e competência legislativa e administrativa entre seus entes: Competência Federal, Estadual e Municipal. Esse regime de repartição de competências entre União, Estados e Municípios constitui a essência do Estado Federal. *Esta distribuição constitucional de poderes é ponto nuclear da noção de Estado Federal.*⁶

Nesse passo, a competência municipal, seja ela legislativa ou administrativa, há de ser avaliada com esteio no Princípio Geral do Estado de Direito garantido por nossa Constituição, no qual, em síntese, uma norma federal não pode ser contrariada por outra estadual ou municipal, sob pena de flagrante ilegalidade.

A condição de validade de um ato administrativo está na estrita observação da lei, cujo limite de sua competência está regrado na Constituição. Do contrário, abrimos mão de um Estado de Direito, da legalidade, abrindo espaço para a arbitrariedade e a insegurança jurídica, que, por sua vez, afastam e inibem os investimentos, contrapondo-se ao desenvolvimento e aos anseios da sociedade.

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 453.

A autonomia dos entes federados pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento das atividades normativas e executivas⁷, cujo princípio de aplicabilidade é o da predominância do interesse. Se geral, competência federal, se regional, competência estadual, e se local, competência municipal.

A Constituição Federal de 1988 inovou no regime de repartição de competências, conferindo aos Municípios competências antes vedadas, modificando por completo a sua situação. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*A Constituição de 1988 modifica profundamente a posição dos Municípios na Federação, porque os considera componentes da estrutura federativa. [...] Nos termos, pois, da Constituição, o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira.*⁸

Com efeito, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os Municípios alcançaram uma posição inédita na estrutura federativa brasileira, formando, ao lado da União e dos Estados, uma terceira esfera de autonomia, com a conseqüente ampliação de seu âmbito de atuação nas esferas política, administrativa e financeira, nos termos do artigo 1º da Carta Federal.

Contudo, é de se observar que essa autonomia, consoante determina as regras do regime democrático, veio acompanhada pelo aumento das responsabilidades, mediante a definição de uma série de atribuições próprias (artigo 30), e comuns com os Estados e com a União (artigo 23), além das concorrentes e suplementares (artigo 24).

7 Cf. Raul Machado Horta, *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 49. Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 453.

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 620-621.

Dentre tais atribuições legislativas, ressaltamos a de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I), e a de suplementar às legislações Federal e Estadual no que couber (artigo 30, II). Dentre as atribuições materiais ou administrativas conferidas pela Constituição aos Municípios, encontram-se a da proteção ambiental, a ser exercida em comum com os demais entes da Federação, zelando pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e pela conservação do patrimônio público (artigo 23, I); protegendo os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais e notáveis e os sítios arqueológicos (artigo 23, III); impedindo a evasão, a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (artigo 23, IV); protegendo o meio ambiente e combatendo a poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, VI); e preservando florestas, a fauna e a flora (artigo 23, VII).

Esses dispositivos, combinados, permitem aos Municípios criar mecanismos jurídicos de controle ambiental, fixando sanções e, inclusive, normas de licenciamento ambiental, mecanismos fundamentais para a proteção do ambiente e o combate à poluição.

Ora, se os Municípios podem legislar sobre matéria ambiental, suplementando a legislação federal e a estadual, e garantindo a preservação do interesse local, bem como exercer a ação repressiva de combate à poluição, obviamente, e não existem elementos materiais que contradizem tal afirmativa, podem perfeitamente exercer o licenciamento ambiental.

Ainda que o Município detenha competência legislativa apenas para complementar ou suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (artigo 24, inciso VI, c/c artigo 30, incisos I e II, todos da Constituição Federal), sua competência executiva ou administrativa, em matéria de proteção ao meio ambiente e combate à poluição, é plena, por força do artigo 23, VI, da Constituição Federal.

É conseqüência natural do retrocitado dispositivo constitucional a competência do Município para realizar o licenciamento ambiental, como exercício do poder de polícia que detém sobre todos os assuntos locais, a partir da promulgação da Constituição Federal, legitimando o seu exercício do poder de polícia ambiental.

Verifica-se, assim, que a autonomia municipal para gerir assuntos de interesse local aumentou de forma significativa, o que reforça os mecanismos de gestão democrática, que representa um dos maiores avanços da Carta de 1988, especialmente em matéria ambiental. Portanto, o exercício do poder de polícia ambiental por parte dos Municípios brasileiros passa a ser, inclusive, obrigatório.

No mesmo sentido é o entendimento do mestre ambientalista Edis Milaré:

A seguir, a Constituição de 1988, recepcionando a Lei nº 6.938/81, deixou claro que os diversos entes da Federação devem partilhar as responsabilidades sobre a condução das questões ambientais, tanto no que tange à competência legislativa, quanto no que diz respeito à competência dita implementadora ou de execução.

Assim, integrando o licenciamento o âmbito da competência de implementação, os três níveis de governo estão habilitados a licenciar empreendimentos com impactos ambientais, cabendo, portanto, a cada um dos entes integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente promover a adequação de sua estrutura administrativa com o objetivo de cumprir essa função, que decorre, insista-se, diretamente da Constituição.⁹

Importa registrar, nesse passo, que esse processo de alargamento administrativo constitui elemento de extrema importância para a consolidação da democracia brasileira.

9 MIRALÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 492.

4 Do licenciamento ambiental

Como dito, mesmo antes do advento da Constituição de 1988, a Política Nacional do Meio Ambiente já havia sido estabelecida pela Lei 6.938/81, a qual instituiu, em seu artigo 6º, o Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA -, constituído pelos órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, além das fundações constituídas pelo Poder Público, responsáveis pela melhoria e proteção ambiental.

Portanto, a proteção do meio ambiente deve ser realizada mediante um conjunto articulado para cooperação entre os órgãos ambientais das diversas esferas federativas, sendo o processo de descentralização da gestão ambiental a diretriz básica da Política Nacional do Meio Ambiente, a gestão ambiental compartilhada.

Tanto é que ao dispor sobre a estrutura do SISNAMA o citado artigo 6º atribui responsabilidades aos órgãos das diversas esferas federativas¹⁰. Especificamente com relação aos Municípios, o inciso VI atribui aos órgãos locais a responsabilidade pelo controle e fiscalização das atividades em suas respectivas jurisdições.

10 Artigo 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 12.04.90);

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; ((Redação dada pela Lei nº 8.028, de 12.04.90);

III - órgão central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 12.04.90);

IV - órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 12.04.90);

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 18.07.89);

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; Inciso incluído pela Lei nº 7.804, de 18.07.89.

Quanto ao licenciamento ambiental, a lei dispõe, em seu artigo 10, *in verbis*:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 18.07.89)

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

§ 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação da SEMA. ()Nota: Lei nº 7.804, de 18.07.89 - substituir Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA por Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.*

§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e a SEMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido. ()Nota: Lei nº 7.804, de 18.07.89 - substituir Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA por Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.*

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licencia-

mento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional. (Parágrafo incluído pela Lei nº 7.804, de 18.07.89)

É verdade que, consoante à redação supra, os Municípios encontram-se alijados da competência do licenciamento ambiental, ainda que de atividades locais, eis que menciona em “*prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA*”, excluindo o Município.

Não obstante, esta aparente omissão legislativa é facilmente explicada. É que a Política Nacional do Meio Ambiente foi promulgada em 1981. À época, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência era de que o Município não se constituía como entidade estatal integrante da Federação e, como tal, não detinha competência para proceder ao licenciamento ambiental, que era, então, realizada pelo órgão estadual, na forma prevista pelo citado artigo.

Em verdade, o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, criado pela Lei 6.938/81, durante a Ditadura Militar, foi montado numa estrutura onde os Estados e a União ocupavam um papel de destaque, anulando as possibilidades de os Municípios cumprirem um papel estruturante na construção da política ambiental do País.

Ocorre que, diante das disposições constitucionais, o artigo em referência não foi integralmente recepcionado pela nova ordem jurídica, mas tão-somente com relação às disposições em que é compatível com o diploma constitucional.

Na esteira da melhor hermenêutica, apenas as normas que se conformam com aquelas previstas na Constituição podem ser consideradas recepcionadas e válidas; todas as demais são consideradas inconstitucionais e, portanto, ficaram eivadas de eficácia prática ou jurídica.

Assim, a interpretação da Lei 6.938/81 há de ser efetuada em consonância ao que dispõe a Constituição superve-

nientemente promulgada, competindo, portanto, ao órgão ambiental municipal, licenciar as atividades e os empreendimentos potencialmente poluidores e de impacto local.

Portanto, conforme adrede exposto, não restam dúvidas acerca da competência administrativa plena dos Municípios para realizar o licenciamento de atividades e empreendimentos de impacto local.

Nesse contexto, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) editou a Resolução nº 237, em 19 de dezembro de 1997, publicada no D.O.U. de 22 de dezembro, que em seu artigo 6º explicita o preceito constitucional supra-citado, ao estabelecer que *“compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio”*.

A Resolução 237/97 do CONAMA define, em seus artigos 4 e 5¹¹, as hipóteses em que a competência licenciató-

11 Artigo 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

[...]

Artigo 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

IV - delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

ria seria do IBAMA e dos Estados, respectivamente, e nos demais casos, não compreendidos na previsão desses, o licenciamento ambiental caberia aos Municípios.

Em que pese as diversas críticas doutrinárias acerca da inconstitucionalidade da Resolução CONAMA, em face do parágrafo único do artigo 23, da Constituição Federal, referir-se à definição da cooperação entre os entes federados por Lei Complementar, essa, ao falar sobre a competência municipal para o licenciamento ambiental das atividades de impacto local, não criou nada de novo, apenas regulamentou o funcionamento do SISNAMA.

No âmbito estadual, o Decreto Estadual nº 1777-R, em seu artigo 4º¹², é claro em reconhecer a competência primária dos Municípios para exercerem o controle e o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto local, bem como para aquelas outras, de competência estadual, que lhe forem delegadas, estabelecendo, para essa última hipótese, a comprovação de sua capacidade operacional mediante o atendimento de alguns requisitos estabelecidos. Interpretação diversa do referido dispositivo, ainda que sintaticamente possível, será inconstitucional.

Portanto, segundo a regra de repartição de competência vigente, cabe ao CONSEMA suplementar a regulamentação do SISNAMA, na esteira do já estabelecido pelo CONAMA.

12 Artigo 4º. *Compete ao órgão ambiental municipal e, supletivamente, ao órgão ambiental estadual, o controle e o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto local, ouvidos, quando couber, os órgãos ambientais da esfera estadual e federal, bem como daquelas atividades cuja competência lhes forem delegadas pelo Estado, por meio de instrumento legal, dependendo, para tanto, de comprovação de sua capacidade operacional, levando-se em consideração o atendimento dos seguintes requisitos: (destaque nosso)*

I – Conselho Municipal de Meio Ambiente deliberativo e paritário e em funcionamento;

II – disponibilidade de recursos humanos com capacidade técnica para atuar na área ambiental;

III – legislação municipal voltada à proteção, conservação e melhoria do meio ambiente;

IV – disponibilidade de infra-estrutura operacional adequada à concessão, fiscalização e acompanhamento das autorizações e licenciamentos ambientais.

5 Considerações finais

Ante a ausência da Lei Complementar a que alude o parágrafo único do artigo 23¹³ da Constituição Federal, não restam dúvidas sobre a necessidade premente de avanços em diversos aspectos da descentralização do poder administrativo, especialmente em matéria ambiental, essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Nesse particular, torna-se essencial a gestão ambiental compartilhada, mediante funcionamento integrado dos órgãos que compõem o SISNAMA. Entretanto, para atuar em sistema não basta um conjunto de órgãos e instrumentos; é preciso haver articulação entre esses órgãos, além de cooperação, para possibilitar o compartilhamento de informações, de modo a viabilizar a efetiva implementação da política ambiental.

A descentralização da gestão ambiental tem sido aplicada de diferentes formas pelos diversos Estados da Federação. Alguns optaram por estabelecer unidades regionais de licenciamento vinculadas ao órgão central. Outros Estados - a maioria - implementaram modelos em que os Municípios foram habilitados, por meio de convênio ou instrumento legal, a fazer o licenciamento de determinadas atividades. Também existem os Estados que estabeleceram uma política de municipalização do licenciamento ambiental pautada no critério da competência originária para empreendimentos e atividades com características de impacto local, estabelecendo, entretanto, regras e requisitos, condicionando o exercício do licenciamento ambiental municipal, como são os casos do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Espírito Santo.¹⁴

13 Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

14 Fonte: Ministério do Meio Ambiente: <www.mma.gov.br>

Esse modelo, adotado pela Resolução CONSEMA 001/2007, e mantido na Resolução sob análise, retira dos Municípios uma competência que lhes foi atribuída expressamente pela Constituição, na medida em que cria um sistema obrigatório de habilitação. Segundo esta resolução, é somente depois de passar por tal procedimento de habilitação pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente, que os Municípios poderão realizar o licenciamento ambiental.

Esse procedimento cria na consciência dos prefeitos e administradores municipais a falsa idéia de que o controle da poluição e da degradação ambiental é apenas mais uma nova atribuição que está sendo transferida para a estrutura municipal, e não uma obrigação constitucional a ser exercida em favor da coletividade, deixando, portanto, de fiscalizar as atividades licenciadas.

Aliás, se o objetivo é promover a descentralização com a implementação da gestão compartilhada, estabelecer condições para o exercício do licenciamento municipal é um equívoco estratégico. Isso porque, tais condições serão utilizadas como pretexto para justificar a desídia dos prefeitos e dos administradores que não demonstram interesse em ver efetivados os comandos constitucionais que obrigam os Municípios a promover a preservação ambiental.

Cabe ao Ministério Público e à sociedade civil pressionar para que os Municípios ingressem efetivamente na esfera da gestão ambiental, não só politicamente, mas utilizando também dos mecanismos oferecidos pela Constituição Federal, como a ação popular e a ação civil pública.

É certo que os Estados devem orientar a estruturação do sistema ambiental municipal, com a criação de órgãos, secretarias, conselhos e fundos municipais, de forma a incentivar que os Municípios assumam suas responsabilidades e efetivem a repartição das atribuições para o licenciamento. Devem os Estados, inclusive, estabelecer critérios segundo suas peculiaridades, para regulamentar as tipolo-

gias de empreendimentos e atividades com características de impacto local.

Inclusive, é de salientar que a definição pelo CONSEMA das atividades e empreendimentos com características de impacto local deve ter a participação dos Municípios, além de ser previamente discutida na comissão técnica tripartite estadual.

Sem embargo da propriedade das exigências para qualificação e/ou habilitação municipal para proceder ao licenciamento ambiental, essas não poderão ser impostas como condicionantes para o exercício da competência, sob pena de grave ofensa ao federalismo brasileiro e à autonomia conferida aos seus entes.

De forma distinta, porém, possível, e até recomendável, a imposição de atendimento a tais exigências para o exercício de licenciamento ambiental pelos Municípios mediante delegação da competência pelo Estado. Isso porque, consoante distribuição da competência pela Constituição Federal, sendo a competência do ente estadual, poderá esse fazer as exigências que lhe convier e entender necessárias para o exercício de poder delegado.

Posto isso, sugiro que a Resolução que tratará do licenciamento ambiental pelos Municípios estabeleça regras, inclusive com previsão de outras, como, por exemplo, o Fundo Ambiental. Até mesmo regras mais rígidas podem ser estabelecidas para habilitação dos Municípios ao licenciamento de atividades delegadas pelo Estado, mediante convênio ou outro instrumento legal.

Sugiro, outrossim, quanto ao licenciamento de atividades tidas como de impacto local, que a Resolução preveja os requisitos que deverão ser preenchidos, mas como diretriz a ser seguida pelos Municípios que pretendem integrar a gestão ambiental compartilhada, mediante cooperação do IEMA.

Em razão das argumentações expostas, opino pela inconstitucionalidade da Resolução encaminhada para aná-

lise, deixando, entretanto, de fazer alterações diretas no texto para sanar o vício, eis que, assim o fazendo, estar-se-ia extrapolando a competência dessa Câmara de Recursos e Assuntos Jurídicos, na medida em que a modificação da redação importará na alteração da própria política.

Malgrado, importa reconhecer a necessidade de se ter, o quanto antes, definidas as atividades e empreendimentos com características consideradas como de impacto ambiental local.

Nesse sentido, em sendo aprovado o presente parecer, sugiro a publicação de uma Resolução específica para contemplar a definição das atividades e empreendimentos com características consideradas como de impacto ambiental local, enquanto o texto que trata da regulamentação do licenciamento ambiental seja trabalhado.

É o parecer, que submeto à apreciação desta H. Câmara Técnica de Recursos Administrativos e de Apreciação de Assuntos Jurídicos do CONSEMA.

É o parecer, salvo melhor juízo.

À consideração superior.

Vitória, 12 de maio de 2008.

LUCIANA MARQUES DE ABREU JÚDICE
Procuradora do Estado

2.3

CONVÊNIO: ILEGALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA COMO FORMA DE ESQUIVA AO PERÍODO DE VEDAÇÃO ELEITORAL

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO

PROCESSO: 33559619. Parecer PGE/SCA N.º 1153/2007. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: SESA – Secretaria de Estado da Saúde.

SUMÁRIO: 1 Da ilegalidade do Convênio nº 127/2006. 2 Do adimplemento das despesas.

EMENTA: Convênio administrativo. Transferência voluntária de recursos financeiros. Município de Venda Nova do Imigrante. Construção de “Unidade de Atenção Básica à Saúde”. Dúvida acerca da legalidade do repasse de verbas em momento posterior ao termo final de vigência do ajuste. Questão preliminar ao mérito da consulta relativa à ilegalidade do próprio convênio administrativo, desde a sua celebração. Vedação a transferências voluntárias em período eleitoral. Exegese do Tribunal Superior Eleitoral quanto à expressão “obra ou serviço em andamento”, contida no artigo 73, inciso VI, da Lei das Eleições. Ilegalidade configurada ainda quando o repasse é efetuado integralmente em momento anterior ao período de vedação eleitoral, nas hipóteses em que se possa evidentemente prever que a obra ou o serviço não será fisicamente iniciado tempestivamente. Interpretação da norma não somente sob o prisma do Direito Administrativo, mas também do princípio da igualdade de chances abergado pelo Direito Eleitoral. Na espécie, primazia da proibição de captação de sufrágio por meio de investimentos públicos.

Vício, porém, que não afasta o dever de indenizar o particular que tenha empreendido as obras, sob o manto da boa-fé. Em face do Município, porém, responsabilidade estatal que se limita ao prazo em que o convênio administrativo deveria produzir efeitos, recaindo sobre a municipalidade a responsabilidade pelos gastos assumidos junto ao particular, inadvertidamente, após o termo final de vigência do ajuste.

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PROCURADOR DO ESTADO CHEFE DA SCA:

A Secretaria de Estado da Saúde submete consulta à Procuradoria Geral do Estado, consistente em *dúvida quanto à legalidade de repasse de recursos financeiros* previstos no Convênio nº 127/2006, em favor do Município de Venda Nova do Imigrante, mesmo *após o advento do termo final do referido ajuste.*

A complexidade que permeia a presente consulta recomenda, em especial, uma minuciosa delimitação dos fatos que lhe precederam.

O Convênio nº 127/2006, cujo objeto consistia na construção de uma unidade de atenção básica à saúde e que obrigava o Estado ao repasse de R\$ 180 mil, apresentava vigência originária compreendida no período de *03 de julho a 03 de outubro de 2006*. Posteriormente, em virtude do atraso no início da execução das obras, prorrogou-se o termo final de vigência para a data de *30 de novembro de 2006*.

Não obstante, quando do termo final do Convênio (30 de novembro de 2006), ainda restava mais de um terço da obra a ser concluído¹. Inadvertidamente, o Município de Venda Nova do Imigrante permaneceu assumindo des-

1 Conforme medição declarada pelo Município, à folha 464, em 29 de novembro de 2006, apenas 64,61% da obra havia sido executada.

pesas com vistas à finalização do empreendimento, sem que adotasse qualquer providência quanto à prorrogação de vigência do ajuste firmado com o Estado do Espírito Santo.

Conforme se infere da tabela de medição acostada à folha 464, a conclusão da obra apenas teria ocorrido a partir de março de 2007, uma vez que, em 28 de fevereiro de 2007, o índice de execução ainda indicava a necessidade de cumprimento de algumas etapas (98,31%).

Versa a presente questão especificamente sobre a legalidade do pagamento do Estado em favor do Município, quanto às parcelas executadas sem arrimo em instrumento convenial, ou seja, após a data de 30 de novembro de 2006 até março de 2007.

Justifica o beneficiário, sucintamente, que a execução de aproximadamente um terço da obra se deu após o término da vigência por mera *“inobservância”* e que somente se atentou *“para o prazo quando a obra apresentava 93,04% de serviço executado”* (folha 464).

A singeleza das declarações ofertadas pelo Município e o patente descumprimento das cláusulas conveniais, bem como da legislação de regência, recomendam que a presente demanda não seja tratada sob um prisma simplista, com justificativa de pagamento baseada em um genérico e abstrato interesse público. A superveniente e intempestiva finalização do objeto – meses após o fim do convênio - não possui o condão de convalidar atos administrativos tão flagrantemente eivados de nulidade, sob pena de se negar toda a sistemática imposta pelo legislador em relação aos investimentos públicos, seja em face de atos normativos infralegais (como é o caso da Portaria AGE/SEFAZ nº 01-R/2006), ou seja, em face da própria Carta Magna, quando estipula cogentemente a observância aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

Com efeito, mostra-se claramente temerário o simples pagamento do valor pleiteado por conta da finalização de uma obra que deveria ocorrer em quatro meses, mas que ocorre no prazo em dobro, sem qualquer justificativa plausível e despida de qualquer preocupação quanto aos aspectos jurídicos da avença. Se a finalização intempestiva da obra justifica, por si e de forma tão simples, o repasse da verba prevista no convênio, mesmo após o término de sua vigência, quer nos parecer extremamente despiciendas as regras relativas ao plano de trabalho, tais como previstas na Lei de Licitações, uma vez que, substancialmente, o plano de trabalho, nessas condições, não vincula as partes e, portanto, não existe.

Não se pode abrir o perigoso precedente de autorizar, sem qualquer ressalva, um pagamento quando o próprio beneficiário do repasse, na pessoa de seu representante legal, admite não ter observado o prazo de vigência por um mero lapso de memória ou por conta de equívoco na sua gestão, sobretudo, no caso em apreço, em que o convênio ostentava quatro meses de vigência originária e o Município continuou a assumir despesas durante mais quatro meses após o termo final do ajuste. O lapso parece ter permanecido por um prazo que, por pouco, não fora superior ao próprio período de vigência do pacto originário.

De toda sorte, não se pretende aqui negar o caráter instrumental das regras relativas ao plano de trabalho. De fato, tais regras não constituem um fim em si mesmas. Ao contrário, o caminho que julgamos adequado é a composição entre: (i) a satisfação do interesse público, que não pode se ver privado da assistência à saúde; (ii) a satisfação do interesse do particular que, no exercício de sua atividade empresária, tenha empreendido as obras com boa-fé; e (iii) e a necessidade de se dar efetividade às regras de aplicação de recursos públicos, sob pena de,

não o fazendo, que o planejamento e a gestão da coisa pública restem prejudicados, em uma visão macro-administrativa.

Diante desse desafio de distribuição de justiça, passamos a tecer as seguintes considerações:

1 Da ilegalidade do Convênio nº 127/2006

Antes que se trate, propriamente, da solução acerca das verbas pleiteadas pelo Município de Venda Nova do Imigrante, mostra-se oportuno tecer algumas considerações acerca da *ilegalidade do próprio convênio nº 127/2006, em face da legislação eleitoral*.

Embora a questão da legalidade do convênio aparente estar superada, em virtude de manifestação da Douta Subprocuradoria de Consultoria Administrativa que, ao opinar acerca do primeiro aditamento, entendeu que *“os recursos foram repassados tempestivamente ao Proponente”*, e que a consulta formulada versava apenas *“sobre prorrogação do prazo original” (folha 453)*, julgamos conveniente um tratamento mais aprofundado à questão do que aquele concedido por este Procurador em parecer de lavra própria, colacionado às folhas 444/446.

Isso porque, em face da notícia ofertada pela ilustre e estimada colega Dra. Juliana Paiva Faria Faleiro, no sentido de que há a pretensão da Secretaria de Estado da Saúde em proceder com a formalização de convênios com Municípios, visando à construção de unidades de atenção à saúde primária, e considerando que no próximo ano estaremos diante de novas eleições, o que atrairá a incidência de restrições quanto aos investimentos públicos, há a necessidade de se conceder, desde já, tratamento uniforme à questão.

Estipula o artigo 73, VI, “a”, da Lei da Eleições:

Artigo 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;

Da interpretação literal do dispositivo, infere-se que as transferências voluntárias, entendidas como tais, aquelas que sejam provenientes de manifestação de vontade dos entes federativos, e não de norma legal cogente, não podem ocorrer nos três meses que antecedem o pleito. Assim, no caso das eleições de 2006, a partir da data de 1º de julho de 2006, até a definição da competição eleitoral, nenhuma transferência voluntária poderia ter sido efetivada pelo Estado em favor de municípios, salvo: i) Para cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado; e ii) Para suprir situações de emergência e de calamidade pública.

A simples interpretação literal do dispositivo, no entanto, não se prestou à satisfação das controvérsias concretas que se travaram em torno da questão, sobretudo no que toca ao correto entendimento do termo “obra em andamento”.² Prova disso é que, às vésperas das eleições

2 Deixamos de nos manifestar acerca das hipóteses de emergência e de calamidade pública por não guardar relação de pertinência com o caso vertente.

presidenciais de 2004, o Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, em atuação no Tribunal Superior Eleitoral, suscitado acerca do tema, em virtude de consulta apresentada pelo Deputado Federal Luiz Carlos Hauly, ofertou manifestação paradigmática e que tem sido adotada como norte interpretativo pelos próprios ministros do TSE.

Tratava a consulta de dúvida quanto à possibilidade de repasse de verbas pela União em favor dos Municípios, durante o período de vedação eleitoral (três meses antes do pleito), no que se referia à execução de obras e serviços que não estivessem fisicamente em andamento.

O questionamento apresentado pelo parlamentar federal apresentava como causa a edição de parecer emitido pela DOUTA Advocacia-Geral da União, em maio de 2004³, que concluiu:

(...) a interpretação que parece mais correta é a que tolera a possibilidade de obras ou serviços que, conquanto regulares e obedientes ao cronograma estabelecido, ainda não estejam em andamento fisicamente verificável na data-limite para as transferências voluntárias de que trata o artigo 73, VI, letra a, da Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997. (PARECER nº AGU/MC-02/04)

Assim, para aquela respeitável Assessoria Jurídica, haveria legalidade nos repasses efetivados pela União em favor de Municípios, mesmo se ocorridos nos três meses que antecedem o pleito, não se exigindo, para tanto, que a obra estivesse *em andamento fisicamente verificável*. Segundo a AGU, se (i) o convênio é firmado em período anterior aos três meses antes do pleito eleitoral e (ii) as providências

3 PARECER nº AGU/MC-02/04. PROCESSO nº 80000.000835/2004-31. PROCEDÊNCIA: Casa Civil da Presidência da República. ASSUNTO: Limitações impostas pela Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. EMENTA: Possibilidade de obras ou serviços que, conquanto regulares, ainda não estejam em andamento na data limite para as transferências voluntárias de que trata o artigo 73, inciso VI, letra a, da Lei nº 9.504, de 1997.

formais preliminares foram adotadas antes do limite temporal (projeto básico e plano de trabalho, por exemplo), os repasses podem ser levados a efeito, mesmo às vésperas da eleição.

E, com vistas a justificar seu posicionamento, a AGU invoca o argumento básico de que:

Sendo verdadeiro que é necessária a existência formal do convênio ou contrato até noventa dias antes da eleição, é sistematicamente certo que todos os requisitos legais e formais anteriores à obra ou serviço estão atendidos, de modo que a execução da obra ou serviço é no mínimo uma consequência administrativamente necessária, lógica e tão legítima como os atos que os determinaram.

Em rigor, aliás, a obra ou serviço regularmente contratado deverá ser obrigatoriamente executado não havendo nenhum impedimento para tanto, a dizer que se não executados conforme contratados ou conveniados, ao contrário, existirá irregularidade.(...) Com esse espírito, a interpretação que verte da regra em estudo só pode ser a que tolera a idéia de que obra ou serviço em andamento não é só a que está fisicamente em andamento, mas também a que vai estar, no tempo próprio e na forma compatível, em execução conforme as praxes e costumes da época e da natureza respectiva.

Não foi esse o entendimento encampado pelo Eminente Ministro Pertence, conquanto tenha exaltado o raciocínio do Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, responsável pela emissão do Parecer.

Com efeito, a questão deve ser analisada sob a estreita via do Direito Eleitoral e sem que se perca de perspectiva as suas finalidades específicas e as peculiaridades de seu âmbito normativo, sempre voltadas para a segurança da soberania popular e para a igualdade de chances entre os candidatos. Interpretar as limitações de repasse previstas no artigo 73 VI,

“a”, da Lei Federal nº 9.504/97, com apego excessivo às regras de Direito Administrativo, sob o manto da necessidade de manutenção das atividades da Administração, acarreta a mitigação desproporcional ou mesmo o impedimento à satisfação dos propósitos almejados pelo legislador em seara eleitoral. Afinal, se admitida a tese de que os investimentos públicos não podem sofrer limitação, por conta da perenidade do interesse público, estaremos diante da completa impossibilidade de aplicação do dispositivo legal em análise.

Não nos parece ser essa a exegese adequada. Na espécie, compete ao intérprete imprimir uma interpretação teleológica, conferindo a máxima aplicabilidade possível aos dois dispositivos que comportam uma aparente antinomia. A continuidade da atuação administrativa, de fato, não pode restar vulnerável em face da proximidade das eleições. No entanto, para o afastamento desse eventual prejuízo é que o legislador: (i) possibilitou o repasse em situações de emergência ou calamidade pública; (ii) permitiu a continuidade das obras e serviços que já estivessem fisicamente em andamento ao tempo da data-limite de investimento; (iii) limitou a vedação a três meses; e (iv) e, principalmente, absteve-se de impor limites quanto às transferências obrigatórias, ou seja, àquelas decorrentes de imposição legal que, bem se diga, compreendem a mais importante fatia orçamentária dos Municípios.

Adotar uma interpretação excessivamente permissiva, no caso, importa em majorar os riscos de prejuízo à soberania popular e ao processo democrático de escolha de seus representantes políticos. Nesse particular, nos valem das palavras do Ministro Pertence utilizadas na resposta à Consulta nº 1.062/2004, efetuada pelo Deputado Luiz Carlos Hauly:

O meu convencimento em contrário toma de empréstimo premissa metodológica do parecer mesmo do Consultor-Geral da União: “a lei eleitoral endereça-se

a disciplina de situações eleitorais que, por isso - enfatiza S. Exa. - precisam ser compreendidas como fatos eleitorais, muito mais do que fatos administrativos”, razão por que “as categorias de direito civil ou tributário ou as regras de controle orçamentário ou de execução não são preponderantes na exegese eleitoral, devendo prevalecer a inteligência e a organicidade das determinações eleitorais na sua estrita finalidade.”

Essa, precisamente essa - a interpretação da legislação eleitoral à vista da significação dos fatos no seu campo normativo específico - tem sido a linha mestra da orientação da vetusta jurisprudência deste Tribunal: exemplo marcante dela, entre outros tantos, é a consideração - muito antes da institucionalização legal e contratual da sociedade de fato como “entidade familiar” - das relações dela resultantes como causas de inelegibilidade similares àquelas surgidas do casamento.

Essa compreensão teleológica, tanto mais se impõe, na hipótese da consulta, quanto é certo que, no caput, o artigo 73 da Lei das Eleições é expresso no caracterizar as diversas vedações, como aos agentes públicos, que, em seguida enumera, como “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais”.

A partir da fixação dessa premissa interpretativa – ou seja, a necessidade de se efetivar a finalidade buscada no Direito Eleitoral, na justa medida da manutenção das atividades da Administração – assume importância a inteligência específica do termo “*obra em andamento*”.

Não há dúvidas de que, sob uma ótica puramente administrativista, poderia se afirmar, sem devaneios lógicos, que a existência de um projeto executivo e um plano de trabalho tecnicamente bem delineado, com observância de seus requisitos legais, importa na conclusão de que a obra já está “em andamento”.

No entanto, sobressai nesse cenário a influência que a obra exerceria nas eleições municipais, sobremaneira em localidades cujo eleitorado seja diminuto. A normatização eleitoral não se refere, pois, à mera instrumentalização burocrática, nem a projetos ou planos de trabalho. Sua incidência, ao contrário, assume relevo em situações concretas, fisicamente identificáveis, quando o risco de influência do eleitorado se torna substancial.

As tratativas preliminares e as diligências burocráticas prévias, a par de não serem dissociáveis do convênio, não se mostram identificáveis pelo eleitorado, que é o beneficiário final da limitação imposta pelo artigo 73, VI, “a”, da Lei Federal nº 9.504/97, de maneira que, sobre ele, essas formalidades não exercem qualquer influência. A quebra da isonomia na disputa eleitoral decorre, ao contrário, da própria obra, fisicamente considerada, visível ao eleitor, quando então o manuseio da máquina pública se torna apto à irregular captação de sufrágio.

Nesse exato sentido, as considerações do Ministro Sepúlveda Pertence, na Consulta TSE nº 1062/2004:

33 Por conseguinte, não se pode abstrair, na inteligência da vedação legal a interpretar, de um dado da experiência comum: os momentos culminantes de impacto eleitoral da realização de uma obra pública é, antes de sua inauguração - também objeto de preocupação da lei (Art. 77) - o do começo da percepção física da execução da obra.

34 Para o eleitor comum, não são os trâmites burocráticos que necessariamente a precedem, mas o início da construção que faz visível a concretização do empreendimento governamental e aguça a expectativa dos benefícios que a sua conclusão possa trazer ao público: e é a partir daí que se tem, como é da linguagem cotidiana, uma “obra em andamento”.

35 Esse valor simbólico do começo efetivo da construção da obra que dá a medida do seu impacto eleitoral - é que a lei veda seja propiciado, na antevéspera dos pleitos, locais, por transferências voluntárias de verbas públicas das entidades maiores da Federação.

O caso vertente, é verdade, não apresenta perfeita subsunção fática à hipótese tratada na Consulta TSE nº 1062/2004, uma vez que a Secretaria de Estado da Saúde efetivou o repasse na data de 30 de junho de 2006 (folha 407), um dia antes da data-limite. A rigor, e sob uma análise meramente perfunctória, a transferência voluntária não se deu em período eleitoral de vedação.

Não basta, porém, analisar o cumprimento formal da norma, mas sim, é necessário aferir a sua efetividade em termos substanciais. Diante desse desafio, ressalta um fato exaustivamente comprovado nos autos: a obra não fora fisicamente iniciada até o dia 30 de junho de 2006.

A própria declaração do Senhor Prefeito à folha 409, afirmando que a ordem de serviço fora emitida apenas em 10 de agosto de 2006, evidencia que, embora o repasse financeiro não tenha ocorrido em período eleitoral (ocorreu antes de 01.07.06 – vide folha 407), a obra não fora iniciada tempestivamente.

A nosso ver, e com apego à fundamentação exposta na Consulta TSE nº 1.062/2004, a simples transferência de recursos na véspera da data-limite não é suficiente para que a conduta assuma legalidade. Afinal, no caso em análise, é patente que a liberação dos recursos fora antecipada como forma de esquivar aos limites temporais estabelecidos pela legislação eleitoral, pois o objeto do convênio (edificação de um posto de saúde), certamente, somente seria passível de execução após a data-limite de 1º de julho, em período próximo à realização das eleições.

A lei criou um impedimento aos agentes públicos quanto à transferência voluntária no período de três meses que antecedem as eleições, excetuando a hipótese em que a transferência se fizer necessária por decorrência de obras e serviços que já se encontrem fisicamente em andamento. Admitir a antecipação do repasse para um dia imediatamente anterior ao período de vedação e iniciar as obras – ou mesmo inaugurá-las – em data próxima ao pleito eleitoral, significa subverter o comando legal para que se alcance o que o próprio legislador pretendeu evitar.

No dizer do Ministro Humberto Gomes de Barros⁴, *trata-se de um caso típico de fraude à lei, qual seja, de fazer o que aparentemente a lei permite para conseguir atingir o que a lei veda.*

E, nesse contexto, pedimos vênia para trazer à baila um exemplo hipotético, mas que ostenta importante valor ilustrativo. Suponha-se que a União tenha celebrado um convênio obrigando-se a transferir ao Município de Vitória uma vultosa quantia, com vistas à revitalização de um marco turístico da Capital – tal como a orla da Praia de Camburi. O convênio e o repasse financeiro são efetivados um dia antes de se iniciar o período eleitoral. A obra se inicia alguns dias depois e, às vésperas da eleição, já se mostra possível ao eleitorado identificar o “andamento” de uma obra que há muito se aguardava, mas que não se implementava em virtude da falta da capital para o investimento. Nessas circunstâncias, é de se questionar se a antecipação da transferência para a data de 30 de junho é capaz de afastar o risco de captação de sufrágio com a obra, sobretudo porque os pactuantes possuíam a plena ciência de que a obra não seria iniciada antes da data-limite.

4 TSE - Recurso Especial Eleitoral nº 25.324 – Classe 22ª – Rio de Janeiro – Município de Vassouras. Publicado em: 17 de fevereiro de 2006.

A resposta à Consulta TSE nº 1.062/2004, que era meramente abstrata, trouxe verberações também em casos concretos.

No julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 25.324, em que se discutia a legalidade de transferência voluntária, por meio da qual fora efetivada a pavimentação de ruas e a construção de casas populares no Município de Vasouras (RJ), ofertou-se tese de defesa no sentido de que as referidas ações haviam sido segmentadas e que seriam desempenhadas mês-a-mês. Diante disso, o repasse da verba no trimestre anterior às eleições teria ocorrido para fazer face a algumas etapas de um projeto que já estava “em andamento”. Não obstante, reafirmou-se a importância de que a obra seja fisicamente iniciada antes do período eleitoral, sob pena de se influir na votação que se mostra iminente. Vejamos:

Ao contrário do que pretendem os Recorrentes, para atrair a ressalva contida no artigo 73, inciso VI, “a”, não basta a mera celebração do convênio ou a formalização dos procedimentos preliminares, é indispensável a sua efetiva execução física antes do início do período de vedação.

Nesse ponto, não os socorre a alegação de que a obra como um todo estava em andamento, exatamente porque seu objeto fora desmembrado em etapas e a sua contratação se deu por processos licitatórios distintos. Assim, seria plenamente possível que se aguardasse o trimestre de vedação sem que isso caracterizasse “demasia capaz de desarticular ou frustrar o desenvolvimento de toda a administração pública”, tal como ponderado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Uma vez reconhecido pelo Tribunal Superior Eleitoral que (i) é o “começo efetivo da construção da obra que dá a medida do impacto eleitoral”, e que (ii) “é indispensável

a efetiva execução física antes do início do período de vedação”, parece-nos prudente que o agente administrativo não se afaste desse norte interpretativo ao construir a inteligência do artigo 73, VI, “a”, da Lei das Eleições. E, nesse particular, mostra-se útil a invocação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, embora se trate de fenômeno jurídico típico do controle abstrato de constitucionalidade de normas.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” da Corte, de modo a proclamar que o efeito vinculante refere-se também aos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento. Assim, a título de exemplo, se o STF declara, em ação direta de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade de regra do regimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de que houve invasão da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual, regras iguais ou similares constantes dos regimentos de outros tribunais do País serão afetadas por decisão da Corte. Ou seja, os motivos da decisão do STF transcendem o caso singular, de maneira que os efeitos da coisa julgada - notadamente o efeito vinculante - se repousam também sobre situações ou pessoas que não figuraram no processo originário.

Sem embargos quanto as diferenças encontradas entre o processo objetivo de controle constitucional e aqueles cuja competência recai sobre o TSE, é adequada a utilização do mesmo método intelectual no caso vertente. Portanto, no exame casuístico dessas transferências voluntárias próximas ao período eleitoral, não se pode perder de vista que a percepção física do eleitorado é o que importa para se julgar a existência (ou a iminência) de afronta à isonomia entre os candidatos.

Esses são os motivos que determinam a linha de decisão atual do Tribunal Superior Eleitoral e que merecem

transcendência capaz de atingir cada caso concreto, muito embora não se possa falar, nesses casos, de efeito vinculante. Em outras palavras, ao se construir o entendimento acerca do referido dispositivo legal, independentemente das peculiaridades fáticas de cada caso, o intérprete deve considerar as razões de decisão que vêm sendo adotadas pelo TSE, sempre no sentido de que o início da obra não pode ocorrer no trimestre de vedação eleitoral, ainda que as providências formais preliminares tenham sido adotadas em período aparentemente regular. Importa, para o Direito Eleitoral, considerada a sua organicidade, que o eleitorado não seja impactado pela identificação concreta e visível de uma obra iniciada às vésperas da disputa.

De toda sorte, se ainda não houve um julgamento pelo TSE em que fosse analisado, especificamente, um repasse antecipado para data anterior ao trimestre de vedação, procedido de uma obra fisicamente iniciada nesse período proibitivo (como ocorre no caso ora estudado), é possível identificar uma forte tendência no sentido de que tais operações seriam julgadas ilegais. Conclusão em sentido contrário demandaria uma inversão integral da direção adotada atualmente pelo TSE, o que não se mostra factível, mesmo pelo caráter relativamente recente dessa jurisprudência, que vem se consolidando em manifestações plenárias (a partir de 2004 em diante).

De todo o exposto, concluímos pela nulidade do Convênio nº 127/2006, haja vista que as transferências voluntárias não podem ocorrer em período eleitoral, senão para conferir continuidade a obras e serviços em andamento, considerando-se “em andamento” aquelas obras e serviços *fisicamente iniciados* antes do trimestre de vedação, não bastando a formalização do convênio, a elaboração de projeto executivo e plano de trabalho, *ou mesmo o repasse em data aparentemente válida, quando se possa prever*

que a obra flagrantemente não será iniciada tempestivamente, “sob pena de nulidade de pleno direito”, conforme preceitua o próprio dispositivo legal.

2 Do adimplemento das despesas

As considerações acerca da ilegalidade do Convênio nº 127/2007, embora assumam importante função no que tange ao tratamento a ser conferido pela Procuradoria Geral, notadamente no que tange a convênios análogos e futuros, não afastam a necessidade de se enfrentar a questão do adimplemento das despesas assumidas pelo Município de Venda Nova do Imigrante, neste caso concreto. Ou seja, ainda que a ilegalidade do Convênio seja confirmada em instância administrativa superior desta Procuradoria, restará a problemática quanto à responsabilidade pelas despesas assumidas após a sua vigência.

Os convênios administrativos constituem “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.⁵

A própria natureza jurídica dessa modalidade de ajuste, marcada pela convergência de interesses e pela livre manifestação de vontade dos pactuantes, favorece a sua utilização como instrumento de efetivação de transferências voluntárias de recursos públicos.

No caso em apreço, mostrou-se perfeitamente identificável a convergência entre os interesses ostentados pelos partícipes, uma vez que a adoção de medidas que visam à promoção da saúde pública insere-se no âmbito de competência comum dos Estados e Municípios, nos termos do artigo 23, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 284.

O núcleo obrigacional consistiu, na espécie, em repasse de R\$ 180 mil pelo Estado em favor do Município de Venda Nova do Imigrante que, por sua vez, comprometeu-se à construção de uma unidade de saúde no prazo de três meses, posteriormente, prorrogado por mais um mês.⁶

Ocorre que, ao término da vigência do convênio (30 de novembro de 2006), o Município havia executado apenas 64,61% (folha 464) da obra e, inadvertidamente, sem considerar o fato de que a avença já não produzia qualquer efeito jurídico, vez que alcançado o termo final de sua vigência, permaneceu assumindo despesas junto a particulares, sob a mera expectativa de recebimento das verbas oriundas do Estado. Mais que isso, como a *verba fora transferida em parcela única* – evidentemente como forma de esquivar aos limites temporais da legislação eleitoral, como visto acima – o Município continuou a executar a obra durante mais de quatro meses após o fim do convênio, com a “segurança” de que poderia utilizar os recursos financeiros que já lhe estavam disponíveis em conta-corrente. O plano de trabalho fora sumariamente ignorado.

Adotando-se supletivamente as regras aplicáveis aos contratos administrativos, tal como determinado pelo artigo 116, da Lei Federal nº 8.666/93, temos que o beneficiário deste Convênio incorreu em inexecução parcial do ajuste, de forma que ao Estado competia tão-somente o pagamento dos serviços efetivamente executados até a data de 30 de novembro, ou seja, o montante correspondente a 64,61% do projeto. Se o convênio se exauriu com o advento de seu termo final, não há como vincular a Administração Pública Estadual a um pagamento ao qual não se obrigou.

6 De se ver que houve, neste ponto, mais um ato ilegal, consistente na omissão da publicação resumida do primeiro termo aditivo. A medida, embora tenha assumido menor relevância em virtude da dimensão das demais irregularidades, demonstra a insistência de se descumprir a legislação de regência, mesmo porque se trata de diligência comumente cumprida e enraizada na memória administrativa dos órgãos públicos.

A continuidade das obras sem arrimo em instrumento formal constitui mera liberalidade do Município, a quem deveria recair a responsabilidade assumida livremente junto ao particular.

Sob o enfoque da responsabilidade civil – e não mais contratual ou convenial – não subsistem os elementos autorizadores do reconhecimento do dever indenizatório, quando analisada a relação jurídica entre o Estado e o Município.

É certo que, para se configurar a responsabilidade objetiva do Estado, com fulcro na teoria do risco administrativo, basta a configuração de três pressupostos, quais sejam: (i) ocorrência de *fato administrativo*, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; (ii) o *dano* efetivamente comprovado; e (iii) o *nexo de causalidade* entre o fato administrativo e o dano.⁷

A aferição desses pressupostos, no entanto, não pode se afastar da análise do comportamento do suposto lesado no episódio reputado como danoso. Se o Estado assume voluntariamente determinada obrigação em virtude da celebração de convênio, e o conveniente: (i) descumpre o seu encargo obrigacional; (ii) não oferta qualquer justificativa hábil a motivar o atraso e a inexecução parcial do objeto – vale lembrar que o Município alega apenas que não “observou” o termo final; (iii) não comunica ao Estado a eventual necessidade de prorrogação do prazo de vigência; e (iv) desconsidera a inexistência de pacto e, ainda assim, assume despesas ao seu livre alvedrio, não se pode admitir que o dano tenha decorrido de fato imputado à Administração Estadual. A rigor, não houve dano causado pelo Estado em desfavor do Município, mas sim, ocorreu dano causado pelo Município

7 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 440-441.

contra os interesses do Estado, que viu frustrada a sua justa expectativa de construção de um posto de saúde dentro de um cronograma e de um plano de trabalho consensual.

Como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, *“decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano”*.⁸

Não se pretende, contudo, negar o direito de ressarcimento do particular responsável pela edificação das obras, que tenha agido com boa-fé – o que se admite apenas em tese, visto que a instrução probatória atual não permite infirmar essa presunção.

Evidente que à Administração – em todas as esferas da Federação – é vedado locupletar-se da atividade privada, gozando de benefícios sem a correspondente contrapartida. Quer nos parecer, no entanto, que o locupletamento, se existente (como parece ser o caso), recai no âmbito da responsabilidade do próprio Município, que escolheu, de forma autônoma, o licitante, e que autorizou a continuidade das obras até o mês de março de 2007, mesmo sem que possuísse reserva orçamentária para tanto, tendo em vista que o convênio já havia sido finalizado em novembro de 2006.

Vale dizer que a responsabilidade do Estado do Espírito Santo encontra limites na extensão prevista no Convênio, tendo em vista que o mesmo não praticou nenhum fato administrativo que tenha causado dano ao particular. Relações jurídicas autônomas firmadas pelo Município com particulares, sem qualquer anuência do Estado e após o exaurimento do pacto convenial, não podem ser atribuídas ao Estado Espírito Santo, sob pena de se eternizar a rela-

8 RE nº 120.924, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves.

ção de causalidade, o que levará ao problema da ilimitação da responsabilidade estatal, fenômeno que é prejudicial ao próprio interesse público, em última análise.

Ante o exposto, considerando a necessidade de se compor: (i) a satisfação do interesse público, que não pode se ver privado da assistência à saúde; (ii) a satisfação do interesse do particular que, no exercício de sua atividade empresarial, tenha empreendido as obras com boa-fé; e (iii) a necessidade de se dar efetividade às regras de aplicação de recursos públicos, sob pena de, não o fazendo, que o planejamento e a gestão da coisa pública restem prejudicados, em uma visão macro-administrativa, opinamos:

- a) O Convênio nº 127/2006 é nulo, haja vista que as transferências voluntárias não podem ocorrer em período eleitoral, senão para conferir continuidade a obras e serviços em andamento, considerando-se “em andamento” aquelas obras e serviços fisicamente iniciadas antes do trimestre de vedação eleitoral, não bastando a formalização do Convênio, a elaboração de projeto executivo e plano de trabalho, ou mesmo o repasse em data aparentemente válida, quando se possa prever que a obra flagrantemente não será iniciada tempestivamente, “*sob pena de nulidade de pleno direito*”, conforme preceitua o artigo 73, inciso VI, alínea “a”, da Lei das Eleições;
- b) A nulidade do Convênio nº 127/2006 não afasta o direito do particular de recebimento do preço ajustado, se não há elementos que infirmem a presunção de que agiu de boa-fé na celebração do contrato administrativo com o Município de Venda Nova do Imigrante;
- c) O Estado do Espírito Santo obriga-se à transferência de recursos financeiros em favor do Município, em montante estritamente correspondente ao índice de execução da obra na data do termo final de vigência

do Convênio nº 127/2006, conforme constatado pela fiscalização da Secretaria;

- d) Não compete ao Estado do Espírito Santo a responsabilidade pelo adimplemento das despesas assumidas pelo Município após o implemento do termo final do Convênio nº. 127/2006, seja porque o pacto convenial, a partir de então, não produzia mais efeitos jurídicos, ou seja porque não se pode reconhecer responsabilidade civil nas hipóteses de dano provocado por comportamento exclusivo do suposto lesado, nos termos retro expostos;
- e) Caso os valores repassados em parcela única ainda estejam à disposição do Município de Venda Nova do Imigrante, o numerário deverá ser devolvido à Secretaria de Estado da Saúde, bem como deverão ser prestadas as contas finais, na forma prevista pelo instrumento convenial;
- f) Em caso de eventual condenação judicial do Estado ao pagamento das verbas contratuais em favor do particular responsável pelas obras – o que se admite apenas como tese, bem se diga, remota – deverá o Estado adotar as medidas judiciais que lhe possibilitem exercer seu direito de regresso contra o Município.

É o parecer, salvo melhor juízo.

À consideração superior.

Vitória, 29 de junho de 2007.

ANTÔNIO JÚLIO CASTIGLIONI NETO
Procurador do Estado



3

JURISPRUDÊNCIA

3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1.1 SÚMULAS VINCULANTES

- 3.1.1.1** SÚMULA 4 - Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 30/04/2008

Fonte de Publicação: DJe de 9/5/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 7º, IV e XXIII, art. 39, § 1º e § 3º, art. 42, § 1º, art. 142, § 3º, X.

Precedentes: RE 236396 (DJ de 20/11/1998); RE 208684 (DJ de 18/6/1999); RE 217700 (DJ de 17/12/1999); RE 221234 (DJ de 5/5/2000); RE 338760 (DJ de 28/6/2002); RE 439035 (DJe nº 55/2008, em 28/3/2008); RE 565714 (acórdão pendente de publicação).

- 3.1.1.2** SÚMULA 5 - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 07/05/2008

Fonte de Publicação: DJe de 16/5/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV.

Precedentes: RE 434059 (acórdão pendente de publicação); AI 207197 AgR (DJ de 24/3/1998); RE 244027 AgR (DJ de 28/5/2002); MS 24961 (DJ de 4/3/2005 e RTJ 193/347).

3.1.1.3 SÚMULA 6 - Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 07/05/2008

Fonte de Publicação: DJe 16/5/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, art. 5º, *caput*, art. 7º, IV, art. 142, § 3º, VIII, (redação dada pela Emenda Constitucional nº 18/1998), art. 143, *caput*, § 1º e § 2º. Medida Provisória 2215/2001, art. 18, § 2º.

Precedentes: RE 570177 (DJe de 27/6/2008); RE 551453 (DJe de 27/6/2008); RE 551608 (DJe de 27/6/2008); RE 558279 (DJe de 27/6/2008); RE 557717 (DJe de 27/6/2008); RE 557606 (DJe de 27/6/2008); RE 556233 (DJe de 27/6/2008); RE 556235 (DJe de 27/6/2008); RE 555897 (DJe de 27/6/2008); RE 551713 (DJe de 27/6/2008); RE 551778 (DJe de 27/6/2008); RE 557542 (DJe de 27/6/2008).

3.1.1.4 SÚMULA 7 - A norma do § 3º, do artigo 192, da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 11/06/2008

Fonte de Publicação: DJe de 20/6/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 192, § 3º (redação anterior à Emenda Constitucional nº 40/2003).

Precedentes: RE 582650 QO (acórdão pendente de publicação); ADI 4 (DJ de 25/6/1993); RE 157897 (DJ de 10/9/1993 e RTJ 151/635); RE

184837 (DJ de 4/8/1995); RE 186594 (DJ de 15/9/1995); RE 237472 (DJ de 5/2/1999); RE 237952 (DJ de 25/6/1999); AI 187925 AgR (DJ de 27/8/1999).

- 3.1.1.5** SÚMULA 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 12/06/2008

Fonte de Publicação: DJe de 20/6/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 146, III. Decreto-Lei nº 1569/1977, art. 5º, parágrafo único. Lei nº 8212/1991, art. 45 e art. 46.

Precedentes: RE 560626 (acórdão pendente de publicação); RE 556664 (acórdão pendente de publicação); RE 559882 (acórdão pendente de publicação); RE 559943 (acórdão pendente de publicação); RE 106217 (DJ de 12/9/1986 e RTJ 119/328); RE 138284 (DJ de 28/8/1992 e RTJ 143/313).

- 3.1.1.6** SÚMULA 9 - O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 12/06/2008

Fonte de Publicação: DJe de 20/6/2008, p. 1.

Republicação: DJe de 27/6/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVI e XLVI. Lei nº 7210/1984, art. 58, “caput”, e art. 127.

Precedentes: RE 452994 (DJ de 29/9/2006); HC 91084 (DJ de 11/5/2007); AI 570188 AgR-ED (DJ de 22/6/2007); HC 92791 (DJe de 16/5/2008); HC 90107 (DJ de 27/4/2007); AI 580259 AgR (DJ de 26/10/2007).

- 3.1.1.7** SÚMULA 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 18/06/2008

Fonte de Publicação: DJe de 27/6/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 97.

Precedentes: RE 482090 (acórdão pendente de publicação); RE 240096 (DJ de 21/5/1999 e RTJ 169/756); RE 544246 (DJ de 8/6/2007); RE 319181 (DJ de 28/6/2002); AI 472897 AgR (DJ de 26/10/2007).

- 3.1.1.8** SÚMULA 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/08/2008

Fonte de Publicação: DJe de 22/8/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, art. 5º, III, X e XLIX; Código Penal, art. 350; Código de Processo Penal, art. 284; Código de Processo Penal Militar, art. 234, §1º; Lei nº 4898/1965, art. 4º, a.

Precedentes: RHC 56465 (DJ de 6/10/1978); HC 71195 (DJ de 4/8/1995); HC 89429 (DJ de 2/2/2007); HC 91952 (acórdão pendente de publicação).

3.1.1.9 SÚMULA 12 - A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/08/2008

Fonte de Publicação: DJe de 22/8/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 206, IV.

Precedentes: RE 500171 (acórdão pendente de publicação); RE 542422 (acórdão pendente de publicação); RE 536744 (acórdão pendente de publicação); RE 536754 (acórdão pendente de publicação); RE 526512 (acórdão pendente de publicação); RE 543163 (acórdão pendente de publicação); RE 510378 (acórdão pendente de publicação); RE 542594 (acórdão pendente de publicação); RE 510735 (acórdão pendente de publicação); RE 511222 (acórdão pendente de publicação); RE 542646 (acórdão pendente de publicação); RE 562779 (acórdão pendente de publicação).

3.1.1.10 SÚMULA 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por

afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 21/08/2008

Fonte de Publicação: DJe de 29/8/2008, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 37, “caput”.

Precedentes: ADI 1521 MC (DJ de 17/3/2000); MS 23780 (DJ de 3/3/2006); ADC 12 MC (DJ de 1º/9/2006); ADC 12 (acórdão pendente de publicação); RE 579951 (acórdão pendente de publicação).

3.1.2 EMENTÁRIOS

- 3.1.2.1 DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ADI CONTRA LEI PARANAENSE 13.519, DE 8 DE ABRIL DE 2002, QUE ESTABELECE OBRIGATORIEDADE DE INFORMAÇÃO, CONFORME ESPECIFICA NOS RÓTULOS DE EMBALAGENS DE CAFÉ COMERCIALIZADO NO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 22, I e VIII, 170, CAPUT, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 174 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. OFENSA INDIRETA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

- I - Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão-somente, assegurar a proteção ao consumidor.
- II - Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis.
- III - Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor.
- IV - Incorre delegação de poder de fiscalização a particulares quando se verifica que a norma impugnada estabelece que os selos de qualidade serão emitidos por entidades vinculadas à Administração Pública estadual.
- V - Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades da Federação.
(ADI 2832/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 07/05/2008, DJ 20/06/2008).

3.1.2.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36.

- 1 O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36, da Lei nº 9.985/2000, não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados.
- 2 Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA.
- 3 O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.
- 4 Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.
- 5 Inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e

a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento.

6 Ação parcialmente procedente.

(ADI 3378/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 09/04/2008, DJ 20/06/2008).

3.1.2.3 LEI DISTRITAL. NOTIFICAÇÃO MENSAL À SECRETARIA DE SAÚDE. CASOS DE CÂNCER DE PELE. OBRIGAÇÃO IMPOSTA A MÉDICOS PÚBLICOS E PARTICULARES. ADMISSIBILIDADE. SAÚDE PÚBLICA. MATÉRIA INSERIDA NO ÂMBITO DE COMPETÊNCIA COMUM E CONCORRENTE DO DISTRITO FEDERAL. ARTS. 23, I, e 24, XII, DA CF. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 22, I. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO.

- I - Dispositivo de lei distrital que obriga os médicos públicos e particulares do Distrito Federal a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele não é inconstitucional.
- II - Matéria inserida no âmbito da competência da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 23, I, da Constituição Federal.
- III - Exigência que encontra abrigo também no art. 24, XII, da Carta Magna, que atribui competência concorrente aos referidos entes federativos para legislar sobre a defesa da saúde.
- IV - Dispositivo da lei distrital que imputa responsabilidade civil ao médico por falta de notificação caracteriza ofensa ao art. 22, I, da CF, que consigna

ser competência exclusiva da União legislar acerca dessa matéria.

V - Ação direta parcialmente procedente.

(ADI 2875/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 04/06/2008, DJ 20/06/2008).

3.1.2.4 CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO DESTINADO À DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO QUE TAMBÉM TENHA POR OBJETIVO DISCUTIR A VALIDADE DO MESMO CRÉDITO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 6.830/1980.

O direito constitucional de petição e o princípio da legalidade não implicam a necessidade de esgotamento da via administrativa para discussão judicial da validade de crédito inscrito em Dívida Ativa da Fazenda Pública. É constitucional o art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal - LEF), que dispõe que “a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto”. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.

(RE 233582/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 16/08/2007, DJ 16/05/2008).

3.1.2.5 ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. APOSENTADORIA. LEI 8.647/1993. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PRÓPRIA DOS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EFETIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA DESPROVIDO.

O sistema previdenciário dos ocupantes de cargos comissionados foi regulado pela lei 8.647/1993. Posteriormente, com a Emenda Constitucional 20/1998, o art. 40, § 13 da Constituição Federal determinou a filiação obrigatória dos servidores sem vínculo efetivo ao Regime Geral de Previdência.

Como os detentores de cargos comissionados desempenham função pública a título precário, sua situação é incompatível com o gozo de quaisquer benefícios que lhes confira vínculo de caráter permanente, como é o caso da aposentadoria.

Inadmissível, ainda, o entendimento segundo o qual, à míngua de previsão legal, não se deva exigir o preenchimento de requisito algum para a fruição da aposentadoria por parte daqueles que desempenham a função pública a título precário, ao passo que, para os que mantêm vínculo efetivo com a Administração, exige-se o efetivo exercício no cargo por cinco anos ininterruptos ou dez intercalados (art. 193 da Lei 8.112/1990).

Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 25039/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 14/02/2006, DJ 18/04/2008).

3.1.2.6 DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- 1 A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.
- 2 O artigo 98 do Código Tributário Nacional “possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios” (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão).
- 3 No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição.
- 4 Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 229096/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Rel. Acórdão Min. CÂRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 16/08/2007, DJ 11/04/2008).

3.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.2.1 EMENTÁRIOS

3.2.1.1 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO POR FAC-SÍMILE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS ORIGINAIS. TERMO INICIAL. DISTINÇÃO ENTRE A SITUAÇÃO PREVISTA NO CAPUT E A PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. ART. 2º, DA LEI Nº 9.800/99.

- 1 Ao disciplinar o termo inicial do prazo para a entrega dos originais, quando o ato processual é praticado por fac-símile, o texto normativo distinguiu duas situações, dando a cada uma delas tratamento distinto: (a) a dos atos cuja prática está sujeita a prazo predeterminado em lei e (b) a dos atos sem prazo predeterminado. Quanto à primeira, prevista no caput do art. 2º da Lei 9.800/99, o prazo de cinco dias para entrega dos originais tem início no dia seguinte ao do termo final do prazo previsto em lei, ainda que o fac-símile tenha sido remetido e recebido no curso desse prazo; e quanto à segunda, disciplinada no parágrafo único do mesmo artigo, o prazo para entrega dos originais tem início no dia seguinte ao da recepção do fac-símile pelo órgão judiciário competente.
- 2 Agravo regimental conhecido, mas improvido. (AgRg nos EREsp 640803/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, Julgados em 19/12/2007, DJ 05/06/2008).

3.2.1.2 TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO NA ENTRADA DE BENS INTERMEDIÁRIOS QUE NÃO INTEGRAM O PRODUTO FINAL NEM SÃO IMEDIATAMENTE CONSUMIDOS NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. LEGALIDADE.

- 1 O creditamento do ICMS somente é factível nas hipóteses restritas constantes do § 1º, do artigo 20, da Lei Complementar nº 87/96, qual seja a entrada de mercadorias que façam parte da atividade do estabelecimento. Consectariamente, é de clareza hialina que o direito de creditamento do ICMS pago anteriormente somente exsurge quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização. (Precedentes: REsp 762.748/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 12.04.2007; REsp 626.181/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 16.05.2006; REsp 626.181/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.04.2006, DJ 16.05.2006).
- 2 A análise fático-probatória conducente à reforma de acórdão baseado em laudo pericial que se propõe a comprovar a repercussão é insindicável pelo Eg. STJ, em face do óbice erigido pela Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”
- 3 Precedentes: REsp 785.043/SP, DJ 16.04.2007; REsp 796.694/MG; DJ 07.05.2007; AgRg no Ag 334.569/RJ, DJ 28.08.2006.
- 4 Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e

suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisor revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a reabater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

5 Recurso especial desprovido.

(REsp 889414/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 17/4/2008, DJ 14/05/2008).

3.2.1.3 PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ADIANTAMENTO DO PAGAMENTO DE DESPESAS JUNTO AO CARTÓRIO DE REGISTRO DE PESSOAS JURÍDICAS PELA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. ART. 39, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 27, DO CPC. DIFERENÇAS ENTRE OS CONCEITOS DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. PRECEDENTE DA C. PRIMEIRA SEÇÃO.

- 1 O Sistema Processual exonera a Fazenda Pública de arcar com quaisquer despesas, pro domo sua, quando litiga em juízo, suportando, apenas, as verbas decorrentes da sucumbência (artigos 27 e 1.212, parágrafo único, do CPC). Tratando-se de execução fiscal, é textual a lei quanto à exoneração, consoante se colhe dos artigos 7º e 39, da Lei nº 6.830/80. Enquanto não declarada inconstitucional a lei, cumpre ao STJ velar pela sua aplicação.
- 2 É cediço em sede doutrinária que: “a União está isenta de custas, selos, taxas e emolumentos na execução fiscal. Os processos de execução fiscal para cobrança da dívida da União, ainda que em curso perante a justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, estão isentos de qual-

quer pagamento, seja ele qual for, no que concerne a custas ou despesas judiciais. Não paga a taxa judiciária, não paga selo nas petições ou papéis juntos aos autos; não paga remuneração aos cartórios ou órgãos auxiliares, tais como depositários, avaliadores, partidores, etc. Não há exigência de taxa judiciária, de selos ou estampilhas ou papel selado, de comissões, custas, emolumentos, dos serventuários, preparo etc. Invoque-se o art. 150, IV, a, da CF, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar imposto sobre serviço uns dos outros, e interprete-se o art. 1.212, parágrafo único, do CPC, amplamente. Não só os atos judiciais, nos processos em que a autora é a União, estão isentos desses pagamentos. O privilégio e a isenção são recíprocos entre a União, Estados e Municípios”. (José da Silva Pacheco, in Comentários à Lei de Execução Fiscal, Ed. Saraiva, 7ª ed., 2000, São Paulo) .

- 3 Ressalte-se ainda que, de acordo com o disposto no parágrafo único, do art. 39, da Lei 6.830/80, a Fazenda Pública, se vencida, é obrigada a ressarcir a parte vencedora no que houver adiantado a título de custas, o que se coaduna com o art. 27, do Código de Processo Civil, não havendo, desta forma, riscos de se criarem prejuízos à parte adversa com a concessão de tal benefício isencional.
- 4 Mutatis mutandis a exoneração participa da mesma ratio essendi da jurisprudência da Corte Especial que imputa a despesa extrajudicial da elaboração de planilha do cálculo àquele que pretende executar a Fazenda Pública.
- 5 A 1ª Turma, recentemente, decidiu questão análoga, verbis:

I - Os arts. 27 do CPC e 39 da Lei nº 6.830/80 não regulamentam uma isenção à Fazenda, mas somente dispõem que esta fica dispensada de efetuar o depósito antecipado de custas e emolumentos, devendo pagar o montante a eles referente ao final da lide, acaso reste vencida.

II - In casu, portanto, a Fazenda fica dispensada de depositar antecipadamente o valor relativo à expedição de certidão pelo cartório de registro de pessoa jurídica, devendo, ao final do trâmite processual, fazer tal pagamento, se vencida.

III - Recurso especial provido.

(REsp 988.482/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.10.2007, DJ 19.12.2007 p. 1185).

6 Recurso especial provido.

(REsp 988570/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 17/4/2008, DJ 14/05/2008).

3.2.1.4 DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18, DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1 Questão do conhecimento do recurso especial resolvida em agravo regimental, julgado na Segunda Turma, que, acolhendo o voto do Relator, co-

- nheceu do recurso pela alínea “a” do permissivo constitucional, determinando fosse o caso incluído novamente em pauta para a análise do mérito recursal, tendo em vista da observância do princípio do devido processo legal e da ampla defesa.
- 2 Se o acórdão chegou à conclusão diversa da pretendida pelas partes, e de forma fundamentada, nem por isso existe violação do art. 535 do CPC.
 - 3 Art. 18 do CPC. Litigância de má-fé. As razões recursais acabam por confundir a multa por litigância de má-fé (art. 18, caput, CPC) com a indenização em casos de prejuízos decorrentes da litigância de má-fé (art. 18, § 2º, CPC). Mesmo tomando-se por base que os recorrentes apontaram corretamente a violação do art. 18, § 2º, do CPC, impossível chegar à conclusão diversa da que o Tribunal local chegou, sem reanalisar os pressupostos fático-probatórios dos autos, pois a instância ordinária é soberana na análise da prova e afirmou não existir o dano alegado para eventual indenização por litigância de má-fé.
 - 4 Teoria da Imprevisão. Alegada violação dos arts. 478, 479 e 480 do novo Código Civil. De início, cumpre asseverar ser irrelevante o fato de que o contrato foi firmado antes da vigência do novo Código Civil para a análise da Teoria da Imprevisão. Questões principiológicas de que se valiam os intérpretes do próprio Código Beviláqua.
 - 5 Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

- 6 Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizada da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente.

Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 744446/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 17/4/2008, DJ 05/05/2008).

3.2.1.5 DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRAMITAÇÃO PRIORITÁRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PORTADOR DO VÍRUS HIV.

- Mostra-se imprescindível que se conceda a pessoas que se encontrem em condições especiais de saúde, o direito à tramitação processual prioritária, assegurando-lhes a entrega da prestação jurisdicional em tempo não apenas hábil, mas sob regime de prioridade, máxime quando o prognóstico denuncia alto grau de morbidez.
- Negar o direito subjetivo de tramitação prioritária do processo em que figura como parte uma pessoa com o vírus HIV, seria, em última análise, suprimir, em relação a um ser humano, o princípio

da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente como um dos fundamentos balizadores do Estado Democrático de Direito que compõe a República Federativa do Brasil, no art. 1º, inc. III, da CF.

- Não há necessidade de se adentrar a seara da interpretação extensiva ou da utilização da analogia de dispositivo legal infraconstitucional de cunho processual ou material, para se ter completamente assegurado o direito subjetivo pleiteado pelo recorrente.
- Basta buscar nos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua própria significância, impõe a celeridade necessária peculiar à tramitação prioritária do processo em que figura parte com enfermidade como o portador do vírus HIV, tudo isso pela particular condição do recorrente, em decorrência de sua moléstia.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1026899/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 17/4/2008, DJ 30/04/2008).

3.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

3.3.1 ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

3.3.1.1 CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PASSIVA (DEFENDANT CLASS ACTION). ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECATÓRIO DA “TRIMESTRALIDADE” (LEI Nº 3.935/87). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES

VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA.

- 1 A classe tem legitimidade para figurar no pólo *passivo* de demanda coletiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada, mesmo que não exista previsão normativa explícita. O ativismo judicial permite seja a admissibilidade inferida das garantias constitucionais do acesso à justiça, da vedação do *non liquet*, do *due process of law* e outras, pois “não se deve excluir *a priori*, de *lege lata*, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a *defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em lei (...)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 219-221)
- 2 A procedência da demanda coletiva passiva (*defendant class action*) afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório. Com maior razão se participam, em pólos invertidos, exatamente aqueles que figuraram na demanda geradora do ato objurgado.
- 3 A inexigibilidade da obrigação, por ineficácia do título judicial (sentença ou acórdão) fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição da República, pode ser reconhecida quando a declaração ocorreu “[...] em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado) [...]”. (REsp 803099/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJ 6.3.2006, p. 253)

- 4 “A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política e socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, v. 28, nº 109, p. 28, 2003.)
- 5 O art. 6º da Lei Estadual nº 3.935/87 é inconstitucional, pois vincula o reajuste de vencimento dos servidores estaduais ao IPC, índice federal de correção monetária. Precedentes do STF (RE 166.581/ES e RE 204.882/ES), inclusive em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI-MC 437/SC, ADI 303/RS, ADI 1064/MS e ADI 464/GO), que têm *efeito vinculante*, nos termos do art. 28, p.u., da Lei nº 9.868/99 e do § 2º, do art. 102, da Constituição da República, com a redação dada pela EC 45/2004.
- 6 O efeito vinculante das decisões do STF encontra-se na *ratio decidendi* (UK), também chamada *holding* (USA), isto é, nas razões constantes na fundamentação. Não há como falar em precedente *vinculante* sem compreender qual é a parte da decisão que vincula. “A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.)
- 7 A indicação específica da lei declarada inconstitucional é mero *obiter dictum*, pois quando suprimida não altera o resultado do julgamento. O STF

já reconheceu ser cabível reclamação para preservar o efeito vinculante de suas decisões, mesmo quando a norma declarada inconstitucional for diversa (*obiter dictum*), desde que – é óbvio – as razões da decisão (isto é, a *ratio decidendi*) sejam idênticas (Rcl 4906/PA, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA).

8 Demanda procedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas.

Acorda o Egrégio Tribunal Pleno, em conformidade com a ata e notas taquigráficas que integram o presente julgado, à unanimidade de votos, rejeitar as preliminares argüidas e no mérito, por igual votação, julgar procedente para declarar a inexigibilidade da obrigação em razão da ineficácia do título executivo e desconstituir o precatório 200.970.000.523, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO - Cuidam os autos de Ação Coletiva Passiva, ou seja, Ação Declaratória de Nulidade proposta pelo Estado do Espírito Santo em face da APES – Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo, objetivando a nulidade de ato jurídico e, conseqüentemente, a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 2375/91, que gerou o precatório nº 200.970.000.523.

Em sua peça inicial, o Requerente informou que a ora Requerida impetrou Mandado de Segurança em face do mesmo, postulando o cumprimento do art. 6º da Lei Estadual nº 3.935/87, a qual autorizava o reajuste salarial trimestral, com base no índice federal – IPC.

O *mandamus* foi tombado sob o número 2375/91 e tramitou perante esse egrégio Tribunal de Justiça, sendo

o pedido julgado procedente com trânsito em julgado em 1995.

O Estado Requerente argumentou que a procedência do pedido formulado no aludido Mandado de Segurança baseou-se em dispositivo flagrantemente inconstitucional, que vinculou o reajuste automático dos salários dos servidores públicos deste Estado a indexador decretado pela União Federal.

Argumenta que o cumprimento da decisão judicial, que obriga a realização de pagamento em valores expressivos, tendo como base uma norma estadual reiteradamente declarada inconstitucional, poderá desestabilizar o sistema jurídico nacional.

Nessa linha, aduziu a necessidade de declaração de inexistência/desconstituição da *res judicata* diante da incompatibilidade entre o que determina a sentença e a declaração de inconstitucionalidade de seu fundamento legal pelo Supremo Tribunal Federal.

O Estado Requerente alegou, ainda, que a manutenção da decisão em questão representaria uma violação ao princípio da isonomia, eis que alguns servidores estaduais tiveram declarado o direito a vultosos reajustes salariais com fundamento em lei inconstitucional, enquanto os demais não obtiveram provimento positivo.

Pelo exposto, o Estado Requerente pleiteou, preliminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela e, ao final, a declaração de nulidade de ato jurídico e, conseqüentemente, a desconstituição do acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 2375/91 e do subseqüente precatório nº 200.970.000.523.

Às folhas 135/150, concedi a antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 2375/91, que gerou o precatório nº 200.970.000.523 e, por conseguinte, obstar o pagamento do mesmo.

A Associação Requerida ofertou contestação aos autos, arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva e a ausência de interesse de agir. No mérito, aduziu a irretroatividade da regra do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e a impossibilidade de relativização da coisa julgada.

Ante o exposto, a Associação Requerida pleiteou o acolhimento das preliminares e, caso assim não seja entendido, a improcedência dos pedidos iniciais.

É o relatório. Inclua-se em pauta para julgamento.

VOTO - 1 PRELIMINARES:

1.1 Da Ilegitimidade Passiva.

A Associação Requerida argúi, preliminarmente, a sua ilegitimidade para figurar no pólo *passivo* da presente demanda sob o fundamento de que a mesma somente detém legitimidade extraordinária para atuar no pólo *ativo* das ações de interesse de seus associados.

Nesse sentido, aduziu que somente poderá apresentar a condição de parte demandada nas hipóteses em que responda judicialmente em nome próprio, jamais em substituição aos seus associados. Pelo exposto, pleiteou a extinção do processo sem resolução de mérito nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Em que pese o brilho dos argumentos expendidos pelo nobre e culto advogado, a quem registro minha admiração pela qualidade jurídica de seu trabalho, tenho que os mesmos não merecem acolhimento.

Conforme já havia salientado por ocasião da decisão liminar, a presente demanda constitui uma ação coletiva passiva (*defendant class action*), eis que foi movida pelo Estado do Espírito Santo em face da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES, visando a

desconstituir uma sentença proferida em favor de todo um grupo ou classe.

Todavia, nada há de extraordinário nisso.

Vale salientar que, a partir da análise sistemática do conjunto legislativo vigente, as ações coletivas passivas são admissíveis no sistema jurídico brasileiro.

Apesar de alguns autores não a admitirem, sob o fundamento da necessidade de uma regulamentação processual expressa, a ação coletiva passiva já é uma realidade na prática jurisdicional brasileira, cabendo ao magistrado a construção judicial da solução da controvérsia à luz das diversas garantias legais e constitucionais. Dentre outras, podemos citar a garantia do acesso à justiça, a da vedação do *non liquet*, a do *due process of law* (compreendido em ambos os sentidos), a da economia processual, *etc.*

A Professora Ada Pellegrini Grinover, lecionando com a sua habitual proficiência e autoridade, frisa que não se pode excluir, *a priori*, a via do acesso à justiça em face da coletividade, eis que o ativismo judicial, típico das ações coletivas, autoriza a solução das controvérsias judiciais em hipóteses justapostas às previstas em lei, desde que observado o princípio da proporcionalidade.

In verbis:

Não é difícil perceber que, tanto no primeiro como no segundo caso, o legislador brasileiro serviu-se de técnicas que privilegiam os membros da classe, defendendo-os, no fundo, contra o perigo da inadequação da representação. Ora bem, em se tratando de ação movida contra a classe, a proteção especial conferida a esta pela lei deve ser mantida, bastando inverter, para tanto, os termos da questão. (...) Poder-se-ia dizer que as soluções propostas só poderiam ser aplicadas desde que previstas em via legislativa. É uma opinião respeitável. Mas parece que não se deve excluir *a priori*,

de lege lata, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a *defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em lei, desde que observado o princípio da proporcionalidade. E a realidade das ações propostas contra a classe já é uma constante na práxis brasileira: de modo que cabe ao intérprete construir soluções estribadas no princípio da legalidade para dar resposta adequada aos problemas práticos que poderão surgir (cf. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 219-221).

Somente a título de esclarecimento, ressalto que a prática forense encontra-se repleta de exemplos sobre a admissibilidade de ações coletivas movidas contra a classe no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (cf. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2008. v. 4, p. 223.) apontam:

A prática forense, ignorando as discussões doutrinárias, vem revelando casos concretos de ações coletivas passivas. Um exemplo é frisante. Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, a União ingressou com demanda judicial em face da Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF) e do Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal (SINDIPOL), pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, indubitavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria “policial federal” encontra-se como sujeito passivo da relação jurídica em juízo. Há inúmeros outros exemplos, que pululam diariamente nos noticiários jurídicos.

O judiciário, inclusive, já convive com as denominadas ações coletivas passivas há muito tempo e ninguém nunca questionou a sua admissibilidade. Um exemplo clássico en-

contramos nas demandas movidas contra os sindicatos (órgãos de classe), na hipótese de um movimento paredista.

Inúmeras demandas foram ajuizadas na justiça do trabalho, na justiça federal e na própria justiça estadual – eu mesmo tendo funcionado em diversas delas –, deste e de outros Estados da Federação, sempre que uma greve era deflagrada. E ninguém nunca suscitou ou argumentou a inadmissibilidade da demanda, por ser uma *defendant class action*, ou mesmo a ilegitimidade do Sindicato para figurar no pólo passivo. Também inúmeras demandas possessórias são normalmente movidas contra ocupantes não identificados, como, por exemplo, quando há uma invasão movida pelo MST ou outro grupo qualquer. Escolhe-se, na hipótese, alguém para representar a classe. Encontramos, ainda, demandas propostas contra torcidas organizadas, independentemente de manifestação individual do membro.

Logo, a *práxis* forense já convive com ações coletivas passivas há muito tempo. O que não se pode negar é o acesso à justiça, excluindo a possibilidade de uma ação coletiva passiva (*defendant class action*), ao argumento simplista de que não há previsão legal. Faço coro ao insistente manifesto da doutrina mais autorizada: o ordenamento jurídico já admite essa espécie de demanda. O Professor Kazuo Watanabe salienta, com a lucidez que caracteriza suas obras, que *o ordenamento jurídico brasileiro permite seja incluída a classe na posição de legitimado passivo, desde que observado o requisito da representatividade adequada (cf. Código brasileiro de defesa do consumidor. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 828-831).*

Conforme o escólio do renomado autor, diversos são os dispositivos legais que permitem a classe atuar no pólo passivo. Ressalta, por exemplo, que as associações podem habilitar-se como litisconsortes de quaisquer das partes (autor ou réu). Assim sendo, como a intervenção no processo pode se dar como litisconsorte do autor ou do

réu, exsurge, inequivocamente, que a demanda pode ser proposta pela classe ou contra ela. Vale conferir suas palavras na íntegra, em razão do brilho do argumento:

Nossa posição é favorável, a partir de diversos dispositivos do ordenamento brasileiro aplicáveis à tutela dos interesses ou direitos transindividuais.

Em primeiro lugar, dispositivo específico da Lei da Ação Civil Pública prevê expressamente a possibilidade de a classe atuar em juízo no pólo passivo. Trata-se do art. 5º, § 2º, da Lei, facultando ao Poder Público e as outras associações legitimadas, nos termos do caput, habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados pode se dar como litisconsorte do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela.

[...]

Não é outra a consequência que se extrai, também, do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, quando assegura que ‘para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela’. O sentido do dispositivo é o de irrestrita tutelabilidade, em juízo, das questões inerentes às relações de consumo, consubstanciando a idéia da efetividade do processo (Kazuo Watanabe, *op. cit.*, p. 831).

Outro dispositivo legal pelo qual se depreende a autorização legislativa para as ações coletivas passivas consiste no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. O referido dispositivo estabelece que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores será exercida em juízo individualmente ou a título coletivo, sendo que a palavra “defesa” exprime tanto a possibilidade de defesa/proteção no pólo ativo quanto defesa/resposta no pólo passivo. Nesse sentido:

O cerne da argumentação contrária está na compreensão da palavra “defesa”, que se encontra no art. 81 do CDC, que supostamente indicaria apenas o pólo ativo das demandas judiciais; não há qualquer indicativo no texto de lei que aponte para o sentido de que “defesa”, ali, somente significa “defesa” no pólo ativo, excluindo a “defesa no pólo passivo”. (DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *cf. Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2008. v. 4, p. 220).

Nessa medida, é inquestionável concluir pela admissibilidade da ação coletiva contra a classe (*defendant class actions*) no sistema jurídico brasileiro.

A única questão que exigiria um cuidado maior no âmbito das ações coletivas passivas seria a identificação de quem detém a representatividade adequada para assumir o pólo passivo da demanda. Ou seja, consiste em verificar se o representante posto no pólo passivo possui condições de defender adequadamente os interesses dos membros daquela classe. Não obstante essa preocupação, o caso dos autos não reproduz a situação de *unwilling representative*.

Conforme já havia salientado na tutela de urgência, no caso em julgamento há inquestionável representatividade adequada, pois a ação coletiva passiva no caso dos autos é, na verdade, *derivada*. A presente demanda visa a declarar a ineficácia de uma sentença proferida em uma ação coletiva ordinária (*plaintiff class action*). E a ação coletiva foi ajuizada exatamente pelo representante do grupo que se pretende atingir com a presente ação.

Ora, se a Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo foi quem representou adequadamente a classe para pleitear o benefício da chamada “trimestralidade”, então também tem *adequacy of representation* para substituir a mesma classe nesta ação. No presente caso, a pretensão do autor – sempre é bom repetir – consiste na

declaração de ineficácia da sentença transitada em julgado, proferida em uma *plaintiff class action*.

Do mesmo modo que se admite uma ação rescisória contra uma entidade de classe que atuou no pólo ativo de um mandado de segurança coletivo, também deve ser admitida uma ação declaratória para discutir a existência jurídica de uma sentença proferida em um mandado de segurança coletivo impetrado por um órgão de classe.

Logo, parece-me perfeitamente cabível a presente *defendant class action*, assim como entendo perfeitamente adequada a representatividade da Associação requerida para responder a ação em nome da classe.

Ante o exposto, **REJEITO** a preliminar de ilegitimidade passiva.

É como voto.

1.2 *Da Ausência de Interesse de Agir*

A Associação Requerida aduziu, ainda, a ausência de interesse de agir na presente demanda. Aduz não ser possível o exercício individual das prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa pelos associados da Requerida, hipótese em que o provimento resultará ineficaz em relação aos mesmos. Pelo exposto, pleiteou a extinção do processo sem resolução de mérito nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Apesar de os argumentos acima expendidos terem sido construídos com engenho e arte, tenho que os mesmos não merecem acolhimento.

Destaco, inicialmente, que a possibilidade de defesa pelos *associados* (contraditório e ampla defesa) encontra-se relacionada com a questão da representatividade adequada, que já foi enfrentada e rejeitada na preliminar anterior. Os demais argumentos referentes à ausência de interesse processual confundem-se com o próprio mérito, pois, ape-

sar de a matéria ser exclusivamente de direito, a análise da controvérsia é concreta e não *in statu assertionis*.

O interesse de agir pode ser resumido no binômio *necessidade-adequação* e deve ser verificado em estado de asserção, ou seja, segundo a assertiva das partes. Se não houver necessidade da tutela jurisdicional, ou se esta não for adequada, para remover a alegada lesão a direito substancial, então a parte não teria interesse em buscar judicialmente a solução da controvérsia. Porém, não é o que ocorre no presente caso. Há uma pretensão resistida. Há a necessidade da tutela jurisdicional para remover a alegada lesão. Sem a tutela requerida pelo Autor, não será possível afastar a obrigação decorrente do precatório judicial. Então há, sem dúvida, o interesse-*necessidade*.

No que tange ao interesse-*adequação*, chamo a atenção para uma característica dos efeitos desta decisão sobre os associados da Requerida.

A Associação Requerida sustentou ser impossível entender o resultado desta demanda para os membros da classe, ao argumento de que não há coisa julgada desfavorável aos membros da classe (coisa julgada *secundum eventum litis*). Entretanto, essa característica *somente* ocorre quando a Associação se encontra no pólo ativo, hipótese em que a improcedência não produzirá coisa julgada para a classe. Porém, quando a demanda é proposta *contra* (ou *em face de*, para os puristas da técnica processual) a classe, então é óbvio que haverá coisa julgada.

A procedência da demanda coletiva passiva tem, sim, o condão de afetar a esfera individual dos associados independentemente do exercício individual do contraditório e da ampla defesa, o que demonstra a *adequação* da via eleita. Conclusão diversa esvaziaria de todo significado a própria ação coletiva passiva, eis que não haveria qualquer utilidade em se admitir uma ação contra a classe que, se

procedente, não teria o condão de vincular pela coisa julgada os integrantes da mesma.

Nesse raciocínio, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes consigna:

Quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia: portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada... (cf. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 436).

Impende frisar que, embora os associados não tenham participado pessoalmente do contraditório, os mesmos detêm representante adequado – conforme destaquei na preliminar anterior –, apto a participar do contraditório e da ampla defesa em prol dos representados. Nessa medida, em vista da adequada representatividade dos associados, a coisa julgada resultante da ação coletiva passiva (*defendant class action*) vinculará a esfera pessoal dos mesmos. Nessa linha:

Na exata medida da possibilidade de ostentação dessa qualidade, há que concluir que todos (que não participaram) foram defendidos de forma adequada e suficiente.

Nota-se a responsabilidade que se deve ter no momento de aferição dessa condição.

Mais que isso: a efetividade das futuras “ações coletivas passivas” está intimamente relacionada com a extensão desse julgado a todos os integrantes da coletividade considerada, representada pelo, óbvio, representante adequado.

Caso venhamos a pretender que essas ações promovam a “molecularização dos conflitos” (expressão

cunhada pelo professor Kazuo Watanabe, como é de conhecimento de todos), temos que admitir que o resultado do conflito se estenda a todos os integrantes da coletividade representada.

Pelo exposto, *REJEITO* a preliminar de ausência de interesse de agir.

É como voto.

2 MÉRITO

2.1 *Dos fatos da demanda*

O Estado do Espírito Santo pretende a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, prolatada nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 2375/91, que gerou o precatório nº 200.970.000.523.

O precatório refere-se ao reajuste de vencimentos e gratificações dos funcionários públicos, ativos e inativos, do poder executivo, concedido pelo parágrafo único do art. 6º da Lei nº 3.935/87, que instituiu a denominada “trimestralidade”. De acordo com a referida Lei, o reajuste deveria corresponder, no mínimo, a 60% do IPC (Índice de Preços ao Consumidor) do trimestre. O último reajuste foi concedido por intermédio do Decreto nº 2.959-N, DOE de 13.3.1990, referente ao trimestre de dezembro de 1989 a fevereiro de 1990.

Devido a uma queda na receita do Estado e ao limite constitucional de 65% do orçamento com pessoal, o Estado do Espírito Santo *NÃO* pagou o reajuste referente a dois trimestres, a saber, março-abril-maio e junho-julho-agosto, ambos de 1990. Então, inúmeras demandas foram propostas – entre elas o mandado de segurança ajuizado pela Associação que figura no pólo passivo da presente ação declaratória – visando a receber o reajuste dos dois trimestres.

A segurança foi concedida e, após o trânsito em julgado, o precatório judicial foi requisitado.

Segundo atualização feita até 30.10.2005, o valor do precatório atinge o montante de R\$ 68.710.050,83 (sessenta e oito milhões, setecentos e dez mil, cinqüenta reais e oitenta e três centavos) – nos termos da planilha de cálculo encaminhada pelo Autor – e hoje atingiria o valor aproximado de R\$ 102.420.697,00 (cento e dois milhões, quatrocentos e vinte mil, seiscentos e noventa e sete reais).

Estes são os fatos – incontroversos – da demanda.

Passo a julgar a controvérsia. Procurarei ser sucinto, muito embora a complexidade da matéria exija o exame de cada argumento aduzido pela parte, sob pena de negativa de jurisdição, decorrente do dever constitucional de fundamentar a decisão.

2.2 Da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.935, de 1987, declarada pelo Supremo Tribunal Federal

Conforme vimos, o reajuste referente aos dois trimestres foi concedido pela Lei nº 3.935, de 1987. Esta Lei vincula o reajuste dos servidores estaduais à variação do IPC, que é um índice federal.

Ocorre, porém, que o STF tem reiteradamente declarado a inconstitucionalidade das leis que vinculam os reajustes dos servidores estaduais a índices federais – como o IPC – em incontáveis precedentes de diversos Estados. Como exemplo, encontramos os seguintes:

Alagoas (RE-AgR 368.650/AL, Min. ELLEN GRACIE), *São Paulo* (RE 170.361/SP, Min. MOREIRA ALVES. No mesmo sentido: RE 213846, RE 195.799, RE 210.833, RE 174.184/SP, RE 196.923, RE 207.950, RE 235.731, *Rio de Janeiro* (RE 219.371/RJ, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. No mesmo sentido: RE 222.230, Min. SYDNEY SANCHES, RE 220.766, NÉRI DA SILVEIRA, RE 221.220, ILMAR GAL-

VÃO, RE 212.474, RE 225.861, RE 198.240), *Santa Catarina* (AO 325/SC, Min. CELSO DE MELLO, DJ 08-09-2006, AO 366/SC, AO 301 e incontáveis outras AOs).

Em *todos* os precedentes o STF declarou a inconstitucionalidade das respectivas leis, pois vincularam o reajuste de servidores estaduais ou municipais a índices federais.

E mais, a matéria encontra-se tão consolidada no Supremo Tribunal Federal que foi convertida em *súmula*, conforme verificamos no seguinte enunciado:

Súmula 681. É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

A Súmula 681 foi aprovada na *Sessão Plenária* de 24.9.2003 e foi publicada no DJ dos dias 9, 10 e 13 de outubro de 2003.

Logo, a inconstitucionalidade encontra-se indiscutivelmente reconhecida e pronunciada pelo STF em incontáveis precedentes, estando até mesmo sumulada.

No que tange ao caso específico do Estado do Espírito Santo, o Supremo Tribunal Federal já declarou que a Lei nº 3.935/87 (Lei da Trimestralidade) é *inconstitucional*, pois vincula o reajuste de seus servidores à variação do IPC (índice federal). Nesse sentido, destaco o seguinte precedente:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAJUSTE TRIMESTRAL DE VENCIMENTOS/PROVENTOS NA FORMA DISCIPLINADA PELA LEI ESTADUAL Nº 3.935/87, PELA VARIAÇÃO DO IPC DO TRIMESTRE. VINCULAÇÃO A INDEXADOR DECRETADO PELA UNIÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. *A lei estadual, que determina que o reajuste da remuneração dos servidores fica vinculado automaticamente à variação do IPC, é inconstitucional, por atentar contra a autonomia estadual em matéria que diz respeito a seu*

peculiar interesse. 2. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido, para denegar a segurança requerida.

(RE 166.581/ES, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA; Julgamento: 13/05/1996 Órgão

Julgador: Segunda Turma, DJ 30-08-1996, PP-30614, EMENT VOL-01839-02 PP-00436)

(destaque nosso).

Exatamente no mesmo sentido, o RE 204.882, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 27-02-1998, PP-00022, EMENT VOL-01900-06 PP-01293.

Logo, o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.935/87, do Estado do Espírito Santo, por duas vezes.

De igual modo, este egrégio Tribunal de Justiça já reconheceu, em diversas ocasiões, que se reveste de manifesta inconstitucionalidade a Lei Estadual nº 3.935/87, pois vincula o reajuste da remuneração dos servidores públicos estaduais automaticamente à variação do IPC do trimestre anterior, índice fixado pela União. Ilustrativamente, veja:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS - REAJUSTE PELA VARIAÇÃO DO IPC DO TRIMESTRE - LEI ESTADUAL Nº 3.935/87 - VINCULAÇÃO A INDEXADOR FIXADO PELA UNIÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DO ESTADO - RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

1) *Reveste-se de inconstitucionalidade manifesta a lei estadual que determina que o reajuste da remuneração dos servidores públicos estaduais fique automaticamente vinculado à variação do IPC do trimestre anterior, índice fixado pela União, por atentar contra a autonomia dos Estados em matéria de seu interesse;*

2) *Precedentes do Supremo Tribunal Federal apontam incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.935/87;*

3) *Restando evidente a inconstitucionalidade da Lei 3.935/87, conhece-se do apelo, mas nega-se-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida. (destaque nosso)*

(Apelação Cível: 024.98.008978-3; Relator: *ARNALDO SANTOS SOUZA*; PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 04/10/2005; Data da Publicação no Diário: 21/11/2005) (destaque nosso).

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO POR INSTRUMENTO. PARA EFEITO DE PENHORA, DINHEIRO PREFERE AOS DEMAIS BENS. PRETENSÃO DE SUBSTITUIR PENHORA ONLINE POR PENHORA EM PRECATÓRIO ORIUNDO DA TRIMESTRALIDADE E DESCONSTITUÍDO PELO PLENÁRIO DESTA EGRÉGIA CORTE. IMPOSSIBILIDADE.

1 A penhora em dinheiro prefere aos demais bens, razão pela qual não se deve substituir a penhora online por outra que incida sobre precatório judicial.

2 *A obrigação concernente à trimestralidade, mesmo que reconhecida por sentença, é inexigível, em razão da declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF.*

3 Agravo interno desprovido.

(Agravo Interno em Agravo de Instrumento: 024.07.900126-9, Relator *SAMUEL MEIRA BRASIL JR.*, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/04/2007, Data da Publicação no Diário: 17/07/2007) (destaque nosso)

No que tange aos *precatórios* da trimestralidade, este Egrégio Tribunal também já estabeleceu, *em Sessão Ple-*

nária, que a decisão judicial pode ser revista a qualquer momento, até mesmo por ocasião da execução, ante a inexigibilidade da obrigação decorrente da nulidade da coisa julgada inconstitucional. Cito, nesse sentido, o magnífico precedente do eminente e culto Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça que, com o brilho típico de sua pena, aplicou a relativização da coisa julgada e afastou a exigibilidade da obrigação constante no precatório judicial referente à trimestralidade:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM – PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA – COISA JULGADA – INCONSTITUCIONALIDADE – RELATIVIZAÇÃO – EXONERAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO.

- 1 A inconstitucionalidade, por ser matéria de ordem pública, pode ser reconhecida, de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo depois de preclusas as vias impugnativas e formada a denominada coisa julgada, a exemplo do que acontece com os erros materiais e a nulidade absoluta.

Em assim sendo, por não estar coberta pela res judicata a decisão portadora de efeitos juridicamente impossíveis, a mesma pode ser revista a qualquer momento, até mesmo por ocasião da execução, ante a inexigibilidade do título, por ser nula a coisa julgada inconstitucional.

- 2 Encerrando a presente hipótese situação excepcional, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal e esse próprio Sodalício, reiteradamente, têm declarado a inconstitucionalidade do IPC como índice de reajuste dos vencimentos de servidores estaduais, desobriga-se o Estado do Espírito Santo do cumprimento da decisão no que tange a denominada “Lei da trimestralidade”.

(Mandado de Segurança: 100010010013; Relator: Des. Sergio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Tribunal Pleno; julgado em 6.2.2003)

Assim sendo, a inconstitucionalidade da Lei 3.935/87 é manifesta e indiscutível. Já foi reconhecida pelo TJES – em Sessão Plenária e isoladamente por quase todos os seus membros – e, principalmente, pelo próprio STF.

A controvérsia, contudo, não se encontra na inconstitucionalidade da Lei nº 3.935/87. O cerne da questão refere-se à possibilidade ou não de relativizar a coisa julgada para afastar a obrigação do Estado do Espírito Santo de pagar o reajuste constante de decisão judicial transitada em julgado. Ou seja, consiste em saber se é possível declarar a inexigibilidade da obrigação, em razão da ineficácia do ato judicial (sentença fundada em lei inconstitucional) e, assim, desconstituir o precatório nº 200970000523.

O Estado do Espírito Santo sustenta que sim, com fundamento no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, acrescentado pela MP 2.180-35/2001 e alterado, posteriormente, pela Lei nº 11.232/2005.

A Associação requerida, em brilhante defesa jurídica, sustenta que não, com base nos seguintes argumentos: (i) o parágrafo único do art. 741 do CPC não tem aplicação retroativa, isto é, não pode ser aplicada às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência; (ii) a flexibilização da coisa julgada não pode ser feita, eis que não restou demonstrada qualquer injustiça ou anomalia jurídica, processual ou material; (iii) não é mais possível alegar a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei 3.935/87, uma vez que se operou a eficácia preclusiva da coisa julgada, ou seja, quaisquer argumentos que poderiam ter sido aduzidos nos autos do processo não têm mais relevância e eficácia; (iv) mesmo admitida a possibilidade de se reavivar a discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei da

Trimestralidade, a declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal *ocorreu em via incidental* com eficácia *inter partes* e, portanto, sua eficácia não se estende ao caso ora em julgamento.

Depois de analisar com profundidade e refletir bastante sobre a controvérsia, convenci-me pelo cabimento da relativização da coisa julgada no presente caso, pelas razões que passo a expor.

2.3 Dos fundamentos teóricos da relativização da coisa julgada

Apesar de já haver o trânsito em julgado da sentença cuja eficácia se deseja negar, a doutrina, a legislação e a jurisprudência têm estabelecido a possibilidade de desconstituição da denominada “coisa julgada inconstitucional”.

Registro, inicialmente, com apoio no autorizado entendimento dos Professores Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (*cf.* A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, v. 91, nº 795, p. 26-27, jan. 2002.), a importância da coisa julgada, conceituada como a imutabilidade do comando emergente da sentença, como expressão dos valores certeza e segurança necessários a um Estado Democrático de Direito.

A coisa julgada representa uma exigência da boa administração da justiça, pois evita que uma mesma ação seja instaurada várias vezes, obsta a existência de soluções contraditórias sobre uma mesma situação de fato e assegura a resolução definitiva dos conflitos.

A concepção do instituto da coisa julgada busca, após esgotada a possibilidade de impugnação dentro da relação processual, conferir à sentença uma força de imutabilidade e indiscutibilidade quanto ao acerto dos conflitos de interesses suscitados nos autos.

Nessa linha, os renomados autores assinalam que a coisa julgada sintetiza a necessidade de segurança e certeza do direito. Em suas palavras:

Assim é que, para realizar, a contento, a pacificação dos litígios, entendeu-se necessário dar ao provimento jurisdicional uma condição de estabilidade, de definitividade. Do contrário, mal encerrado o processo, as partes reestabeleceriam as divergências e, indefinidamente, a jurisdição voltaria sucessivas vezes a se ocupar da mesma divergência entre os mesmos litigantes. Em síntese, o litígio nunca seria realmente composto.

Para que tal não ocorresse, o sistema processual, desde épocas imemoriais, concebeu o instituto da coisa julgada, pelo qual, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação dentro da relação processual, a sentença assume uma força, ou autoridade, especial: torna-se imutável ou indiscutível, tanto para as partes como para o Estado.

(THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais*, v.91, n.795, p.28, jan. 2002).

O eminente Professor das Arcadas, Cândido Rangel Dinamarco (*cf. Relativar a coisa julgada material*, RePro 109, ano 28, janeiro/março de 2003, p. 12) caracteriza, igualmente, a coisa julgada como a representação do mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais e, assim sendo, da segurança nas relações jurídicas. Nessa linha:

Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a

situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação.

Todavia, em que pese a indiscutível importância da coisa julgada para segurança das relações jurídicas – importância essa que, em momento nenhum, deve ser questionada –, a intangibilidade da mesma não é, e não pode ser, absoluta.

Os Professores Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria asseveram que a coisa julgada e a sua intangibilidade, apesar do valor referente à segurança, são dotadas de relatividade, sujeitando-se e conjugando-se a outros princípios e valores existentes no ordenamento jurídico, e, especialmente, ao princípio da constitucionalidade dos atos jurídicos. *In verbis*:

(...) é inegável que a coisa julgada contrária à Constituição, ou seja, a coisa julgada inconstitucional autoriza a relativização do princípio da intangibilidade, como instrumento hábil a garantir a integridade e Supremacia da Constituição Federal e a própria segurança jurídica. Destarte, não apenas por razões de justiça, mas também de segurança jurídica justifica-se um controle de constitucionalidade da coisa julgada e sua relativização na hipótese em que constatado o vício da inconstitucionalidade.

Vê-se, pois, que o próprio princípio da segurança jurídica invocado para combater a tese serve de fundamento para a sua própria consagração. Admitir-se a impugnação da coisa julgada ao fundamento de sua inconstitucionalidade é também um meio de alcançar a segurança jurídica, visto que esta tem sua fonte e força na Supremacia da própria Constituição Federal. Sem o respeito à Constituição Federal não há segurança jurídica, o que há é autoritarismo como decorrência da falta de limites ao exercício do poder! (THEODORO

JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.178)

De igual modo, o eminente e culto Professor Cândido Rangel Dinamarco (*cf. Relativizar a coisa julgada material, Revista de Processo*, v.28, n. 109, p.13, jan./mar. 2003.), salienta a necessidade de harmonizar todos os princípios e garantias plantados nas relações jurídicas. Assim, o valor segurança, encartado na coisa julgada, não se configura absoluto, devendo harmonizar-se com o valor justiça e com a legitimidade das decisões.

O citado autor assevera que a irrecorribilidade de uma sentença, decorrente da coisa julgada, não apaga a inconstitucionalidade dos resultados repudiados pela Constituição, em razão de sua ilegitimidade política ou social. *In verbis*:

Tornemos agora ao item inicial deste estudo, onde se salienta a necessidade de estabelecer uma convivência equilibrada entre os princípios e garantias constitucionais, a partir da idéia de que todos eles existem para servir o homem e oferecer-lhe felicidade, sem que nenhum seja absoluto ou constitua valor em si mesmo. (...) Não há uma garantia sequer, nem mesmo a coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica mas abrindo-se mão desta sempre que a sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

Nessa perspectiva metodológica e levando-se em conta as impossibilidades jurídico-constitucionais acima consideradas, concluí-se que *é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política e socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional*. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, v. 28, nº 109, p.28, jan./mar. 2003.)

Nessa linha de raciocínio, forçoso concluir, em consonância com os festejados processualistas supracitados, que a coisa julgada que viola a Constituição deve ser rejeitada pelo sistema, por apresentar o mais alto grau de imperfeição. Nessa medida:

Os tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução. (THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. *Revista dos Tribunais*, v. 91, nº 795, p. 37, jan. 2002.)

Os mesmos fundamentos que justificam a relativização da coisa julgada inconstitucional fundamentam o afastamento da eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 474 do Código de Processo Civil. A razão do afastamento da coisa julgada reside na inconstitucionalidade da lei que foi utilizada para fundamentar a decisão. Não há

como reconhecer a inconstitucionalidade da lei se se preservar a eficácia preclusiva da coisa julgada. Assim, ao se flexibilizar um, afasta-se o outro.

2.4 *Dos fundamentos legais da relativização da coisa julgada*

Convém destacar, ainda, que a intangibilidade da coisa julgada também foi alvo de reforma legislativa. O parágrafo único do artigo 741 do CPC foi incluído pela MP 2.180-35, de 2001, permitindo que fosse considerado inexigível o título executivo (*rectius*: inexigibilidade da obrigação decorrente da ineficácia do título) fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Constituição da República. A Lei nº 11.232/2005 manteve a norma, apesar de alterar a redação do citado parágrafo único do art. 741 (execução contra a Fazenda Pública) e de incluir o art. 475-L e o § 1º (cumprimento de sentença), ambos do CPC.

Portanto, em razão da solução legislativa acima exposta, mesmo as decisões judiciais transitadas em julgado – hipótese dos autos – poderão ser afetadas por posterior declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de sua reconhecida incompatibilidade com o texto constitucional.

Mas o verdadeiro fundamento *legal* para a relativização da coisa julgada encontra-se na própria Constituição da República. O que autoriza a relativização da coisa julgada é a afronta ao fundamento de validade de todo o nosso sistema normativo: a própria Constituição. Assim – conforme demonstrarei em seguida –, o verdadeiro fundamento para o reconhecimento de ineficácia de uma coisa julgada inconstitucional é, nada mais, nada menos, que a própria Constituição da República, o que tornaria até mesmo dis-

pensável a previsão infraconstitucional. Mas, antes de ser inócua, a norma contribui para aumentar a compreensão e para regulamentar a matéria.

2.5 *Dos fundamentos judiciais (precedentes) da relativização da coisa julgada*

Para não perder tempo com argumento desnecessário, destaco que os tribunais já consolidaram a possibilidade de a chamada coisa julgada inconstitucional ser relativizada. Basta uma rápida busca pela jurisprudência do STJ e do STF que diversos precedentes serão localizados.

2.6 *A alegada retroatividade do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil – o falso problema no caso em julgamento*

A Associação Requerida aduziu que a regra do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não pode ter aplicação retroativa, isto é, não pode ser aplicada às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência.

Inicialmente, chamo a atenção para a circunstância de que o citado dispositivo legal refere-se a uma norma processual. As normas de natureza processual, por sua vez, *têm aplicação imediata* nos processos em andamento. O caso dos autos – não podemos esquecer – encontra-se na fase de execução, pois a satisfação da obrigação ainda não foi obtida. Nessa linha, como o precatório, em face do qual se pretende a desconstituição, encontra-se na fase executiva ainda em andamento, parece-me cristalino que o art. 741, parágrafo único, do CPC, tem aplicação imediata – e não retroativa –, como alegou a Associação Requerida.

Porém, esse fundamento não é suficiente, por si só, para refutar a defesa, que utilizou um argumento *ab auctoritate* (conseqüentemente com maior peso) para sustentar

a irretroatividade, a saber, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Há – reconheço – diversos precedentes do STJ em apoio à tese da defesa. Isso não se pode negar. Em diversos julgados, o STJ limitou a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC, para as sentenças que transitaram em julgado após a inclusão do parágrafo único, do art. 741, do CPC no ordenamento jurídico.

Entretanto, não obstante o brilho da argumentação expendida pelo culto advogado – insisto em registrar essa característica da defesa –, não prevalece o argumento sustentado pela Associação Requerida.

Não há aplicação retroativa do referido parágrafo único, do art. 741, do CPC, simplesmente porque – no caso em julgamento – a relativização da coisa julgada não se ampara no mencionado dispositivo legal.

Apoiado nas precisas lições dos Professores Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, poderia dizer até mesmo que a suposta aplicação retroativa do parágrafo único, do art. 741, do CPC, é um falso problema.

Explico.

A previsão legislativa não configura a única e exclusiva hipótese permissiva de flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

Mesmo que não existisse previsão legislativa alguma autorizando expressamente a relativização da coisa julgada por ocasião da execução, *ainda assim seria possível a rejeição da coisa julgada inconstitucional*, dada a imperfeição absoluta do ato que violou a Constituição. Para melhor elucidar a matéria, transcrevo o entendimento dos Professores Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria:

Com ou sem a previsão legal processual, a inconstitucionalidade torna nula *ipso iure* a sentença e, como tal, pode ser argüível e reconhecível a qualquer tem-

po e em qualquer processo, por qualquer juiz ou tribunal.

A decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode 'a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução'.

[...]

Seja em ação rescisória, em ação ordinária ou em embargos à execução, a coisa julgada inconstitucional é apenas aparente, a que o juiz, após constatação da nulidade evidente, não pode dar guarida. O certo é que 'verificando-se a inconstitucionalidade directa de uma decisão judicial, não deve haver qualquer preocupação em evitar que o tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição'.

(*cf.* Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: Nascimento, Carlos Valder do; Delgado, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 184-185)

Nessa linha, como a relativização da coisa julgada pode ser reconhecida independentemente de autorização legislativa, com o escopo de se resguardar a supremacia do texto constitucional, não é necessária a aplicação retroativa do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Basta aplicar a própria Constituição. A referida relativização, portanto, pode ser suscitada em qualquer tempo e por qualquer meio processual, ainda que não houvesse

previsão legislativa, desde que a coisa julgada contrarie norma constitucional.

Em síntese, a relativização da coisa julgada é medida que se impõe nos casos de manifesta inconstitucionalidade. Nessa medida, deve ser declarada sempre que for necessário rejeitar esse ato imperfeito do sistema, mesmo que o ato tenha se formado antes do parágrafo único do art. 741 do CPC, eis que *a relativização da coisa julgada independe, em absoluto, da própria existência de uma reforma legislativa.*

2.7 Ainda a alegada retroatividade do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil – a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Mas, apesar da lucidez dos argumentos de Cândido Rangel Dinamarco, de Humberto Theodoro Jr. e de Juliana Cordeiro de Faria, como conviver com a jurisprudência do STJ, que estabelece a aplicação do parágrafo único do art. 741 apenas para as sentenças transitadas em julgado após a sua edição?

No REsp 803.099/SP, o Ministro Teori Zavascki proferiu um magnífico julgado – aliás, o que não é novidade para todos aqueles que, como eu, acompanham com prazer cada novo acórdão, cada nova orientação de S. Ex^a –, em que fixa a incidência do art. 741, parágrafo único, para as sentenças transitadas em julgado após a sua vigência. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. HONORÁRIOS. ART. 29-C DA LEI 8.036/90, COM REDAÇÃO DADA PELA ME-

DIDA PROVISÓRIA 2.164-40/01. AÇÕES AJUIZADAS APÓS 27.07.2001. APLICABILIDADE.

- 1 A falta de prequestionamento da questão federal impede o conhecimento do recurso especial (Súmulas 282 e 356 do STF).
- 2 O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).
- 3 Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).
- 4 Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF

considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

- 5 *Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.*
- 6 O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas lato sensu, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.
- 7 À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).
- 8 Precedentes da 1ª Turma (REsp 720.953/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de

22.08.2005; REsp 721.808/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 19.09.2005).

- 9 Recurso especial parcialmente conhecido e improvido (REsp 803099/SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data do Julgamento 21/02/2006, DJ 06.03.2006 p. 253 – o destaque não consta no original).

Porém, longe de ser um óbice intransponível, parece ser possível compatibilizar a jurisprudência do STJ com o raciocínio que formei nesta demanda.

Quando o STJ diz que as sentenças transitadas em julgado antes da vigência do art. 741, parágrafo único, do CPC “estão fora de seu alcance”, *NÃO quer dizer que NÃO é possível relativizar a coisa julgada de sentença transitada em julgado antes do art. 741, p.u., do CPC*. Afirma, apenas, que *não há aplicação do referido enunciado legal*. Ou seja, aduz que a sentença transitada em julgado antes daquele preceito legal está “fora do alcance” (fora da aplicação) da lei federal. A sentença, assim, não pode ser relativizada *com fundamento naquela norma jurídica*.

E o STJ decide desse modo por uma razão muito simples: porque sua função é manter a unidade da legislação *federal*. O STJ verifica, apenas, se há *violação à lei federal*. Não é atribuição do STJ verificar violação à Constituição. Essa competência é expressamente atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Como o STJ somente pode examinar violação à lei federal, ao dizer que o p.u. do art. 741 do CPC aplica-se às sentenças transitadas em julgado após a sua vigência, ele pretende dizer que *antes do referido texto legal não havia como alegar violação à lei federal*. Não havia, simplesmente porque não existia lei federal a ser violada. Mas o STJ não afirma que a relativização da coisa julgada inconstitucional não possa ocorrer com fundamento em outra norma

jurídica (por exemplo, fundada em norma constitucional). E não disse obviamente porque se limitou à sua função institucional: verificar e manter a unidade da lei federal.

Assim, se a relativização da coisa julgada fundar-se em norma constitucional, o reexame escapa à competência do STJ.

Nessa linha de raciocínio, podemos concluir o seguinte: (i) se a sentença transitou em julgado *APÓS* o parágrafo único, do art. 741, do CPC, então a relativização da coisa julgada encontra-se regulada por lei federal. A violação à Constituição pode ser até mesmo considerada reflexa (dependendo da situação) e o STJ pode examinar a violação ou não à lei federal; (ii) porém, se a sentença transitou em julgado *ANTES* do parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil (caso dos autos), então não haveria violação à lei federal e a afronta à coisa julgada seria matéria constitucional, passível de ser examinada pelo STF.

Esse é – quer me parecer – o verdadeiro alcance do magnífico julgado do Ministro Teori Zavascki, considerando as competências constitucionais do STJ e do STF.

Tenho dúvidas até mesmo sobre se caberia Recurso Especial, na hipótese de sentença inconstitucional transitada em julgado *antes* da vigência do parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil. Nos termos do REsp 664.724/PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.6.2007, p. 256, o STJ decidiu que: “*os temas da inconstitucionalidade e da dita relativização da coisa julgada estão fora do âmbito do especial*”. Contudo, a análise da admissibilidade ou não do especial não compete a mim, mas apenas à Vice-Presidência do TJES e, naturalmente, ao próprio STJ, em juízo definitivo de admissibilidade.

Concluindo: a jurisprudência do STJ não impede que seja reconhecida a ineficácia da sentença fundada em lei inconstitucional, apenas por haver transitado em julgado antes do parágrafo único, do art. 741, do Código de Pro-

cesso Civil. O STJ diz, tão-somente, que essas sentenças estão fora do alcance da lei federal.

2.8 *O fundamento para a relativização da coisa julgada inconstitucional: a eficácia plena da decisão do STF*

Há, ainda, outro argumento para o reconhecimento da ineficácia da sentença que gerou o precatório judicial.

Conforme demonstrei, como a sentença transitou em julgado antes da vigência do parágrafo único, do art. 741, do CPC, então a relativização não se fundamenta neste preceito legal, mas na própria Constituição da República.

E se a sentença fundou-se em lei inconstitucional, declarada pelo STF, então não há como atribuir a eficácia ao ato. Desse modo, a obrigação torna-se inexigível, por força da ineficácia do título executivo judicial (sentença ou acórdão). Não custa lembrar que a exigibilidade da obrigação (e não do título, como equivocadamente está na lei) é condição da ação executiva, relacionada ao interesse-necessidade (apesar de indagar se a ineficácia do título não atingiria a certeza da obrigação, que se relaciona com o interesse-adequação...). A Constituição é o fundamento de validade das normas infraconstitucionais. Se a lei é inconstitucional, então não há como atribuir eficácia à sentença.

Não podemos limitar esse raciocínio às sentenças transitadas em julgado após o parágrafo único, do art. 741, do CPC. Caso assim não se entenda, então teríamos sentenças inconstitucionais que deveriam prevalecer, e sentenças inconstitucionais que seriam ineficazes. Apesar de todas terem o mesmo vício!

A inconstitucionalidade ocorreria somente para uns e não para outros. Seria o mesmo que dizer: se o trânsito em julgado ocorreu antes da MP 2.180-35/2001, então a coisa julgada deve ser mantida, *mesmo que o STF tenha declarado a inconstitucionalidade da norma*; porém, se o trânsi-

to em julgado ocorreu um dia após a MP 2.180-35, então a inconstitucionalidade irradiaria todos os seus efeitos e a sentença não precisaria ser aplicada.

Com o devido respeito, não vejo como acolher o argumento. Isso significa NEGAR EFICÁCIA à decisão do Supremo Tribunal Federal! Portanto, o que está em discussão não é apenas a inconstitucionalidade da Lei 3.935/97, mas a própria eficácia dos julgados do STF!

Não há como dizer que a decisão do STF aplica-se para uns e não para outros. Somente o STF pode fazer isso. O nome desse fenômeno jurídico é “modulação temporal dos efeitos da decisão” e somente pode ser feito por 2/3 (dois terços) dos membros do STF (requisito formal) e para manter a segurança jurídica ou por força de excepcional interesse público (requisitos materiais). Isso é o que estabelece a jurisprudência do próprio STF e a própria Lei nº 9.868/99, que dispõe:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, *poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

Nesse contexto, se o próprio STF não modulou temporalmente a eficácia de suas decisões por quórum qualificado, então nós não podemos ignorar as decisões do STF ou recusar a eficácia *ex tunc* ou o efeito vinculante (que existe, conforme demonstrarei em seguida). Não há como dizer que uma lei é “menos inconstitucional” para uns do que para outros, se o próprio STF não disse.

Como justificar a afirmação de que, se o trânsito em julgado ocorreu após a MP 2.180-35 então o servidor não poderá receber, mas se o trânsito em julgado ocorreu antes

então o servidor poderá receber? Não há como dizer para o servidor: “veja bem, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, por isso o Estado não vai lhe pagar, mas vai pagar ao seu colega de repartição”.

Ora, se a lei é inconstitucional para uns, será para todos. Se o STF não fixou a data da eficácia da decisão (modulação temporal) então a declaração retroage, sim, pois tem efeito *ex tunc, erga omnes* e vinculante! As decisões do STF devem ter eficácia plena e absoluta.

Essa é, inclusive, a essência do princípio da igualdade: se um recebe, então todos devem receber; se um não recebe, então ninguém deve receber.

2.9 *Da alegada impossibilidade de relativizar a coisa julgada com base em declaração incidental de inconstitucionalidade feita pelo STF*

A Associação Requerida sustenta que não é possível relativizar a coisa julgada, pois a declaração de inconstitucionalidade do STF ocorreu em controle difuso, com efeito *inter partes*. Argumentou, assim, que não é toda declaração de inconstitucionalidade que retiraria a força executiva do provimento judicial, nos termos do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Mas apenas o controle concentrado de inconstitucionalidade.

De fato, os precedentes do STF que citei na presente decisão, reconheceram a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.935/87 em controle *concreto*, no julgamento de dois recursos extraordinários. Assim, a eficácia seria, *pro tanto*, apenas entre as partes. Não haveria eficácia *erga omnes*, a atingir toda a coletividade.

Não obstante essa característica, tenho que é possível, sim, negar eficácia à sentença fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF, mesmo em controle concreto.

Os motivos são dois.

Primeiro, podemos observar que o art. 741, parágrafo único, do CPC (isso se a relativização ocorresse com base neste preceito legal) *não limitou* a ineficácia da coisa julgada inconstitucional apenas às hipóteses de controle abstrato. A Lei 11.232/2005, que incluiu o art. 475-L e o § 1º e alterou o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil (originariamente incluído pela MP 2.180-35/2001), estabeleceu expressamente que:

Considera-se também inexigível (*rectius*: ineficaz) o título judicial (*rectius*: a obrigação) fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal.

Apesar da imprecisão terminológica da lei (ou o *título* é ineficaz, ou a *obrigação* é inexigível), observem que o enunciado legal NÃO exige que a declaração de inconstitucionalidade seja feita em sede de controle abstrato. O único pressuposto para a ineficácia da obrigação constante no título executivo judicial (sentença transitada em julgado) é a declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF. Nada mais. Não distinguiu se a declaração deve ser feita em controle abstrato ou se basta o controle concreto.

Os Professores Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria Lima acentuam que não há sentido em limitar a impugnação à coisa julgada tão-somente para hipóteses em que houver declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato. Nesse sentido, com muita propriedade e de forma muito pertinente ao presente caso, os citados professores consignam:

Muitos são os casos de leis que, mesmo inconstitucionais, nunca chegam ao crivo do STF em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Imagine-se o

caso da lei flagrantemente inconstitucional que vem a ser revogada antes de o STF julgar a ação de inconstitucionalidade. Jamais se obterá o pronunciamento da Suprema Corte a seu respeito, porque segundo jurisprudência assentada a revogação da lei prejudica a apreciação da arguição de afronta à Constituição. No entanto, em caso concreto, a lei inconstitucional foi aplicada e a sentença nela fundada se acha sob a força da coisa julgada. Seria absurdo recusar-se à parte o direito de excepcionar a nulidade do decisório, nos moldes do parágrafo único do art. 741 ou através de ação autônoma, somente porque o STF não chegou a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade gritante na espécie. A invalidade da lei e, conseqüentemente, da sentença que a aplicou, é irrecusável, e não pode deixar de ser reconhecida sob pena de colocar-se acima da Constituição um ato judicial. (cf. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 192.)

De igual modo, o eminente e culto Ministro Teori Albino Zavascki salienta que é indiferente, para fins de aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC, que o precedente do Supremo Tribunal Federal tenha sido cunhado no controle abstrato de constitucionalidade ou que o mesmo tenha sido tomado em controle concreto. Nesse sentido:

... Há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme tivemos oportunidade de mostrar em sede doutrinária.

[...]

Deve-se se aplaudir essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também

em outros países e que, entre nós, está conduzindo, no plano do direito infraconstitucional, ao reconhecimento da idêntica força de autoridade às decisões do STF, em qualquer circunstâncias processuais em que são proferidas. (cf. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 340-341.)

Coerente com o que afirma em sede doutrinária, o Ministro Zavascki decidiu no STJ que:

[É] Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado) [...] (REsp 803099/SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data do Julgamento 21/02/2006, DJ 06.03.2006 p. 253.)

Logo, essa questão parece-me superada no STJ.

2.10 Declaração de inconstitucionalidade em recurso extraordinário: efeito erga omnes ou inter partes?

Como segundo motivo, nota ressaltar que o sistema jurídico brasileiro passa, atualmente, por significativas modificações, no que tange ao valor do precedente jurisprudencial. Em nome da universalidade e da unicidade das decisões dos tribunais (que outra coisa não é senão a concreção do princípio da igualdade), busca-se a coerência da jurisprudência. Nesse contexto, não faz sentido negar eficácia a uma decisão do STF apenas porque foi proferida em controle concreto e não em controle abstrato. Quando muito, caberia – pela teoria clássica – a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF através de ato do Senado, nos termos do art. 52, X, da CF/1988.

Ocorre que o STF discute, nesse momento, se se deve condicionar a eficácia *erga omnes* a esse ato de mera documentação (resolução prevista no art. 52, X, da CR) ou se a decisão já contém integralmente essa eficácia, independentemente de manifestação do Senado.

Na Reclamação nº 4.335, em que é Relator o Ministro Gilmar Mendes, o STF encontra-se na iminência de decidir (o julgamento ainda não foi concluído) se é necessário comunicar ao Senado para que a decisão proferida pela Corte Suprema tenha eficácia *erga omnes*, mesmo que a decisão tenha sido proferida em controle incidental. O eminente e culto Ministro Gilmar Mendes destacou em seu brilhante e histórico voto que:

A não publicação pelo Senado de resolução que nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, suspenderia a execução da Lei declarada inconstitucional pelo Supremo não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica. (...) O Senado – explicou o Ministro Gilmar Mendes – não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. (...) Essa solução resolve, a meu ver, de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se assim também as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado e de outro, a visão doutrinária ortodoxa e, permitamos dizer, ultrapassada do disposto no artigo 52, X. (...) Diante desse entendimento, à recusa do juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco (AC) em conceder o benefício da progressão de regime nos casos de crimes hediondos, que há, portanto, desrespeito à eficácia da decisão do Supremo, eu julgo pro-

cedente a Reclamação para cassar essas decisões e determinar que seja aplicada a decisão proferida pelo Supremo.

Após pedir vista dos autos, o Ministro Eros Grau acompanhou o entendimento do Ministro Gilmar Mendes. Em seu também magnífico voto, o Ministro Eros Grau invoca a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) para concluir pela própria ineficácia do art. 52, X, da CF/1988. Votaram em sentido contrário os Ministros Sepúlveda Perence e Joaquim Barbosa. Em seguida, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista.

Muito embora a votação ainda não esteja concluída, vislumbra-se no STF a tendência de reconhecer a eficácia plena das decisões da Corte, mesmo em sede de controle concreto. E não poderia ser de outro modo, sob pena de comprometer a própria coerência do sistema normativo.

Imaginemos a hipótese em que o STF reconheça a inconstitucionalidade de uma lei mas, por um motivo qualquer (inadmissibilidade formal do recurso extraordinário ou revogação da lei, o que impede o controle abstrato nos termos da jurisprudência atual), a lei – manifestamente inconstitucional – continue produzindo efeitos. Mas não precisamos imaginar, porque esta é a situação dos autos. A Lei Estadual nº 3.935/87 foi revogada, o que impede o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. A assertiva de que, por essa razão, a decisão do STF não produz eficácia perante todos, atingiria a plenitude da decisão da Corte Suprema.

Conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes, em seu histórico voto, isso significa subtrair a “real eficácia jurídica” do próprio pronunciamento do STF. Se o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, então essa inconstitucionalidade deve ser aplicada em todas as situações.

Por todos os tribunais.

Essa característica é natural em todos os sistemas que prestigiam a coerência jurisprudencial. Não haverá consistência em um sistema jurídico se um tribunal puder julgar de forma contrária ao STF, mesmo com a identidade dos fatos substanciais da demanda.

2.11 *Da existência de precedente vinculante do STF: a ratio decidendi das Ações Diretas de Inconstitucionalidade*

Muito embora eu tenha citado dois fundamentos para justificar a ineficácia da sentença quando a inconstitucionalidade é pronunciada pelo STF em controle incidental (concreto), há, ainda, outro argumento a ser destacado, que supera, em muito, os já citados.

É verdade que o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.935/87 apenas em dois recursos extraordinários. Não obstante isso, *há, sim, precedentes vinculantes do STF sobre a matéria, em controle objetivo.*

Na ADI-MC 437/SC, Relator Ministro Celso de Mello, o STF decidiu que:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA - REAJUSTE DE VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PUBLICOS - PODER DE INICIATIVA - INDEXAÇÃO - VINCULAÇÃO AO CRESCIMENTO NOMINAL DO PRODUTO DA ARRECADADAÇÃO DO ICMS E AO IPC – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. Reveste-se de plausibilidade jurídica a arguição de inconstitucionalidade que invoca o princípio federativo e o postulado da divisão funcional do poder para impugnar leis estaduais que, além de estabelecerem disciplina de *reajuste dos servidores públicos* dos três poderes sem a observância da iniciativa respectiva, procedem a sua *vinculação ao Índice de Preços ao Consumidor (IPC), de índole federal*, e ao percentual de crescimento nominal do ICMS (ADI-MC 437/SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO,

Julgamento: 11/03/1991, TRIBUNAL PLENO, DJ 19-02-1993 PP-02031 EMENT VOL-01692-02 PP-00184).

No mesmo sentido:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2 Leis do Estado do Rio Grande do Sul e Resolução nº 2233, de 7.03.90, da Assembléia Legislativa do mesmo Estado. 3 Revogação das Leis nº 9.061, 9.062 e 9.063, todas de 1990. 4 Prejuízo parcial da ação. 5 *A Lei nº 9.064 e a Resolução 2.233, ambas de 1990, ao vincularem os vencimentos de servidores estaduais a índices fornecidos por órgãos e entidades federais, violam o princípio federativo e da autonomia dos Estados. 6 Precedentes. 7 Ação parcialmente procedente (ADI 303/RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 24/10/2002, Tribunal Pleno, DJ 14-02-2003 PP-00058, EMENT VOL-02098-01 PP-00019).*

Ainda nesse exato sentido, a *ADI 1064* (DJ de 26/9/1997) e a *ADI 464* (DJ de 19/12/1994).

Há, desse modo, decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidades que, por força da Lei nº 9.868/99 e do § 2º, do art. 102, da Constituição da República, com a redação dada pela EC 45/2004, *têm efeito vinculante*. Vejamos o texto legal:

Art. 28. *omissis*.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, *têm* eficácia contra todos e *efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Mas, poderíamos indagar, qual é a relação destes precedentes com o caso em julgamento? Os precedentes do

STF na ADI 437 MC e na ADI 303 – ações denominadas “objetivas” – referem-se, respectivamente, a leis dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Os precedentes não são específicos do Estado do Espírito Santo e não fazem menção à Lei nº 3.935/87. Então, perguntaríamos, como atribuir o efeito vinculante do julgamento do STF à Lei nº 3.935/87 do Estado do Espírito Santo?

A resposta a essa indagação parece-me clara e direta.

O *efeito vinculante* de uma decisão do STF encontra-se na *ratio decidendi* (Inglaterra), também chamada *holding* (USA), isto é, *nas razões de decidir*, nos fundamentos utilizados no julgamento. Essa é uma característica da teoria do precedente vinculante, fundada no postulado *stare decisis (et non quiescitur movere)*. Não há como falar em precedente *vinculante* sem compreender qual é a parte da decisão que vincula.

O que vincula não é o dispositivo – para isso já existe a coisa julgada –, mas *os fundamentos da decisão*. Em outras palavras, o que vincula é a *ratio decidendi* (ou *holding*). Para esclarecer essa característica, destaco as palavras sempre elucidativas do emérito Professor José Rogério Cruz e Tucci, na melhor obra sobre precedente judicial publicada no Brasil:

Bem é de ver que, pressupondo, sob o aspecto temporal, uma decisão já proferida, todo *precedente judicial* é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório (cf. Tucci, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12).

(...)

Assim, o *precedente*, para produzir eficácia vinculante, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo, ou seja, deve ser considerado um *precedent in point*. (*op. cit.*, p. 174).

(...)

A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.

Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: *a*) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); *b*) o raciocínio lógico-jurídico da decisão legal (*legal reasoning*); e *c*) o juízo decisório (*judgement*). (op. cit., p. 175).

Aceita essa premissa (inafastável), então podemos identificar com absoluta clareza a *ratio decidendi* das citadas ADIs: *a lei (qualquer uma) que fixa o reajuste dos servidores estaduais a índices federais é inconstitucional, por violar o princípio federativo.*

Vejamos, em detalhe, a composição da *ratio decidendi*, na estrutura apontada pelo Professor Cruz e Tucci: (i) fatos relevantes: vinculação do reajuste dos servidores estaduais a índices federais, que ocorreu em todos os precedentes do STF e na Lei Estadual nº 3.935/97; (ii) raciocínio lógico jurídico: a vinculação viola o princípio federativo; e (iii) juízo decisório: a lei é inconstitucional.

2.12 A referência irrelevante nas ADIs sobre a identificação específica da lei declarada inconstitucional: mero obiter dictum do precedente

A referência feita nas ADIs especificamente sobre a lei declarada inconstitucional é completamente irrelevante. Para tanto, cumpre diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dictum*. Nas palavras do Professor José Rogério Cruz e Tucci:

para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. *Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva.

Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, *passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia*. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como *precedente vinculante* em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão (*cf. Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.).

O teste é simples: se retirarmos o vocábulo “estadual” da expressão “vincular lei estadual a índice federal”, então a conclusão modificaria, pois não há inconstitucionalidade em vincular lei federal a índice federal. Logo, o vocábulo “estadual” integra a *ratio decidendi*. Porém, se retirarmos o número da lei que consta nas decisões das ADIs, *a conclusão permanece a mesma*. Nessa medida, o número da lei não é *ratio decidendi*, mas mero *obiter dictum*.

Nessa linha de raciocínio, é irrelevante a circunstância de as ADIs não terem declarado a inconstitucionalidade da Lei nº 3.935/87, do Estado do Espírito Santo, pois o que vincula, na declaração de inconstitucionalidade, é a *ratio decidendi*, que se encontra plenamente identificada nas ADIs, com inquestionável clareza.

A única conclusão possível é, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF nas citadas ADIs alcança a própria Lei nº 3.935/87 do Estado do Espírito Santo, independentemente de a referida lei haver sido

objeto de ADI, pois a *ratio decidendi* em todas as situações é a mesma.

A referência feita nas ADIs às respectivas leis estaduais consiste em mero *obiter dictum* e são irrelevantes, no que tange ao efeito vinculante das decisões do STF.

O STF já reconheceu ser cabível, inclusive, reclamação para preservar o efeito vinculante de suas decisões, mesmo quando *a norma declarada inconstitucional for diversa (obiter dictum)*, desde que – é óbvio – *as razões da decisão* (isto é, a *ratio decidendi*) sejam as mesmas. Nesse sentido:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. MÉRITO. ACÓRDÃO PARÂMETRO. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA DIVERSA DAQUELA CUJA APLICAÇÃO É INVOCADA PELOS RECLAMANTES. IDENTIDADE MATERIAL. CONHECIMENTO DA RECLAMAÇÃO. CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. EXIGÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL. CONSTITUCIONALIDADE AFASTADA PELAS DECISÕES RECLAMADAS. VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO NA ADI 3.460/DF. ATIVIDADE PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECLAMAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. AGRAVOS REGIMENTAIS PREJUDICADOS. 1 A decisão paradigma, proferida na ADI 3.460/DF, declarou a constitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tange à exigência, do Bacharel em Direito, de três anos de exercício de atividade jurídica. 2 *A norma afirmada inconstitucional pelas decisões reclamadas*, que regeu o concurso do Ministério Público do Estado do Pará, *possui idêntico conteúdo ao daquela declarada constitucional por esta Corte na ADI 3.460/DF, razão pela qual a presente Reclamação deve ser conhecida*. 3 As decisões reclamadas, ao questionarem a constitucionalidade da exigência de três anos de bacharelado dos candidatos ao

cargo de promotor, reservando vaga para candidatos que não haviam obtido o grau de bacharel no triênio anterior à nomeação, efetivamente afrontaram o que foi decidido no julgamento da ADI 3.460/DF. Procedência da Reclamação nesta parte. 4 Em relação às decisões reclamadas que reservaram vaga para duas candidatas que cumpriam o requisito temporal, embora as atividades por elas desempenhadas não fossem, no Estado do Pará, privativas de Bacharel em Direito à época da nomeação, não é possível vislumbrar afronta ao acórdão apontado como paradigma, tendo em vista particularidades dos respectivos casos concretos, sobre as quais não se pronunciou o Supremo Tribunal Federal naquele julgamento, que se deu em controle abstrato de constitucionalidade. 5 O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público vieram a considerar que os cargos ocupados pelas referidas candidatas, de oficial de justiça e de escrivã de polícia, preencheriam o requisito previsto no edital, tendo em vista as atividades por elas desempenhadas. Situação em que é impossível ao bacharel em Direito o exercício da advocacia, dada sua incompatibilidade com o cargo público ocupado. 6 Assim, por não ter cuidado diretamente das situações específicas verificadas nestas duas decisões, não há de se falar em afronta ao acórdão da ADI 3.460/DF. 7 Reclamação conhecida e julgada parcialmente procedente. 8. Agravos regimentais prejudicados (Rcl 4906/PA, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 17/12/2007, Órgão Julgador: *Tribunal Pleno* – O destaque não consta no original).

Nada há que se estranhar. Essa característica é natural da teoria do precedente vinculante. Não se pode falar em efeito vinculante, sem reconhecer a vinculação pela *ratio decidendi*. Logo, as declarações de inconstitucionalidade do STF nas ADI 303/RS, 1064/MS e 464/GO e a proferida na ADI-MC 437/SC *atingem plenamente* a Lei nº 3.935/87,

indiscutivelmente, por força da única parte dos precedentes que vincula, a saber, a *ratio decidendi*.

Portanto, não se trata de declaração *incidental* de inconstitucionalidade, mas de verdadeira declaração do STF em controle objetivo, com eficácia *erga omnes* e, acima de tudo, *efeito vinculante*.

2.13 Da violação ao princípio da segurança jurídica

Por fim, já abusando da paciência desta Corte, examino a alegada violação à segurança jurídica. Com o devido respeito, não vejo afronta ao princípio da segurança jurídica na relativização da coisa julgada. Em verdade, haverá violação à segurança jurídica se houver tratamento desigual para os servidores. Segurança jurídica significa “saber o que o Direito é”. Refere-se, desse modo, à “previsibilidade” e “uniformidade” do Direito, conforme esclarece Aleksander Peczenik (*cf. On law and Reason*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 1989). Em outras palavras, isso quer dizer que a conduta constante na norma jurídica deve ser *previsível* (para que se possa agir conforme a norma jurídica) e *uniforme* (para que TODOS possam agir do mesmo modo).

Não vejo violação à segurança jurídica em decidir conforme a decisão do STF. Muito ao contrário. *Vejo violação à segurança jurídica se decidirmos CONTRA a jurisprudência vinculante do STF*, contra o tratamento jurídico que foi dado em todo o País. Haverá manifesta insegurança jurídica se não aplicarmos o entendimento consolidado do STF.

Para mim, a segurança jurídica consiste em aplicar a Constituição, em seguir as decisões do STF. E o STF tem reconhecido a inconstitucionalidade dos reajustes dos servidores estaduais com base no IPC em incontáveis precedentes de diversos Estados.

Segurança jurídica é isso. É seguir a interpretação *constitucional* do STF.

2.14 *Dos honorários advocatícios*

Insta enfatizar que o vício de inconstitucionalidade, o qual autoriza a relativização da coisa julgada, não incide, necessariamente, sobre a integralidade do provimento jurisdicional. Nessa medida, o referido vício pode ser definido em cada caso de acordo com sua abrangência ou extensão e, assim sendo, delimitar a própria declaração de inexigibilidade da obrigação. (e.g. Eduardo Talamini).

Nesse sentido, se o vício de inconstitucionalidade incidir sobre apenas um capítulo da sentença e não sobre o inteiro teor da mesma, resta claro que a coisa julgada que qualifica a referida sentença inconstitucional não poderá ser integralmente relativizada, mas, exclusivamente, no que tange ao aludido capítulo viciado.

No presente caso, o vício de inconstitucionalidade incidiu, apenas, sobre o pedido principal, qual seja, concessão do reajuste previsto na Lei 3.935/87. Nessa medida, a inconstitucionalidade não alcança, em tese, uma suposta condenação em honorários advocatícios.

Não incide em qualquer inconstitucionalidade a remuneração do advogado pela atividade exercida, eis que, ante a prestação dos serviços, não se poderia negar o pagamento da remuneração sob pena de enriquecimento sem causa. Assim sendo, ante a inexistência de inconstitucionalidade quanto à condenação em honorários advocatícios, resta claro que a coisa julgada não poderia ser relativizada no que tange a esse capítulo da sentença.

Contudo, na hipótese de se afastar a condenação principal (fundada na lei inconstitucional), a condenação em honorários advocatícios perderá a liquidez, se foi feita em percentual a incidir sobre o valor principal (que não mais existe). Não preciso dizer que 20% (vinte por cento) de zero é... zero! Nesse caso, os honorários deverão ser liquidados, para que se fixe um valor coerente e congruente

com o serviço prestado, seguindo o critério estabelecido no § 4º, do art. 20, do CPC (eis que vencida a Fazenda Pública): por equidade. Portanto, eventual condenação em honorários advocatícios deve ser mantida, mas o valor deve ser novamente arbitrado, por apreciação eqüitativa, nos termos do § 4º, do art. 20, do CPC.

No presente caso, todavia, a presente discussão não detém pertinência alguma. O processo originário, no qual se formou a coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional, corresponde a um *mandado de segurança*, no qual não se admite condenação em honorários advocatícios. Nessa medida, como não cabe condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança nos termos das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, não há necessidade alguma de preservar honorários inexistentes.

3 DISPOSITIVO

Senhor Presidente, egrégio Tribunal.

Peço sinceras desculpas pelo alongado voto. Mas dada a complexidade do tema, o zelo dos advogados e a enorme repercussão que este precedente irá causar, não vejo como poderia solucionar a controvérsia de modo mais sucinto, sob pena de não responder aos argumentos dos ilustres advogados.

Ante o exposto, completamente convencido pelos argumentos que descrevi, *JULGO PROCEDENTE* o pedido inicial formulado pelo Estado do Espírito Santo para declarar a inexigibilidade da obrigação em razão da ineficácia do título executivo (acórdão) que, apesar de transitado em julgado, funda-se em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em conseqüência, *DESCONSTITUO* o precatório nº 200.970.000.523, expedido pela portaria nº 024/97 – E.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios.

É como voto.

Vitória – ES, 12 de junho de 2008 - SAMUEL MEIRA BRASIL JR, Desembargador

3.3.2 EMENTÁRIOS

3.3.2.1 AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO A CONCURSO. PREJUÍZO DECORRENTE DE PROVIMENTOS JURISDICIONAIS PROFERIDOS EM OUTROS FEITOS. IMPOSSIBILIDADE DE SE IMPUTAR ILEGALIDADE À CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- 1 Não se reputa ilegal a conduta da Administração que, em cumprimento a provimentos jurisdicionais proferidos em outros feitos, levam a preterição, e então prejuízo, de candidato que antes figurava entre os que lograram êxito em certame.
- 2 Conforme declina a jurisprudência do E. STJ, “não há violação a direito líquido e certo quando a não observância da ordem de classificação decorre do cumprimento de decisão judicial” (RMS 6741/RJ). (Agravo de Instrumento nº 024.07.900783-7, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Rel. Substituto Des. Raimundo Siqueira Ribeiro, Julgado em 18/12/2007, Publicado no DJ 21/01/2008).

3.3.2.2 CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PARA PROCURADOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INCONSTITUCIO-

NALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DES-
TE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMEN-
TO CAUTELAR DOS SERVIDORES PARA APU-
RAÇÃO DOS SUPOSTOS ILÍCITOS PRATICA-
DOS NA FASE INSTRUTÓRIA DA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

- 1 O foro por prerrogativa de função que estabele-
ce o Tribunal de Justiça como órgão competente
para julgar procuradores da Assembléia legislati-
va é inconstitucional, conforme posição firmada
em precedente desta Corte.
- 2 Muito embora já seja argumento suficiente para
manter a decisão atacada, no caso em espécie, a
ação civil pública possui natureza jurídica de ação
civil e não penal, o que afasta a aplicação do ins-
tituto jurídico do foro privilegiado.
- 3 O afastamento cautelar dos servidores públicos
do exercício de suas funções mostra-se necessá-
rio quando puder prejudicar a instrução processu-
al, devendo o magistrado que conduz o processo
determinar o momento em que não haverá mais
prejuízo ao interesse público, possibilitando oportu-
namente o retorno das atividades.
- 4 Recurso o qual se nega provimento.
(Agravado Interno nº 024.05.900004-2, Quarta Câ-
mara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Mignone,
Rel. Substituto Des. Abgar Torres Paraíso, Julga-
do em 12/02/2008, Publicado no DJ 11/03/2008).

3.3.2.3 CIVIL/PROC. CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DE NOMEAR A PENHORA DIREITO CREDITÍCIO

ORIUNDO DE PRECATÓRIO. GRADAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E PELO CPC RELATIVA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO ORIUNDO DE PRECATÓRIO JUDICIAL EM VIRTUDE DA DECISÃO PLENÁRIA DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- 1 O Colendo Superior Tribunal entende que a gradação estabelecida no artigo 11 da Lei nº 6.830/80 e no artigo 656 do Código de Processo Civil tem caráter relativo, por força das circunstâncias e do interesse das partes de cada caso concreto, sendo admitida a nomeação à penhora de crédito oriundo da própria Fazenda Estadual consubstanciado em precatório. 2 Ocorre que se a Lei que originou o precatório foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a obrigação é inexigível, nos termos do parágrafo único, do art. 741, do CPC, e o precatório não pode ser objeto de penhora. Precedentes. 3 Independentemente do trânsito em julgado da decisão que afastou os efeitos da coisa julgada em relação ao precatório nº 200.990.000.362, e principalmente tendo em vista que os recursos às instâncias superiores possuem efeitos meramente devolutivos, os créditos oriundos do referido precatório, cujo pagamento está suspenso, são inaptos para garantir a execução fiscal movida em face da agravante. 4 Além disso, a norma estadual que permitia a cessão de créditos oriundos de precatório teve sua eficácia

suspensa pelo STF (ADI-MC nº 2099/ES), sendo posteriormente revogada, de sorte que a própria cessão creditícia carece de sustentação legal. 5 A finalidade precípua do processo de execução é a plena satisfação do crédito exequendo, e, em que pese o fato do mesmo ter que se processar de forma menos gravosa para o executado, a penhora deve necessariamente garantir o crédito exequendo, o que não se verifica com a nomeação à penhora dos direitos creditórios que foram cedidos ao executado oriundos dos precatórios desprovidos de base legal e declarados, previamente, pelo Poder Judiciário local, carentes de certeza e exigibilidade. 7 A decisão recorrida está em consonância com remansosa jurisprudência deste Egrégio Tribunal, que, pelo menos nos últimos dois anos, sem qualquer precedente contrário, com exceção de alguns respeitabilíssimos votos divergentes (vencidos), inadmitiu a nomeação à penhora de direito de crédito oriundo de precatório judicial decorrente da trimestralidade. 8 Recurso conhecido e PROVIDO.

(Agravado de Instrumento nº 47079000148, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Raimundo Siqueira Ribeiro, Julgado em 19/02/2008, Publicado no DJ 17/03/2008)

3.3.2.4 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. UNIÃO E ESTADOS. ALC 282/04 EXTRAPOLOU OS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA, EM CASOS COMO O PRESENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- 1 A LC 282/04 extrapolou os limites de sua competência, especificando algo no âmbito local que não foi tratado pelo legislador no âmbito federal, sendo, neste particular, ilegal. A norma estadual criou uma outra categoria de pessoas cuja previsão não guarda sintonia com as regras do regime geral de previdência social, a qual determina que a idade limite para o recebimento do benefício em comento seria 21 (vinte e um) anos e não 18 (dezoito) anos, como pretende a legislação estadual 2 O Supremo Tribunal Federal, na ADI 2311 MC/MS, interpretando o dispositivo antes citado, afirmou que “a competência concorrente dos estados em matéria previdenciária, não autoriza se desatendam os fundamentos básicos do sistema previdenciário, de origem constitucional. 3 O STF, com fulcro na Lei nº 9.717/98, estabelece que os regimes próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no regime geral da previdência social, de que trata a Lei nº 8.213/91. Como o artigo 16 da Lei nº 8.213/91 estipula que são beneficiários do regime geral de previdência social, na condição de dependentes, os filhos, de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos de idade ou inválidos, não é possível que os regimes próprios estendam o benefício até a idade de 24 (vinte e quatro) anos ou conclusão do ensino superior. A competência concorrente dos estados em matéria de previdência não autoriza os mesmos a desatenderem os fundamentos básicos do sistema previdenciário, de origem constitucional 4 Recurso conhecido e desprovido.

(Agravo de Instrumento nº 24079009692, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Raimundo Siqueira Ribeiro, Julgado em 19/02/2008, Publicado no DJ 17/03/2008).

3.3.2.5 TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS E DOCUMENTOS FISCAIS. EMPRESA DESTINATÁRIA COM INSCRIÇÃO ESTADUAL SUSPensa. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE PROVA DA DETERIORAÇÃO DAS MERCADORIAS RETIDAS. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

- 1 A apreensão das mercadorias e respectivos documentos fiscais relativos à comercialização havida com empresa que está com sua inscrição estadual suspensa em decorrência de infração legal revela a legalidade do procedimento administrativo questionado na hipótese. Inteligência do art. 635, inciso XI, do RICMS/ES, e do art. 787, inciso III, alínea c, do mesmo diploma legal, notadamente em razão do disposto no art. 37, *caput*, da CF/88, que se refere ao princípio da legalidade que norteia os atos da Administração Pública.
- 2 Na hipótese, não se aplica a matéria resumida pela Súmula 323, do excelso STF, vez que não se trata de ato coercitivo para pagamento de tributo.
- 3 Não há que se falar em violação ao livre exercício de atividade econômica previsto no art. 170, da CF, haja vista que a hipótese retrata atividade comercial viciada por ilicitude consistente no negócio jurídico havido entre a apelante e a empresa-con-

tribuinte DES Distribuidora Ltda., que se encontra com sua inscrição estadual suspensa, impedida de realizar a prática comercial.

- 4 Não há como deferir o pedido de liberação das mercadorias apreendidas, vez que a impetrante não trouxe aos autos prova da deterioração ou armazenagem inadequada, deixando de comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, consoante exige o art. 333, inciso I, do CPC, tornando-se incabível a concessão da segurança, na forma do art. 5º, LXIX, da CF/88, e do art. 1º, da Lei nº 1.533/51.
- 5 Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida. (Apelação Cível nº 024.03.012305-3, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Arnaldo Santos Souza, Julgado em 27/02/2008, Publicado no DJ 25/03/2008).

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica etc.

Todo trabalho será passível de revisão lingüística, formal e metodológica, pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em conseqüência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as idéias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 200____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.