BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237-4515

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JULHO/AGOSTO 2010

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - B. CEPGE v. 34 - n. 4 - julho/agosto 2010

Sumário

Editorial
Procuradoria Regional de Campinas 157

Cursos e Eventos
Cursos do Centro de Estudos 159
Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado 159
Eventos em parceria com outras instituições 160

Peças e Julgados
Responsabilidade do Estado – Indenização por Morte em Dependências Prisionais. Ausência de Demonstração da Falta ou Omissão do Serviço Público. Improcedência 163

Pareceres
Registro de Contrato Social – Sócio Estrangeiro. Administração da Sociedade. Exigência de Residência Permanente. Tratado Mercosul 177
Registro de Contrato Social. Instituição de Usufruto de Quotas do Capital Social em Favor de Terceiro. Ato que Institui Usufruto e o Converte em Aquisição das Próprias Quotas. Impossibilidade do Registro 181

Doutrina
Controle de Constitucionalidade – Visão Geral 185

Ementário
Consultoria 201
Administrativo 205
Tributário 211

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado
Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo

Procurador Geral do Estado Adjunto
Marcelo de Aquino

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Carmen Lúcia Brandão

Subprocuradora Geral da Consultoria
Rosina Maria Euzebio Stern

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Ary Eduardo Porto

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal
Eduardo José Fagundes

Procurador do Estado Corregedor Geral
José Luiz Borges de Queiroz

Procuradora do Estado Ouvidora Geral
Flávia Cherto Carvalhaes

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristiana Correa Conde Faldini, Daniela Fernandes Anselmo Gonçalves Rodrigues, Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas, Flávia Cherto Carvalhaes, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra, Jacqueline Zabeu Pedroso, Jaques Lamac, José Luiz Borges de Queiroz, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosely Sucena Pastore, Tatiana Gaiotto Madureira, Vera Lúcia Gonçalves Barbosa, Virgilio Bernardes Carbonieri e Wladimir Ribeiro Júnior.

Conselho da PGE

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, Rosina Maria Euzebio Stern, Ary Eduardo Porto, José Luiz Borges de Queiroz, Eduardo José Fagundes, Marcos Mordini, Marcelo de Carvalho,Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Antonio Augusto Benini, Clayton Eduardo Prado, Daniel Smolentzov, Fernando Franco, Rogério Pereira da Silva e José Renato Ferreira Pires.

Centro de Estudos

Procurador do Estado Chefe
Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria
João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-Diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Celso Luiz Bini Fernandes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner eTatiana Capochin Paes Leme

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, procurador responsável José Luiz Souza de Moraes, Rua Pamplona, 227, 4º andar, CEP 01405-902 – São Paulo, SP, Tel. (11) 3286-7020, servicodedivulgacao@pge.sp.gov.br.

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
sac@imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 1.800 exemplares

As colaborações poderão der encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Procuradoria Regional de Campinas

A Procuradoria Regional de Campinas está localizada em uma importante região econômica, um dos principais polos tecnológicos, industriais e petroquímicos da América Latina, base de pesquisa e desenvolvimento tecnológico nacional, sede de algumas das principais instituições de pesquisa do país, responsável por 18% do PIB estadual e, embora 90% de sua população, estimada em 6 milhões de habitantes, se concentre em áreas urbanas, é também referência na produção agropecuária, com fortes vínculos produtivos com complexos agroindustriais, destacando-se as culturas de cana-de-açucar e laranja, a criação de gado e frango, a olericultura, a fruticultura e plantas ornamentais.

Sua área territorial abrange 27 mil km² e compreende 76 municípios, com características completamente diferentes, que vão desde os grandes e movimentos centros industriais de Campinas, Americana e Jundiaí, até as pacatas estâncias turísticas do circuito das águas. São 47 comarcas e varas distritais dispostas em um raio de até 140 km da sede da Regional, sendo Campinas ainda a sede do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Tudo isso se revela em um número expressivo e crescente de processos em andamento: são 23.000 processos da banca judicial (acompanhados na 1ª instância e no TRT/15) e cerca de 120 mil execuções fiscais, destinadas à recuperação ao erário de mais de R$ 4,8 bilhões de crédito público inscrito na dívida ativa.

Essa é a realidade com a qual precisamos lidar. Mas posso afirmar que hoje a Procuradoria Regional de Campinas está preparada para o desafio, sobretudo em razão das transformações pelas quais passa a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e que refletem diretamente no serviço de nossa Unidade.

E, neste ponto, cumpre destacar a criação da Coordenadoria Trabalhista, perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Resolução PGE n. 2/2010), o que permitirá um tratamento uniforme e eficiente das ações trabalhistas no âmbito desse Tribunal, além de propiciar a orientação e apoio a todas as Procuradorias Regionais, com vistas à especialização na matéria – que experimentou notável crescimento, com a assunção das autarquias –, a uniformização de teses, posturas e procedimentos.

O aumento do quadro de procuradores e o preenchimento desse quadro após o término do concurso de ingresso permitirá, finalmente, a plena especialização das bancas e sua reorganização em nossa Regional.

Houve uma melhora significativa em nossa estrutura, revertendo um quadro de desorganização que decorria, sobretudo, do pequeno número de servidores e procuradores. Nos últimos quatro anos, tivemos uma recomposição do quadro de servidores da Regional da ordem de 40%, culminando em 42 funcionários motivados para o imenso trabalho administrativo, auxiliados por 13 estagiários de nível médio, antes inexistentes.

Para abrigar os novos funcionários e procuradores, a Regional de Campinas ampliou significativamente seu espaço físico, com a locação de novos prédios para as Seccionais de Matéria Fiscal, Limeira e Bragança Paulista.

Visando conhecer a realidade das bancas, realizou-se, durante todo o ano de 2009, um hercúleo trabalho de saneamento de processos, resultando no arquivamento definitivo de cerca de 4.000 expedientes administrativos e o cadastramento eletrônico de mais de 15.000 ações.

Tudo isso propiciou que a implantação do Sistema PGE.net em nossa regional se desse de forma organizada e sem atropelos, e permitiu que enfrentássemos a árdua tarefa de cadastramento e digitalização de nosso acervo. Não tenho dúvidas que o Sistema PGE.net é a ferramenta que faltava para a gerenciamento e planejamento da atuação da Procuradoria na defesa do Estado em juízo.

Há muitos desafios, mas no horizonte vislumbram-se conquistas e realizações.

Resta agradecer ao Doutor Jivago Petrucci, de quem tive a honra de ser assistente, e a quem devemos o trabalho incessante pela estruturação e valorização de nossa unidade, e também ao Gabinete do Doutor Marcos Nusdeo, que compreendeu desde o início de sua gestão a situação vivenciada pela Regional de Campinas e jamais se furtou de buscar soluções para os problemas enfrentados, não medindo esforços na realização das conquistas ora relatadas.

FABRIZIO DE LIMA PIERONI
Procurador do Estado
Respondendo pelo Expediente da Regional de Campinas

Cursos do Centro de Estudos

14 e 23.07 – *Workshop* Medicamentos, realizado nos auditórios da Escola Superior da PGE.

30.07 – Treinamento Procedimentos Afetos à Coordenadoria de Recuperação de Ativos, realizado no auditório do Centro de Estudos.

03.08 – Encontro de Procuradores de Execução e Precatórios, realizado no auditório da Escola Superior da PGE.

13, 17, 20, 23, 25 e 27.08 – Treinamento para servidores da Secretaria da Saúde para utilização do CADIN, realizado no auditório da Escola Superior da PGE.

Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado

04.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual: Processo de conhecimento II. Processo e procedimento. Direito e processo.

05.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual: Execução. Título executivo. Tutela jurisdicional executiva.

06.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado: Mesa de Debates – O Estado Democrático de Direito e o Princípio Republicano na Constituição Federal de 1988.

11.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual: Processo de conhecimento II. Debate: O processo de conhecimento no anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

12.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual: Execução para entrega de coisa. Execução de deveres de fazer e de não fazer.

13.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado: Direitos fundamentais individuais. Artigo 5º da Constituição Federal – controvérsias atuais.

18.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual: Pedido e causa de pedir. Providências preliminares.

19.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual: Ação de execução. Liquidação de sentença.

20.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado: Direitos fundamentais individuais – questões polêmicas – direito à vida, biodireito, direito à privacidade.

25.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual: Pressupostos processuais e condições da ação. Competência. Citação.

27.08 – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado: Mandado de segurança.

Eventos em parceria com outras instituições

02, 03, 04 e 05.08 – Curso Contratos Administrativos, promovido pela Fundação para o Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

05, 06, 19 e 20.08 – Curso A Arte do Feedback, promovido pelo Centro de Estudos e ministrado pela Starcoach Desenvolvimento de Talentos (2 turmas).

09 e 10.08 – Curso Recepção de Materiais, promovido pela Fundação para o Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

09, 10, 11 e 12.08 – 8ª Semana Jurídica do TCESP – Gestão Fiscal Responsável, promovido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

10 e 11.08 – Curso Formação e Preços, promovido pela Fundação para o Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

11 e 12.08 – 2° Congresso Sul-Americano de Direito do Estado, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público.

18, 19 e 20.08 – VI Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público.

23 e 24.08 – Curso Formação de Pregoeiros, promovido pela Fundação para o Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

25.08 – Treinamento sobre Gestão dos Estagiários, promovido pelo Centro de Estudos e ministrado pelo Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE).

30 e 31.08 – II Seminário Terceiro Setor e Parceiras na Área da Saúde, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Público.

Responsabilidade do Estado – Indenização por Morte em Dependências Prisionais. Ausência de Demonstração da Falta ou Omissão do Serviço Público. Improcedência

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Tupã

Autos n. 206/2007
Ação de reparação de danos

A Fazenda do Estado de São Paulo, por seu procurador do estado que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de vossa excelência, nos autos da demanda indenizatória movida por Elaine Pereira Lima, Jhonathan William Lima dos Santos e Jhoana Vitória Lima dos Santos, apresentar contestação à pretensão inicial, expondo e requerendo o quanto segue:

Na petição inicial, os autores alegaram, em síntese, que no dia 10.03.2002, Nelson Raimundo dos Santos, convivente da primeira e pai dos outros dois, faleceu no Hospital Heliópolis, em São Paulo. Nelson encontrava-se preso na Cadeia do Primeiro Distrito Policial de São Caetano do Sul e, na data mencionada, em decorrência de uma rebelião de presos, sofreu ferimentos causados por faca, os quais causaram o falecimento. A morte de Nelson é produto de negligência da Administração Pública, que tem a responsabilidade objetiva de indenizar a família. Têm direito a indenização por danos morais e danos materiais (renda mensal) pelo falecimento do convivente e genitor que trabalhava na rua. Concluíram pedindo a condenação da Fazenda ao pagamento de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de dano moral e de um salário mínimo para cada um, a título de dano material (pensão mensal vitalícia). Postularam ainda a concessão de tutela antecipada da pensão mensal requerida.

PRELIMINARMENTE

I – Ilegitimidade ativa

Elaine Pereira Lima é parte ilegítima para a presente causa.

Com efeito, embora na inicial ela afirme que era companheira do Senhor Nelson Raimundo dos Santos, os próprios elementos probatórios que acompanharam a petição revelam que Nelson era solteiro.

Não há nos autos qualquer elemento que ampare a cogitada união estável (art. 1.723 do CC), daí por que é inevitável reconhecer-se que, sem essa certeza (comprovação cabal de que realmente era companheira – juridicamente falando – do falecido), não se pode admitir que Elaine, em nome próprio, postule indenização por conta do falecimento de Nelson, pai de seus filhos, que são os dois outros autores desta demanda.

No tocante à legitimidade dos dois outros autores, os documentos de fls. deixam devidamente patenteada tal situação, haja vista que atestam sua filiação em relação a Nelson.

Assim sendo, requer-se seja determinada a exclusão de Elaine do processo, por força de sua ilegitimidade ativa para postular o direito invocado na petição inicial.

II – Prescrição

Ainda que não se reconheça a ilegitimidade ativa da autora Elaine, o que se admite apenas para argumentar, o pedido inicial, no que lhe diz respeito, sequer poderá ser apreciado, em razão da prescrição que já fulminou sua correspondente pretensão.

Isso porque, tendo o alegado fato danoso (morte de Nelson) ocorrido em 10 de março de 2002, a demanda deveria ter sido proposta até no máximo 12 de janeiro de 2006.

Explica-se:

Antes de entrar em vigor o atual Código Civil, o prazo para propositura de pretensão indenizatória contra a Fazenda Pública – como cediço – era de cinco anos. O Código Civil vigente reduziu o prazo para ajuizamento de qualquer pretensão de reparação civil para três anos, como se depreende do estatuído no artigo 206, parágrafo 3º, inciso V.

Desse modo, e tendo em vista o disposto no artigo 2.028 do mesmo Código ("Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada"), a demanda deveria ter sido aforada no máximo

até 12 de janeiro de 2006, vale dizer, no máximo até três anos após a entrada em vigor do novo Código Civil.

A propósito, oportuna a transcrição do seguinte comentário ao artigo 2.028 feito por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "*Prazo diminuído pela lei nova. Menos da metade*. Quando tiver decorrido menos da metade do prazo de prescrição regulado pelo CC/1916 (ou por lei extravagante) e esse mesmo prazo tiver sido diminuído pela lei nova (CC/2002), aplica-se a regra da lei nova, a partir de sua vigência (12.01.2003), desprezando-se o tempo que já tinha fluído sob a égide da lei revogada."[1]

Fora de dúvida, destarte, que restou prescrita a pretensão no que tange à autora Elaine.

Quanto aos outros dois autores, considerando que são menores absolutamente incapazes, não fluiu o prazo prescricional, nos termos do estatuído no artigo 198, inciso I, do Código Civil.

Isso posto, requer-se seja reconhecida a prescrição quanto à autora Elaine, fundamentando-se a decisão no disposto no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Mérito

Superando-se as preliminares supra-arguidas – o que não se espera –, quanto aos pedidos formulados pelos outros dois autores, a demanda deverá ser julgada integralmente improcedente.

I – Ausência de responsabilidade do Estado

Conforme consta da inclusa cópia do relatório do inquérito policial instaurado para apurar o homicídio praticado contra Nelson Raimundo dos Santos:

> "No dia 9 de março de 2002, presos recolhidos na Cadeia Pública desta delegacia, rebelaram-se, invadindo as celas onde se encontravam os presos do 'seguro'. No momento da rebelião, vários detentos agrediram a vítima Nelson Raimundo dos Santos, com golpes de objetos pontiagudos, imitando facas. Embora tenha sido socorrido no Pronto Socorro Municipal, Nelson acabou falecendo."

Consta ainda nesse documento que "Leandro Paulo da Silva, em seu depoimento, disse que observou que aproximadamente sete detentos, encapuzados,

[1] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.047.

agrediram com pedaços de pau e estiletes Nelson Raimundo dos Santos. Informa ainda que ouviu um dos agressores dizendo a policiais civis que estavam do lado de fora da cadeia 'isso é treta pessoal de preso' ... 'treta da rua'."

Ora, como se vê, Nelson Raimundo dos Santos foi assassinado por outros presos, e certo que se instaurou inquérito policial para apurar esse delito (*homicídio*). Não foi nenhum agente do Estado quem causou esse óbito, mas sim outros detentos que, segundo consta, assim agiram em virtude de problemas pessoais relativos a convivência fora da cadeia ("'treta pessoal de preso' ... 'treta da rua'").

A Fazenda Estadual não pode ser responsabilizada pelos eventuais danos advindos desse fato, visto que não foi conduta de agente seu que provocou a morte de Nelson Raimundo, pai dos dois autores legítimos para a causa. Não há, outrossim, demonstração do indispensável nexo de causalidade entre o evento danoso e comportamento da Administração Pública.

É infundada a pretensão de responsabilizar o Estado por supostos danos que não foram gerados por atos dele. Com efeito, consoante se pode verificar da análise dos autos, inclusive das inclusas cópias do inquérito policial, o evento em discussão decorreu de *condutas ilícitas de terceiros*, ou seja, de ações perpetradas por outros detentos que, aproveitando-se de tumulto gerado em rebelião, e utilizando-se de estiletes fabricados na própria cadeia, desferiram golpes contra Nelson, ocasionando ferimentos que levaram à sua morte.

Ora, sendo a causa do evento conhecida e considerando que os autores do fato são *estranhos aos quadros da Administração estadual*, parece-nos juridicamente impossível buscar-se a responsabilização civil do Estado pelos supostos danos ocasionados.

A conduta dolosa praticada pelos terceiros retrorreferidos constituiu-se na verdadeira causa geradora dos pretensos danos, de modo que não há nexo de causalidade em relação a conduta da Fazenda Estadual, certo que, como cediço, ato de terceiro é equiparado às hipóteses de força maior e de caso fortuito, configurando autêntica e legítima excludente de responsabilidade civil.

A respeito, Carlos Roberto Gonçalves assevera que:

> "Quando, no entanto, o ato de terceiro é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. Melhor dizendo, somente quando o fato de terceiro se revestir dessas características, e, portanto, equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador direto do dano."[2]

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 509.

De obtemperar, por oportuno, que, no tocante à responsabilidade civil estatal, o ordenamento jurídico nacional não adotou a teoria do risco integral, mas sim a doutrina do risco administrativo, de acordo com a qual o Poder Público, para eximir-se do dever de indenizar, pode alegar e demonstrar a culpa da vítima, a força maior, o caso fortuito e o fato de terceiro.

Para que a Administração Pública seja responsabilizada, deve-se apurar se os seus agentes, de alguma forma, adotaram condutas que provocaram a ocorrência do evento danoso, seja de forma positiva (ação), seja de forma ilegalmente negativa (omissão culposa). No caso em análise, como está claro, o evento não é fruto de comportamento de agentes públicos, sendo produto de ato ilícito (crime) perpetrado por terceiros que não são servidores da Fazenda Estadual.

O parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal estatui que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus *agentes, nessa qualidade, causarem* a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa" (destacamos).

Como se vê, a Constituição não estabelece que o Estado é responsável por atos danosos cometidos por pessoas estranhas ao seu quadro de agentes. O legislador constituinte, ao elaborar tal norma, teve o manifesto intuito de responsabilizar o Poder Público nas hipóteses de danos *causados por seus agentes*. Segundo lição de Hely Lopes Meirelles:

> "O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o artigo 37, parágrafo 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. *Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação de seus servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares*."[3] (destacamos).

A Administração Pública não pode ser responsabilizada pelos ilícitos cometidos por terceiros, sob pena de inviabilizar-se a própria existência do Estado, cujas receitas jamais bastariam para atender às indenizações dos danos ocorridos.

Ademais, *in casu*, não há como se afirmar que a atividade/inatividade ou falha da Administração constituiu-se na *causa* dos danos sofridos pelos autores. Não está demonstrado que ação ou omissão dos agentes públicos tenha gerado o desencadeamento do resultado danoso. Não há demonstração inequívoca de que houve, no caso concreto, efetiva falha no funcionamento da máquina da Admi-

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros. p. 616.

nistração Pública. Busca-se a aplicação da teoria do risco integral, inegavelmente *não* acolhida pelo ordenamento jurídico nacional no que diz respeito à responsabilidade civil estatal.

A propósito, destaca-se recente julgado:

> "Responsabilidade Civil do Estado – Indenização – Morte de cidadão em via pública em consequência de assalto – Impossibilidade de se acatar a tese do risco integral – Ausência de demonstração da falta ou omissão do serviço público – Verba indevida. A tese da irresponsabilidade do Estado já foi proscrita nas legislações na grande maioria das nações, haja vista que a culpa, existente no direito privado, ganhou novos domínios, fazendo com que a responsabilidade dos Estados, prevista nos Códigos, passasse a integrar o texto constitucional, como ocorreu no Brasil, não se podendo, porém, aceitar a tese do risco integral, gerador de brutalidades, capaz de levar a abusos e iniquidades. O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros. O Estado somente poderá ser responsabilizado se a vítima demonstrar a falta de serviço ou a omissão dos agentes públicos, não bastando meras referências acerca do abandono da cidade. O julgador somente pode adotar a analogia em caso de omissão da lei." (*Revista dos Tribunais*, v. 738, p. 394-396)

Na hipótese em exame, não se pode afirmar que a atuação do Estado foi negligente, incompatível com as possibilidades de efetiva e absoluta preservação da integridade física de cada pessoa recolhida na cadeia. Na realidade, como se observa facilmente do conjunto dos elementos de instrução, não lhe foi possível impedir o evento danoso, gerado por ação humana alheia. A situação também não era previsível e decorreu, como visto, de repreensível contenda de presos. A propósito, cumpre ponderar que não há qualquer registro de reclamação do falecido Nelson, no sentido de que estaria sofrendo ameaça; não houve qualquer pedido de proteção, ou sequer comunicação a respeito de possíveis agressões que poderia vir a sofrer, a fim de que a Administração, ciente, tomasse as providências cautelares cabíveis para evitar o evento. Não há omissão, culpa estatal, nessa conformidade.

O Estado, através de seus agentes, não tem como estar, mesmo dentro da cadeia, em cada metro quadrado e o tempo todo, ao lado de cada detento, prevendo e evitando fatos antijurídicos a serem praticados pelas pessoas que estão presas. E, como cediço, o crime geralmente é praticado em fração de segundo, de maneira que nem a circunstância de agentes estatais estarem bem próximos às pessoas envolvidas assegura o não cometimento de infrações.

Importante repetir que, *in casu*, os carcereiros sequer foram previamente acionados, avisados da possibilidade do cometimento do ilícito penal em questão.

Os responsáveis pelo fato (crime) narrado na inicial, causadores do suposto dano sofrido pelos autores, são pessoas estranhas ao Estado, não sendo, pois, razoável exigir-se deste a correspondente indenização. De outra parte, a

responsabilidade por omissão genérica implicaria na concepção *irreal* do Estado onipresente, onipotente e onisciente, único responsável pela absoluta garantia da segurança das pessoas, em cada metro de seus estabelecimentos e em cada fração de segundo de todos os dias. Embora seja mesmo um ideal, na prática é inexequível – e, diga-se, em qualquer lugar do mundo.

Não houve, à evidência, nexo de causalidade entre ação/omissão da Administração Pública e o resultado danoso, muito menos conduta culposa, negligente, dela, restando descaracterizada a pretendida responsabilidade estatal. Também não se caracterizou omissão culposa dos agentes públicos: como já salientado, o homicídio ocorreu em circunstâncias totalmente imprevisíveis e inevitáveis em relação ao Estado, após deflagração de rebelião, não tendo ocorrido falha ou falta do serviço ou ainda culpa anônima.

Em outras palavras, se a Administração Estadual se viu impossibilitada de dar cumprimento à sua obrigação de manter a integridade física do pai dos autores, e isso em razão do agir imprevisível e irresistível daqueles algozes, desaparece o dever de indenizar, já que ausente qualquer *ilicitude* a embasar sua responsabilidade pelo evento dito danoso.

Nessa esteira, também não vale acenar com a norma inserta no artigo 5º, inciso XLIX, da Carta Federal – segundo a qual *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral* – para daí sacar apressada e equivocada responsabilidade estatal pela morte do *de cujus*.

Ora, o fato de alguém estar cumprindo pena em estabelecimento prisional, sob vigilância do Estado, não lhe confere qualquer seguro de vida – aliás, gritante despautério jurídico.

O direito à integridade física é de conteúdo genérico e aplica-se indistintamente a todas as pessoas, estejam ou não encarceradas. Imaginar o contrário é encarecer a vida de um preso mais do que a vida de um cidadão livre, raciocínio esse que não só avilta o bom senso, como também aniquila a justiça e a igualdade entre as pessoas.

Dentro desse contexto, se imaginarmos que a morte de qualquer pessoa em via pública, em razão, por exemplo, de agressões físicas de um criminoso, não rende qualquer responsabilidade do Estado, mas tão só daquele que agrediu, de igual forma a morte do pai dos autores não pode ser creditada ao erário.

Tem-se, pois, que o preceito inserto naquele inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal apenas inibe a atuação do Estado, vedando que seus agentes perpetrem qualquer ofensa física ou moral aos presos, o que, aliás, não representa qualquer inovação no ordenamento jurídico pátrio (arts. 38 do CP e 40 da Lei de Execuções Penais).

Assim, não há como buscar extrair daquele dispositivo constitucional qualquer responsabilidade adicional imposta à Administração, no sentido de conferir aos presos verdadeiro seguro de vida, como se pudessem eles possuir um benefício superior aos demais cidadãos.

A demanda é, pois, integralmente improcedente, não sendo possível afirmar que os prejuízos reclamados são efeitos de ação ou omissão do Estado de São Paulo, ou de agente seu atuando nessa qualidade.

II – Ausência de danos

Não bastasse, cumpre salientar que os alegados danos não passam de meras suposições.

II.a – Danos materiais

É sabido que o dano material é apurado tendo em vista os danos emergentes e os lucros cessantes, ou seja, é apurado considerando-se o que o lesado efetivamente perdeu e aquilo que razoavelmente deixou de ganhar.

Quanto aos alegados lucros cessantes, cuja indenização se postula mediante pagamento de pensão mensal, não há a mínima demonstração de sua real ocorrência. Eles estão baseados em meras conjecturas, ao passo que, para a caracterização e reconhecimento de tal prejuízo material, deveriam restar evidenciadas as reais probabilidades de ganho patrimonial.

Assim sendo, os danos materiais, lucros cessantes, ficaram apenas no plano hipotético, não autorizando, pois, a imposição da obrigação de indenizar. Sobre a matéria, ensina Rui Stoco:

> "O dano deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação.
>
> (...)
>
> As perdas e danos constituem matéria de prova, inclusive envolvendo assessoria técnica consubstanciada em sede pericial, não bastando meras alegações. Claro que as circunstâncias podem até indicar como indício que tenham ocorrido possíveis prejuízos. Mas isso não basta. Para que subsista a obrigação indenizatória há que existir o dano comprovado, que constitui a condição essencial para aquela."[4].

Também apreciando o tema, conclui Carlos Roberto Gonçalves:

> "O requisito da 'certeza' do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto assim que, na apuração dos lucros, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva

[4] STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 503-506.

que resulte do curso normal das coisas, como se infere do advérbio 'razoavelmente', colocado no artigo 1.059 do Código Civil ('o que razoavelmente deixou de lucrar'). Tal advérbio não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo)."[5]

Nesse sentido:

"Indenização – Perdas e danos – Ausência de comprovação cabal de prejuízos aferíveis economicamente – Dano hipotético que não justifica a reparação – Ação improcedente – Recurso não provido." (TJSP – 13ª C. – Ap. – Rel. Ney Almada – j. 27.04.1989 – *RJTJSP* 120/175).

"Para constituir o título indenizatório, o pressuposto necessário e imprescindível é a demonstração do dano, seja por responsabilidade por ilícito ou contratual." (TJSP – 1ª C. – Ap. – Rel. Octávio Stucchi – j. 14.12.1982 – *RT* 575/133 – Ementa não oficial).

"Se não se comprovam as perdas e danos durante a ação, não pode esta vingar. Só se apuram em execução quando evidenciados na ação." (TJSP – 5ª C. – Ap. – Rel. Silva Costa – j. 30.05.1985 – *RTJSP* 97/225).

"A jurisprudência é pacífica no entendimento de que não se pode falar em indenização quando o autor não comprova a existência do dano." (TJSP – 2ª C. – Ap. – Rel. Wilson Antunes – j. 04.05.1982 – *RT* 568/167).

Com relação ao pedido formulado a propósito – condenação do Estado ao pagamento de pensão mensal no valor de três salários mínimos: um para cada autor –, verifica-se sua natureza exclusivamente moral.

Com efeito, tal pretensão não encontra guarida no conjunto probatório dos autos, vez que não se demonstrou que o falecido trabalhava e auferia rendimentos licitamente e tampouco que contribuía na manutenção do lar dos autores.

Os autores, na verdade, estão pretendendo receber duas indenizações pelo mesmo suposto e único dano suportado, qual seja, o moral. Não se pode admitir a almejada dupla reparação, sob pena de configuração de inequívoco enriquecimento ilícito.

O pleito de indenização com base em pensão alimentícia não comporta acolhimento, destarte, sendo inaceitável cogitar-se de um dano material em uma situação cujos efeitos não repercutiram na esfera patrimonial dos autores.

Com efeito, nos autos não há qualquer elemento de prova que evidencie que o falecido exercia lícita atividade laboral, muito menos que percebia três salários mínimos por mês e que auxiliava os autores na manutenção de seu lar.

---

[5] GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade civil*, cit., p. 392.

Somente documentos idôneos, tais como carteira de trabalho devidamente anotada, contrato de trabalho, recibos de pagamentos etc., comprovariam o efetivo exercício de trabalho remunerado pelo falecido.

Não bastasse, eventual reconhecimento de direito à pensão em favor dos autores deverá contar com os seguintes termos finais: a) em relação aos filhos, a pensão somente deve ser paga até a data em que venham a atingir a maioridade civil, ou seja, até que completem dezoito anos de idade; b) no tocante à suposta companheira, o termo final deve ser fixado de acordo com o critério estabelecido pela jurisprudência, isto é, a pensão deve ser paga até a data em que o falecido completaria sessenta e cinco anos, idade média em que os brasileiros morrem.

Outrossim, o termo inicial do pensionamento só poderia ser a data em que o falecido encontrasse sua liberdade, visto que até então, no cárcere, estaria impossibilitado de auferir rendimentos próprios.

De outra parte, também não se pode aceitar o *valor* pretendido a título de pensão (três salários mínimos por mês). Primeiro porque não se comprovou que o falecido percebia essa quantia. Segundo porquanto, ainda que se a percebesse, ele, com certeza, utilizaria pelo menos um terço com a sua própria manutenção e pagamento de suas despesas pessoais. Assim, eventual e improvável estipulação de pensão em favor dos autores *não poderá ultrapassar o montante mensal de dois terços de um salário mínimo (22,22% de um salário mínimo para cada autor)*.

Do exposto, conclui-se que não há dano material a ser reparado, tudo não passando de meras conjecturas. E, ausente o principal requisito da responsabilidade civil, qual seja, o dano, não há que se falar em dever de indenizar, face à ausência de prejuízo a ser reparado.

Portanto, não comprovados os supostos danos materiais, a solução que se impõe é o julgamento de improcedência do pedido, aplicando-se a regra processual de que ao autor incumbe a produção da prova dos fatos constitutivos de seu pretenso direito.

II.b – Dano moral

No que tange ao dano moral propriamente dito, em nenhum momento restou clara a sua existência, já que inexiste qualquer prova no sentido de demonstrar que os autores tenham ficado com alterações psíquicas ou prejuízos à parte social ou afetiva do patrimônio moral acarretados pelo evento. O que fizeram os autores foi apenas declarar a existência de dano moral pretensamente sofrido. Apenas alegações, nada mais.

Também, para que se caracterize dano moral suscetível de reparação civil, mister que haja ilegalidade, ilegitimidade, irregularidade na conduta estatal. A ocorrência dessa espécie de dano somente é compatível com a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa do agente. Ora, tendo em vista que o suposto dano foi causado por terceiro estranho à Administração paulista, e que, por conseguinte, o evento não decorreu de conduta culposa do Estado e de seus agentes,

não há fundamento jurídico para decretação, neste feito, de condenação da ré ao pagamento do pretenso dano moral.

E, ainda que se entenda possível a fixação, nesta demanda, de indenização a título de dano moral, alguns critérios devem ser levados em conta no estabelecimento de seu valor, critérios esses apuráveis em cada caso, tendo em vista a inexistência de parâmetros legais para tal finalidade.

Em primeiro lugar, a indenização por danos morais, mormente quando postulada em face do Poder Público, tem exclusiva função de compensar, abrandar o sofrimento, a dor, visando tão somente confortar a pessoa que sofreu em seu íntimo com o evento, não se confundindo com nenhum efeito patrimonial.

Também, cabe obtemperar que o valor da indenização será suportado pelo Estado de São Paulo, ou seja, por toda a sociedade paulista.

Não se pode esquecer ainda que o evento decorreu de conduta perpetrada por terceiros – estranhos aos quadros da Administração Estadual, inclusive –, o que reforça a inadequação da fixação do valor com o objetivo, também, de punição.

Tutela antecipada

Em relação ao pedido de tutela antecipada, no que tange ao perseguido direito de recebimento de pensão mensal, embora já tenha sido pronta e corretamente indeferido por esse juízo pela r. decisão interlocutória de fl., expendem-se as seguintes e breves considerações.

Conforme demonstrado ao longo desta contestação, inexistem prova inequívoca relativa aos fatos (constitutivos da pretensão dos autores) e verossimilhança do alegado direito ao pensionamento, como aliás acertadamente reconhecido por esse juízo na referida decisão interlocutória, que não foi objeto de oportuno agravo.

Na hipótese, é patente também a ausência de fundado receio de dano irreparável.

Basta atentar-se para o fato de que o pai dos autores faleceu no distante mês de março de 2002 e chega-se facilmente à conclusão de que a pensão pleiteada não é nada urgente, pois a demanda somente foi ajuizada em março de 2007, ou seja, depois de cinco anos do evento, longo período em que se sobreviveu sem qualquer auxílio do *de cujus*.

Não bastassem tais argumentos, fundados no próprio estatuto processual civil geral (CPC) e que afastam completamente o acolhimento do pleito antecipatório, impende consignar ainda que há normatização jurídica expressa, relativa ao Poder Público, que fulmina definitivamente a pretensão.

A Constituição Federal, ao tratar do pagamento de débitos decorrentes de condenação judicial pelas Fazendas Públicas, no artigo 100, parágrafo 1º, exige que o titular do direito seja portador de sentença transitada em julgado, sendo, destarte, inviável exigir-se o cumprimento de obrigação de pagar, pelo Estado, com mera decisão interlocutória concessiva de provisória tutela antecipada.

No mesmo sentido, o artigo 2º-B da Lei federal n. 9.494/97 exige a sentença condenatória transitada em julgado para obrigar o Poder Público a efetuar pagamento, ainda que seja para incluir em folha de pagamento, situação da determinação de mensal adimplemento de pensão.

Isso posto, constata-se que efetivamente é de rigor a manutenção do indeferimento do pedido de antecipação da tutela.

Conclusão

Ante todo o exposto, requer-se: a) seja reconhecida a ilegitimidade ativa da primeira autora ou a prescrição quanto à sua pretensão; b) seja a demanda julgada integralmente improcedente em relação aos outros dois autores; c) a condenação dos autores ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Requer-se ainda a juntada dos inclusos documentos (cópias de algumas peças do inquérito policial) e a oportuna produção de todos os demais meios de prova não vedados pelo nosso ordenamento jurídico.

Nestes termos,

P. deferimento.

THIAGO PUCCI BEGO

1ª Ofício Cível da Comarca de Tupã-SP
Processo n. 206/2007

Vistos.

Elaine Pereira Lima, Jhonathan William Lima dos Santos e Jhoana Vitória Lima dos Santos, estes últimos menores impúberes, representados pela primeira, propuseram a presente ação de indenização por danos morais c.c. pedido de renda vitalícia em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo alegando, em síntese, que Nelson Raimundo dos Santos, respectivamente convivente da primeira autora e genitor dos segundo e terceiro autores, faleceu em 10 de março de 2002, em razão de ferimentos sofridos no interior da carceragem, durante uma rebelião no Primeiro Distrito Policial de São Caetano do Sul, onde se encontrava recolhido. Aduzindo que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, pretendem indenização por danos morais no valor de R$ 1.000.000,00, pleiteando ainda a condenação da administração ao pagamento de uma renda vitalícia correspondente a um salário mínimo para cada um, a título de renda mensal. Houve pedido de antecipação dos efeitos da tutela, indeferido pelo despacho de fl. Com a inicial, vieram os documentos de fls.

A Fazenda Estadual apresentou defesa alegando, preliminarmente, ilegitimidade ativa de Elaine Pereira Lima e ocorrência da prescrição. No mérito, aduz que Nelson Raimundo dos Santos foi assassinado por outros presos, conforme apurado através do competente inquérito policial instaurado, alegando que eventuais danos sofridos pelos autores não podem ser imputados ao Estado ou à conduta de qualquer um de seus agentes, quer seja por ação ou omissão. Contesta a existência dos alegados danos morais e materiais, impugnando os valores pretendidos, argumentando que não restou demonstrada a ocorrência de quaisquer prejuízos, requerendo a total improcedência da ação. Réplica (fls.). Saneador (fls.). Prova oral (fls.). Em cumprimento ao despacho de fl., vieram aos autos os documentos de fls., seguidos das manifestações de fls. O Ministério Público se manifestou às fls.

É o relatório.

Decido.

As questões preliminares foram afastadas pelo saneador de fls., que reconheceu a prescrição do direito da autora Elaine Pereira Lima, prosseguindo o feito quanto aos menores.

No mérito.

Como anotado em sede de despacho saneador, entendo que o caso em julgamento não abarca a hipótese de responsabilidade objetiva da Administração pública quanto ao evento morte ocorrido em uma de suas penitenciárias. A situação dos autos é de prisão legal do pai dos autores, que estava nas dependências prisionais do Estado por exclusiva responsabilidade sua, de mais ninguém, pela prática de nada mais, nada menos, que um homicídio e uma tentativa de homicídio. A obrigação do Estado no caso dos autos era providenciar a prisão da pessoa acusada ou condenada em condições adequadas de instalações, alimentação e saúde, mas não tem a obrigação de disponibilizar segurança individual para cada uma das pessoas que cometeram crimes e ali se colocaram. Nos autos não se apresentou qualquer evidência, por mais frágil que fosse, de que o falecido corresse risco de vida ou tivesse desafetos no meio carcerário, situação que criaria para a administração penitenciária a obrigação de segregar o preso em local separado dos demais. Na falta de qualquer prova neste sentido, tem-se que a Administração pública agiu dentro dos estritos limites de suas responsabilidades, diante da inexistência de evidências de que o falecido corria risco de vida. O fato do preso ser atacado dentro de uma penitenciária por outro ali detido não gera, por si só, a responsabilidade do Estado, havendo a necessidade de que se demonstre, ao menos fragilmente, que o segregado tinha particulares necessidades de segurança

e a administração penitenciária deixou de cuidar dele. Nessa hipótese, haveria evidente culpa da Administração pública, situação não verificada no bojo dos autos. Isto posto, julgo improcedente o pedido inicial.

Custas e honorários fixados por equidade em R$ 1.000,00, a cargo dos autores, na forma do artigo 12 da Lei de Assistência Judiciária.

P.R.I.C.

Tupã, 26 de novembro de 2009.

LUÍS EDUARDO MEDEIROS GRISOLIA
Juiz de Direito

Registro de Contrato Social – Sócio Estrangeiro. Administração da Sociedade. Exigência de Residência Permanente. Tratado Mercosul

Parecer CJ – JUCESP n. 606/2009

1. No Protocolado n. 0.577.086/09-1, a interessada LGF Soluções em Meios de Pagamento Ltda. requer o arquivamento de contrato social, no qual foi atribuído a sócio estrangeiro, autorizado a residir no país com visto temporário, poderes para exercer a administração da sociedade.

2. No Protocolado n. 0.577.085/09-8, a interessada requer o enquadramento como empresa de pequeno porte (EPP).

3. Foi anexado Protocolo Adicional ao Tratado da Amizade, Cooperação e Comércio celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai sobre a facilitação de atividades empresariais, datado de 06.05.1997.

4. Questiona a assessoria técnica sobre a regularidade da documentação anexada aos protocolados.

5. A Secretaria Geral da JUCESP encaminhou os protocolados para manifestação da Procuradoria do Estado.

6. Esse é o relatório. A seguir, o nosso parecer.

7. O artigo 99 da Lei n. 6.815/80 veda expressamente ao estrangeiro titular de visto temporário exercer a administração de sociedade comercial.

8. O tratado de mercado comum do Mercosul, entre outras disposições, disciplinou regras comuns aplicáveis aos países integrantes do bloco comercial, regulamentando a circulação de pessoas físicas e jurídicas, a concessão de vistos de residência temporária ou permanente e o exercício de atividades comerciais por pessoas jurídicas estrangeiras.

9. A implementação de uma política de livre circulação de pessoas nos territórios dos países integrantes do Mercosul é essencial para a consecução dos objetivos do bloco comercial.

10.O acordo sobre residência para nacionais dos países que integram o bloco do Mercosul, Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Estados partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), Bolívia e Chile, Estados associados, firmado na XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília, nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002, assegurou aos nacionais de cada país o direito de obter o visto de residência, desde que apresentem a documentação exigida pelas autoridades responsáveis pelo serviço de imigração.

11. De acordo com o artigo 7º do mencionado acordo, foi estabelecido expressamente que, atendidas as exigências do serviço de imigração para a obtenção do direito de residência, será assegurado "um tratamento igualitário quanto a direitos civis, de acordo com as respectivas legislações internas".

12. No acordo firmado entre os países do Mercosul, foi garantido, no artigo 4º, o direito à residência temporária e, no artigo 5º, a moradia permanente.

13. Estabelece ainda o artigo 8º, ao dispor sobre normas gerais sobre entrada e permanência, que aos estrangeiros titulares do direito de residência temporária ou permanente (arts. 4º e 5º) do mencionado acordo "têm o direito de exercer qualquer atividade, por conta própria ou de terceiros, nas mesmas condições que os nacionais do país de recepção, de acordo com as normas legais de cada país".

14. O artigo 9º assegurou aos imigrantes a igualdade de direitos civis entre os nacionais que tiverem obtido residência, garantindo "os mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas dos nacionais do país de recepção, em particular o direito de trabalhar e exercer toda atividade lícita, nas condições que dispõem as leis (...)".

15. A regras do mencionado acordo foram aprovadas e introduzidas no ordenamento jurídico nacional pelo Congresso Nacional, com a edição do Decreto Legislativo n. 210, de 20.05.2004.

16. O decreto legislativo está previsto no artigo 59, inciso VI, da Constituição Federal e constitui espécie normativa utilizada para dispor sobre matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional.

17. O inciso I do artigo 49 atribui competência privativa do Congresso Nacional para a edição de decreto legislativo regulando a aplicação de tratados, acordos ou atos internacionais firmados pelo presidente da República.

18. Assim, o decreto legislativo tem a finalidade de referendar os atos do presidente da República na celebração de acordo internacionais, como no caso do Mercosul, razão pela qual dispensam a sanção presidencial e entram em vigor na data da publicação.

19. Porém, segundo as regras do direito internacional, a edição do Decreto Legislativo n. 210/2004 não é suficiente para implementação do acordo efetivado pelos países integrantes do Mercosul.

20. Deve haver a ratificação pelos países signatários, para conclusão do acordo internacional, que somente entrará em vigor após a comunicação das formalidades internas necessárias – o que ainda não ocorreu com relação a todos os países signatários.

21. Somente o Brasil e Argentina anteciparam a efetivação operacional do acordo, por troca de notas, implementando o pacto sobre a residência de nacionais.

22. A seguir, o Ministério das Relações Exteriores editou a Portaria Interministerial de 28.08.2006, deu execução ao acordo, por troca de notas, entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, para implementação entre si do acordo de residência entre nacionais dos dois países.

23. A troca de notas é antes que um método negocial, um processo de conclusão de tratados bilaterais, e, segundo José Francisco Rezek, "a troca de notas pode, pois, ser o meio escolhido pelas partes para a conclusão de um compromisso internacional que resolvam denominar *acordo, convenção, ajuste, declaração*, ou o que mais alvitrem a seu critério" (*Curso de direito internacional*", São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25-26).

24. Dessa forma, cumpridas todas as formalidades do direito internacional com relação à Argentina, pode-se dizer que a troca de notas implementou o pacto sobre residência de nacionais e a possibilidade ampla do exercício de administração de sociedade empresária.

25. A seguir, o Ministério das Relações Exteriores editou a Portaria Interministerial de 28.08.2006 e deu execução ao acordo, por troca de notas, entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, para implementação entre si do acordo de residência entre nacionais dos dois países, permitindo aos nacionais do Brasil e Argentina que possam exercer a administração de sociedades comerciais, independentemente de serem titulares do direito de residência permanente no Brasil.

26. Esse direito é garantido de forma idêntica tanto aos cidadãos argentinos que tenham obtido autorização de residência temporária ou permanente, nos termos dos artigos 4º e 5º, como expressamente dispõe o artigo 8º do Decreto Legislativo n. 210/2004.

27. Note-se que o mencionado decreto está no mesmo grau de hierarquia legislativa da Lei n. 6.815/80 e, conseqüentemente, pode modificar e excepcionar a lei que criava restrições ao exercício da administração da sociedade por estrangeiro. Considerando que o decreto garantiu a igualdade de direitos e obrigações entre os nacionais do Brasil e da Argentina, não fazendo distinção entre detentores de residência temporária ou permanente, tem-se por excepcionada a regra do artigo 99 da Lei n. 6.815/80, com a relação aos administradores de sociedades.

28. Assim, somente é possível admitir a administração de sociedade empresária por nacionais oriundos da República Argentina, com visto de residência temporário, como dispõe o Decreto Legislativo n. 210/2004.

29. Nesse sentido dispõe a Instrução Normativa n. 136, de 17.07.2007, do Departamento Nacional de Registro do Comércio, que estabeleceu expressamente no artigo 1º:

> "Os cidadãos argentinos que obtiverem o visto temporário de dois anos poderão ser designados e ou eleitos para cargos de administradores de sociedades ou cooperativas brasileiras, podendo esses atos serem devidamente arquivados nos órgãos de registro dos empresários ou empresas mercantis (Juntas Comerciais), consoante a legislação pátria, atendidas as regras internacionais objetos dos acordos e protocolos firmados no âmbito do Mercosul."

30. No entanto, o mesmo procedimento não foi adotado entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai, pois entre esses dois países não houve a troca de notas, implementando o pacto sobre residência de nacionais, com a posterior edição de portaria interministerial.

31. O protocolo adicional ao Tratado da Amizade, Cooperação e Comércio firmado em 06.05.1997 não tem a função de troca de notas, pois é anterior ao acordo sobre residência para nacionais dos países que integram o bloco do Mercosul e Estados associados, firmado na XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília, nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002, ratificado pelo Decreto Legislativo n. 210/2004.

32. Pelo que ficou demonstrado, somente o Brasil e a Argentina concluíram todas as formalidades previstas no direito internacional, para implementar a aplicação no ordenamento jurídico dos dois países das disposições do acordo firmado na reunião do Mercosul, regulamentando o direito de residência de nacionais.

33. Da análise da documentação anexa aos protocolados, verifica-se que não é possível ao sócio estrangeiro de naturalidade da República Oriental do Uruguai, com visto de residência temporário, exercer a administração da sociedade.

34. Pelo exposto, nosso parecer é no sentido de que seja formulada exigência para que o contrato social atenda às disposições do artigo 99 da Lei n. 6.815/80, que exige do administrador estrangeiro residência permanente no país, considerando que até a presente data não foi efetivada a troca de notas e a ratificação do Decreto Legislativo n. 210/2004 pela República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai.

São Paulo, 27 de julho de 2009.

AMILCAR AQUINO NAVARRO

De acordo:

ELIANA MARIA BARBIEIRI BERTACHINI
Procuradora do Estado
Chefe da Procuradoria da JUCESP

Registro de Contrato Social. Instituição de Usufruto de Quotas do Capital Social em Favor de Terceiro. Ato que Institui Usufruto e o Converte em Aquisição das Próprias Quotas. Impossibilidade do Registro

Parecer CJ/JUCESP n. 652/2009

Assunto: Instituição de usufruto sobre parte das quotas da sócia majoritária nos próprios atos constitutivos das duas sociedades em cujo bojo são também outorgadas as quotas em relação às quais recaem o usufruto aos usufrutuários, que passam a titularizá-las – Pedido de reconsideração em cada um dos protocolados com o mesmo conteúdo – Considerações.

1. Vistos.

2. Protocolados reunidos para desembaraço conjunto.

3. Em ambos os protocolados, a situação é a mesma: a sócia majoritária (pessoa jurídica: NW3 Propaganda e Marketing Ltda.), comum às duas sociedades, com a aquiescência do sócio minoritário respectivo, institui o usufruto de parte das quotas subscritas e integralizadas a terceiros no próprio ato constitutivo.

4. Na dúvida quanto à viabilidade dessa disposição, a douta Assessoria Técnica desta Casa fez às sociedades exigências que elas consideram descabidas e, em razão disso, pedem a reconsideração.

5. Para exame e manifestação acerca dos pedidos de reconsideração protocolizados, vem o conjunto de documentos a esta Unidade da Procuradoria Geral do Estado.

6. Esse o relatório, passamos a nos manifestar sobre o tema.

7. Explicam as sociedades peticionárias:

> "(...) resta claro que é juridicamente possível e legalmente permitida a realização do capital social de sociedade empresária pela cessão graciosa ou onerosa do direito real de usufruto sobre quotas de capital da mesma ou outra sociedade empresária, eis que o usufruto é bem, por determinação legal, e suscetível de avaliação em dinheiro.
> Com efeito, não se trata de hipótese de constituição de usufruto da forma mais tradicional, na qual o proprietário cede o usufruto a terceiro e se mantém na sociedade com a nua propriedade, enquanto o usufrutuário dela passa a ter os direitos correspondentes."

No presente caso, relativamente às quotas gravadas com o usufruto, o nu-proprietário reduziu proporcionalmente a sua participação no quadro social e os

beneficiados com o usufruto, com este bem, ingressaram na sociedade na qualidade de sócios quotistas e não de usufrutuários, apesar de, com este título, na esfera civil, serem denominados.

8. Tudo estaria tranquilo se se tratasse da hipótese instituição do usufruto sobre parte das quotas de um dos sócios, pois é tranquilo na doutrina e na jurisprudência que o sócio pode nomear usufrutuário para as suas quotas, do mesmo modo que o acionista pode nomear usufrutuário para as ações que detém numa sociedade anônima (art. 40 da Lei n. 6.404/76).

9. No caso, há uma sutileza: os usufrutuários, no mesmo ato, absorvem as quotas recebidas em usufruto em troca do próprio usufruto, passando a titularizá-las. Vamos procurar decompor o completo de atos e averiguar se eles se coadunam com a operação constitutiva e com a legislação pertinente.

10. O exercício do direito do usar e fruir, na propriedade plena, é direito reflexo do domínio (direito de disposição) e, consequentemente, seu titular é o proprietário. Com o usufruto, o exercício passa a ser exclusivamente do usufrutuário, destituído o proprietário desse direito. Contudo, o proprietário não deixa de ser proprietário porque é um *dominus* desvestido da utilidade da coisa. O que é usável e fruível se afasta de sua dominação jurídica, enquanto durar o usufruto. Mas alguma coisa, depois do destaque, resta com o dono: "(...) se mantém com o proprietário o *jus disponendi*, o direito de dispor sobre a substância da coisa, e a posse indireta, com a pretensão de recuperar a direta, futuramente, findo o usufruto." (Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Usufruto*, 2. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1986, p. 12).

11. Os usufrutuários adquiriram o *status socii*, segundo está explicado no pedido de reconsideração e segundo se extrai das distribuições de capital feitas nas duas sociedades, pagando com o próprio usufruto, ou seja, *transmitindo* à sociedade esse direito. De acordo com a nota explicativa, tendo cada um dos usufrutuários o direito real de usufruto sobre as correspondentes quotas, e sendo o usufruto um bem suscetível de avaliação pecuniária, em terceiro ato e no mesmo instrumento, ajustaram a redução correspondente na parte do capital nas duas sociedades e reconheceram o mesmo valor dos bens dos sócios entrantes, corporificados no direito real do usufruto, com o que adquiriram o *status socii*.

12. Sem entrarmos ainda no mérito da viabilidade da atribuição aos usufrutuários da propriedade plena das quotas por meio do pagamento com o próprio usufruto, temos – como primeiro óbice – que tal concentração de operações jurídicas não pode se dar no ato constitutivo.

13. Com efeito, a integralização do capital por dois sócios, a instituição do usufruto de parte das quotas em favor de terceiros, a entrada desses terceiros como sócios e a distribuição do capital em face de tal entrada encerram uma complexidade de atos jurídicos que, a nosso ver – sem entrarmos ainda no âmbito da regularidade das operações – deveriam ter sido desdobrados.

14. Com efeito, por concentrar, num único ato, a constituição com a formação do capital, a instituição de usufruto sobre parte das quotas, subseguida da entrada dos usufrutuários como sócios com a redução da participação societária da concedente, o contrato jurídico entabulado não oferece condições de arquivamento, uma vez que a constituição não pode ser cumulada com alterações de suas bases no próprio ato, até por questões de registro. É que num documento, no preenchimento da ficha cadastral, há de ficar consignada a constituição, noutro sua eventual modificação. De acordo com a Lei n. 8.934, de 18.11.1994, constituição, alteração, dissolução e extinção são atos jurídicos próprios e distintos e, por isso, não podem, sob pena de incompatibilidade, ser cumulados validamente (ver art. 32).

15. Em princípio, partindo do pressuposto de que a entrada dos usufrutuários de parte das quotas possa ser feita com o usufruto das próprias quotas apropriadas, seriam necessários, *in casu,* dois instrumentos: o primeiro de constituição; o segundo, de alteração contratual, a retratar a entrada dos novos sócios e a modificação da participação societária provocada por esse negócio jurídico. De acordo com a sistemática de registros, somente poderá ocorrer a modificação da participação societária após a constituição da sociedade.

16. Um instrumento pode conter mais de um ato jurídico. Mas *não* no caso de atos jurídicos sucessivos, em que o segundo depende da existência e do registro do primeiro. Para fins de registro, não se afigura possível atribuir NIRE à constituição de sociedade e, em seguida, no mesmo instrumento, arquivar-se a alteração contratual.

17. Vamos agora para outro vector: o da regularidade da entrada dos usufrutuários no quadro societário com o próprio usufruto.

18. Em pareceres anteriores, sustentamos a viabilidade da integralização do capital social mediante conferência de usufruto sobre bens móveis e imóveis quando o nu-proprietário também ingressa na sociedade com a nua propriedade. Aí haveria a renúncia onerosa do usufruto pelo usufrutuário e a consolidação da propriedade plena nas mãos da sociedade, pois, de acordo com o artigo 1.393 do Código Civil, não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso. O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

19. No presente caso, não há a consolidação da propriedade para a sociedade, até porque a sociedade passaria a ser dona das próprias quotas.

20. Por outro lado, se compreendermos a operação como de cessão do exercício do usufruto, por título gratuito ou oneroso, a sociedade, e não os usufrutuários, é que passaria a perceber os frutos.

21. Lembramos, por fim, que, consistindo o investimento do sócio em bens não pecuniários, há necessidade de avaliação na forma prevista no artigo 8º da

Lei de Sociedades Anônimas, de aplicação supletiva, por se tratar de norma geral de direito societário.

22. *Ex positis*, concluímos que os instrumentos vindos a exame não oferecem condições de arquivamento.

São Paulo, 12 de agosto de 2009.

NELSON LOPES DE OLIVEIRA FERREIRA JR.

De acordo:

ELIANA M. B. BERTACHINI
Procuradora do Estado
Chefe da Procuradoria da JUCESP

Controle de Constitucionalidade – Visão Geral

Heloísa Sanches Querino Chehoud[1]

Sumário: Introdução. 1 Controle de constitucionalidade: surgimento e histórico (difuso ou americano x concentrado ou austríaco). 2 Modelos peculiares: francês, alemão e português. 3 O sistema brasileiro. 3.1 O controle preventivo. 3.2 O controle repressivo. 3.2.1 O controle difuso 3.2.2 O controle concentrado 3.2.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3.2.2.2 A ação declaratória de constitucionalidade (ADC). 3.2.2.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). 3.2.2.4 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). 3.2.2.5 O controle de constitucionalidade de âmbito estadual. Conclusão. Referências.

Introdução

Considera-se a primeira Constituição escrita a que foi promulgada em 16 de dezembro de 1653 por Oliver Cromwell, na Inglaterra. Denominada *Instrument of government*, era composta por 42 artigos. O governante morreu em 1658, foi sucedido pelo filho, que porém não conseguiu se manter no governo, com o que a Constituição perdeu eficácia. Como se nota, ela teve vida efêmera.

As Constituições escritas em um corpo único, nacionais e limitativas das competências, só apareceram de forma duradoura com o advento das ideias liberais do século XVIII, que culminaram na Independência Americana e na Revolução Francesa.

A Independência Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) – e as Constituições delas resultantes – são o marco histórico do fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea, em que vigorou o Estado Liberal.

Nesse período, os sujeitos de poder passaram a submeter-se às normas jurídicas, cuja finalidade maior era impor limites ao poder estatal.

Surgiu assim o Estado de Direito, ou seja, o Estado que realiza as suas atividades submetendo-se a uma ordem jurídica, em contraposição ao superado Estado de Polícia, predominantemente absolutista, em que os governantes detinham poderes ilimitados.

---

[1] Procuradora do Estado classificada na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Por ter nascido como resposta ao absolutismo, o Estado Liberal não contava com mecanismos de controle do Poder Legislativo, já que o Parlamento representava a vitória do povo sobre o governo despótico. Assim, o Parlamento e o seu produto, a lei, eram supremos.

Não se pensava então em controle de constitucionalidade, que só viria a surgir no fim do século XIX.

Com isso, o Executivo dependia integralmente do Parlamento. A lei e o direito se confundiam: o direito era o que o Parlamento entendia como tal.

As primeiras Constituições escritas, americana e francesa, nasceram influenciadas pelo princípio da distinção entre lei constitucional e lei ordinária, implicando a superioridade daquela em relação a esta.[2]

Da diferenciação entre lei constitucional e lei ordinária – que implica a consideração da superioridade daquela sobre esta – nasceram as Constituições rígidas, aquelas cujo procedimento de reforma é especial e solene em relação às leis ordinárias. São Constituições escritas em um corpo único, que determinam a competência dos vários ramos do governo e, portanto, limitam os poderes de cada qual. Pretendem, com isso, gozar de especial estabilidade.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "O fundamento destas Constituições rígidas é, como escreve Borgeaud, serem leis de proteção política, leis de garantia."[3]

A Constituição Federal norte-americana de 1787 dispunha expressamente: "*This Constitution* (...) *shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby* (…)."

No sistema das Constituições rígidas, a Constituição é a autoridade mais alta e deriva de um poder superior à legislatura. Ela situa-se no ápice da pirâmide kelseniana[4]: "O Poder Legislativo, como os outros poderes, lhe são subalternos, tendo as suas fronteiras demarcadas por ele, e, por isso, não podem agir senão dentro dessas normas."[5]

Hans Kelsen esclarece: "Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo

---

2 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 37.

3 "A Lei Fundamental de um Estado é, na frase de Bouvier, a que estabelece os princípios sobre os quais o governo está assentado, e regula a atividade dos poderes soberanos, determinando a que corpos ou pessoas tais poderes devem ser confiados e o modo dos seus respectivos exercícios." (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A teoria das constituições rígidas*, cit., p. 38).

4 "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas". (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247).

5 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., p. 48.

legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional."[6]

Sendo assim, a Constituição é rígida porque não pode ser alterada senão por procedimento legislativo solene e mais dificultoso que o da lei ordinária. Com isso se garante a superioridade hierárquica – e a estabilidade – da Constituição.

A Constituição rígida "restringe a atividade dos representantes, não os autorizando a tocar nas disposições constitucionais e subordinando-os a elas. Restringe-se a si própria, exigindo, para a sua reforma, formalidades especiais e maiorias tão amplas que impossibilitem exprimir situações efêmeras".[7]

O surgimento do controle de constitucionalidade só se tornou possível nesse cenário de Constituição rígida, pois só nele existe a *supremacia da Constituição*.

De acordo com José Afonso da Silva, "a *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição (...)".[8]

E esclarece que a supremacia da Constituição se justifica porque ela "é, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas".[9]

Em consequência da rigidez constitucional, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição.

Em suma, a rigidez constitucional, que é a dificuldade de alteração da Constituição pela legislatura ordinária, sempre existiu para proteger a lei fundamental do Estado, e tem como consequência – e também causa – a supremacia da Constituição. E no intuito de se *garantir* essa supremacia, mais adiante foram criados os métodos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como se verá a seguir.

1. Controle de constitucionalidade: surgimento e histórico

O controle de constitucionalidade surgiu diante da necessidade de se impor limites ao próprio legislador, e de torná-los efetivos através de um controle judicial.

---

6 KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 249.

7 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A teoria das constituições rígidas*, cit., p. 48.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45.

9 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 45.

O controle jurisdicional das leis foi uma ideia posta em prática pela primeira vez nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida depois, no curso do século XIX, em outros países.

Em 1803, no caso Marbury *vs.* Madison, a Suprema Corte norte-americana, presidida pelo Chief Justice John Marshall, houve por bem *desaplicar* uma lei que se mostrou contrária à Constituição, pondo em prática a supremacia da Constituição.

A partir desse julgamento, estipulou-se o poder e o dever de os juízes negarem aplicação às leis, nos casos sujeitos a seu julgamento, sempre que conflitarem com a Constituição.

Devido ao efeito do *stare decisis* existente nos Estados Unidos em interpretação constitucional (*stare decisis et non quieta movere*), que significa "aderir a decisões e não mudar o que está pacificado", os juízes das cortes inferiores restaram autorizados a seguir o precedente da Suprema Corte, desaplicando a lei contrária à Constituição.

Stare decisis é a política que requer que as Cortes americanas, inferiores e superiores, todas subordinadas à Suprema Corte que estabeleceu o precedente, sigam-no e que não perturbem um ponto estabelecido.

Esse é o marco inicial dos modernos sistemas de controle de constitucionalidade.

No que concerne ao aspecto subjetivo ou orgânico, há dois grandes grupos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis: (i) o sistema difuso, em que todos os órgãos judiciários o exercitam incidentalmente, na ocasião das causas de sua competência; e (ii) o sistema concentrado, em que o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário.

Enquanto o arquétipo difuso foi posto em prática pelos Estados Unidos em 1803, no julgamento do caso Marbury *vs.* Madison, o modelo de controle concentrado foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1920, cujo projeto foi elaborado por Hans Kelsen, a pedido do governo.

O sistema difuso, também chamado de "americano", de *judicial review* encontra-se em muitas das ex-colônias inglesas, como Canadá, Austrália e Índia.

Já o sistema concentrado ou "austríaco" foi adotado, entre outros, na Itália, na Turquia e na Alemanha.

O sistema difuso é o mais antigo e sua doutrina consiste na premissa de que lei superior prevalece sobre lei inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), ou seja, a norma constitucional, quando a Constituição for rígida e não flexível, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, o que pode e deve ser reconhecido por todos os juízes, diante de um caso concreto submetido ao seu julgamento.

O risco desse sistema é a insegurança jurídica, principalmente nos países em que vigora a *civil law*, em que cada pessoa terá de entrar com a sua ação para que a lei lhe seja desaplicada, em favor da norma constitucional, havendo risco de decisões conflitantes. Isso não se faz necessário nos países de *common law,* pois, em decorrência do *stare decisis*, o precedente deve ser obedecido.

Devido ao *stare decisis*, quando a questão for decidida pela Suprema Corte, ela passará a ser, dali em diante, vinculante para todos os órgãos judiciários, de modo que o julgamento acaba tendo eficácia *erga omnes*, e não se limita a trazer consigo puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto, com possibilidade de a lei ser novamente aplicada em outros casos, por outros juízes. Há, assim, verdadeira eliminação da lei final e definitiva – após o julgamento pela Suprema Corte –, com efeito em geral retroativo. Ela torna-se uma *dead law*, uma lei morta.

No intuito de criar um adequado substituto da Suprema Corte norte-americana, elaborou-se o sistema concentrado: tentava-se "encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir a questão da constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito, de que se falou antes".[10]

A Constituição austríaca criou então uma corte constitucional especial, o que foi posteriormente seguido pela Espanha, Itália e Alemanha.

No sistema concentrado, em que existe uma corte constitucional, vale a doutrina da supremacia da *lei* e da nítida separação dos poderes, com exclusão de um poder de controle das leis por parte dos juízes comuns.

Assim, no modelo concentrado, os juízes comuns são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum*, e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis em conflito com a Constituição.

Eles devem sempre ter como boas as leis, salvo seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fim de arguir perante o tribunal especial constitucional a questão da constitucionalidade surgida naquele caso.

As cortes constitucionais têm funções exclusivamente constitucionais, e não julgam casos concretos.

Optou-se por criar uma corte exclusivamente constitucional para fugir do padrão de julgamento comum dos juízes de carreira "amadurecido nas salas fechadas dos tribunais"[11]. A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional é uma atividade acentuadamente discricionária e equitativa. Ela é mais próxima da atividade legislativa e administrativa que dos juízes comuns.

Vistas as bases dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, interessante analisar alguns modelos peculiares.

2 Modelos peculiares: francês, alemão e português

Na França, o controle de constitucionalidade de leis é *puramente político e preventivo*, não havendo controle jurisdicional. Uma vez promulgada a lei, ela é reputada constitucional e não há instrumento para se anulá-la.

---

[10] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 83.

[11] Ibidem, p. 89.

A Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958, hoje em vigor, confia o controle de constitucionalidade, sempre apenas preventivamente, ao Conseil Constitutionnel.

Esse sistema se justifica por três principais fatores: (i) o histórico de abusos cometidos pelos juízes franceses antes da Revolução; (ii) a doutrina de Montesquieu sobre a absoluta separação de poderes; e (iii) o entendimento de que a lei é direta manifestação da soberania popular, conforme Rousseau.

Em suma, o modelo francês é apenas político, além de prévio e sempre abstrato, cujo parâmetro é o *bloco de constitucionalidade* formado pela Constituição de 1958, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República anteriores a 1946.

O modelo alemão, por sua vez, segue o austríaco, ou seja, é apenas concentrado. Não há controle difuso. Há, portanto, um Tribunal Constitucional (TCFA – Tribunal Constitucional da Federação Alemã), órgão idealizado e criado para essa função de controle normativo. O Tribunal Constitucional tem função exclusivamente de controle de constitucionalidade, que pode ser abstrato (ação de controle abstrato), ou concreto (recurso de amparo, que é o último recurso de um caso concreto).

Na Alemanha, não há controle preventivo, apenas repressivo.

Além da ação de controle abstrato e do recurso de amparo, a Alemanha tem um terceiro tipo de controle, chamado "questão constitucional". Nesse, quando no curso de uma lide interpartes surge uma questão constitucional, abre-se um incidente, e só ele, abstrato, vai ao Tribunal Constitucional; depois de julgada a questão, volta ao juiz da causa. Vale sublinhar que o juiz da causa não pode desaplicar a lei para aplicar a Constituição, como no sistema difuso.

Já em Portugal, o controle de constitucionalidade tal como é hoje foi instituído pela Revisão Constitucional de 1982. Ele é chamado de misto complexo, pois pode ser tanto difuso quanto concentrado. O difuso cabe a todo e qualquer tribunal, enquanto o concentrado cabe ao Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional português é, na fiscalização concreta, a última instância de decisão e, na fiscalização abstrata, é o único órgão do poder com competência para declarar a inconstitucionalidade de atos normativos, com força obrigatória geral.

Portugal, juntamente com o Brasil, a Hungria e a Costa Rica, consagrou o controle da constitucionalidade da omissão, sendo um controle desprovido de sanção que recai sobre o legislador.

Portugal tem também o controle preventivo, a par do sucessivo. Vê-se assim que esse sistema é bem semelhante ao brasileiro, visto a seguir.

3 O sistema brasileiro

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 1891, responsável pela implantação definitiva da república federativa no país, foi a que primeiro previu o controle de constitucionalidade brasileiro.

Sob influência do constitucionalismo norte-americano, ela acolheu o sistema difuso, que perdurou até a Constituição vigente.

As Constituições brasileiras subsequentes foram introduzindo novos elementos, até que se chegou ao sistema atual, a seguir exposto.

3.1 O controle preventivo

Num primeiro momento, o controle de constitucionalidade tem por objetivo impedir que uma norma jurídica inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. Por isso existe de início o controle preventivo.

Ele ocorre antes ou durante o próprio processo legislativo, sobre o ainda projeto de lei, em especial nos seguintes momentos: (i) na iniciativa do projeto de lei, por aqueles que têm a competência de deflagrar o processo legislativo; (ii) nas Comissões legislativas, em especial nas de Constituição, Justiça e Redação de cada uma das Casas do Congresso Nacional; e (iii) no momento da sanção ou veto do presidente da República, já que o veto pode ser por contrariedade ao interesse público ou por inconstitucionalidade do projeto. O veto se mostra bastante eficaz, pois exige para sua derrubada voto da maioria absoluta dos membros de cada Casa Legislativa.

O controle preventivo é político, e não jurisdicional. Discute-se se um parlamentar poderia recorrer já nesse momento ao Supremo Tribunal Federal, para impugnar projeto de lei que seria inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o controle preventivo só poderia ocorrer na via jurisdicional quando houvesse vedação ao trâmite da espécie normativa na própria Constituição, pois o parlamentar tem o direito de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. O parlamentar poderia, nesse caso, impetrar mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, visto que tem o direito líquido e certo de que o processo legislativo da Constituição seja respeitado.

3.2 O controle repressivo

Cumprido o processo legislativo, promulgada, publicada e entrando em vigor a lei, o seu controle de constitucionalidade será sempre jurisdicional. Esse é o controle repressivo.

O controle repressivo no Brasil pode ser difuso (modelo americano) ou concentrado (modelo austríaco).

3.2.1 O controle difuso

O sistema difuso é também denominado "via indireta, de exceção ou de defesa", já que se dá incidentalmente, dentro de um processo judicial comum, num caso concreto.

No Brasil, o controle difuso em primeira instância é feito por todo e qualquer juiz, diante de um caso concreto.

No entanto, em segunda instância e nos Tribunais Superiores, existe uma formalidade a ser respeitada, que é a *reserva de plenário*, determinada pelo artigo 97 da Constituição Federal.

De acordo com tal dispositivo, nos Tribunais, somente com o voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial pode haver a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Os artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil dispõem sobre como deve ser esse procedimento: sendo a arguição de inconstitucionalidade acolhida pela turma ou câmara, ela lavra o acórdão e submete a questão ao Tribunal Pleno, que decidirá sobre a alegada inconstitucionalidade da lei, lembrando que a decisão terá efeitos apenas interpartes.

Se houver recurso, em especial o *extraordinário*, e a declaração de inconstitucionalidade transitar em julgado no Supremo Tribunal Federal, ele pode cientificar o Senado Federal para que, *querendo*, suspenda a execução da lei, dando à decisão, que até então tinha eficácia apenas *interpartes*, os efeitos *erga omnes*.

Cabe lembrar que essa atribuição do Senado Federal, constante do artigo 52 da Constituição Federal, é discricionária, ou seja, depende de uma análise própria de conveniência e oportunidade, não sendo vinculada pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

3.2.2 O controle concentrado

Já a forma concentrada de controle de constitucionalidade é também denominada "via de ação ou abstrato", já que versa somente a inconstitucionalidade, sem um caso subjacente.

Esse é o controle em tese do ato normativo, que se dá por meio das seguintes ações: (i) ação direta de inconstitucionalidade – ADI; (ii) ação declaratória de constitucionalidade – ADC; (iii) arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; (iv) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO; e (v) controle de constitucionalidade de âmbito estadual.

3.2.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade (ADI)

A ação direta de inconstitucionalidade está prevista no artigo 102, I, "a", da Constituição Federal. O rol de pessoas com legitimidade ativa consta do artigo 103 da Constituição Federal. A ação deve ser ajuizada para que

seja declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Tal decisão "produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal" (art. 102, § 2º, da CF).

Tal dispositivo foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45. Hoje não mais se questiona se os juízes ficam vinculados ao precedente do Supremo Tribunal Federal, pois a Constituição é expressa nesse sentido.

Entretanto, segundo entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, "os efeitos não alcançam o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão".[12]

Caso haja descumprimento da decisão de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública, qualquer pessoa poderá ajuizar reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, para que ele casse a decisão que vai contra a autoridade de seu julgado (art. 102, I, "l").

O procurador geral da República será ouvido previamente à decisão e o advogado geral da União será citado para defender a norma impugnada.

Somente serão questionados na ação direta de inconstitucionalidade *lei ou ato normativo*, ou seja, atos dotados de generalidade e abstração. Generalidade é a capacidade de afetar um número indeterminado de pessoas, e abstração é a capacidade de isso acontecer reiteradamente.

Cada espécie normativa do artigo 59 da Constituição Federal, *desde que genérica e abstrata*, pode em tese ter a sua constitucionalidade questionada via ação direta.

Mesmo os atos normativos não elencados no art. 59 da Constituição Federal, como os regimentos internos dos Tribunais e os atos normativos do Poder Executivo, desde que genéricos e abstratos, podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Somente serão questionadas via ação direta de inconstitucionalidade lei ou ato normativo federal ou estadual, excluindo-se o municipal, que hoje pode ser questionado via arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O silêncio constitucional quanto ao controle via ação direta da lei municipal em face da Constituição Federal é denominado "silêncio eloquente" pelo Supremo Tribunal Federal, que entende tratar-se de uma omissão proposital do constituinte, não permitindo interpretação que a inclua nessa sistemática de controle.

Ademais, a lei ou ato normativo questionado deve ser posterior à Constituição Federal, pois se for anterior, o caso é de não recepção, e não de inconstitucionalidade. Não tendo sido recepcionado pela Constituição Federal, o ato normativo dispensa sentença para declará-lo inconstitucional.

---

[12] STF – AgR Rcl n. 2.617/MG, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU*, de 20.05.2005, p. 7.

A Lei n. 9.868, de 10.11.1999, dispõe sobre o processo e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, lembrando que as principais características são as que constam da Constituição Federal, tais como a legitimidade ativa e os efeitos da decisão.

Quanto à legitimidade ativa, cabe esclarecer que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que alguns dos legitimados constantes do artigo 103 devem comprovar a *pertinência temática* entre a causa e a sua finalidade institucional, como, por exemplo, a entidade de classe de âmbito nacional.

Outros, no entanto, são neutros ou universais, estando dispensados da prova de pertinência temática, como o presidente da República.

Repita-se que a decisão da ação direta de inconstitucionalidade terá efeitos *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*, já que se trata de um vício de origem do ato normativo.

No entanto, 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, modular os efeitos da decisão, para que só produza efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de algum outro momento que venha a ser fixado (art. 27 da Lei n. 9.868).

Diferentes declarações de nulidade de lei podem ser proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal: (i) a lei é totalmente inconstitucional, sendo inteiramente nula; (ii) a lei é apenas parcialmente inconstitucional, sendo declarada a nulidade apenas dos dispositivos que o sejam; (iii) a inconstitucionalidade está apenas em algumas hipóteses de aplicação da lei, rendendo ensejo à "declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto"; e (iv) existe uma forma de interpretar aquele ato normativo que não ofende a Constituição Federal, e então ele deve ser usado, presumindo-se que a intenção do legislador foi a de prestigiar a vontade da Constituição Federal ("interpretação conforme à Constituição").

3.2.2.2 A ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

A ação declaratória de constitucionalidade, assim como a ação direta de inconstitucionalidade, está prevista no artigo 102, I, "a", da Constituição Federal. A legitimidade ativa também consta do artigo 103 da Constituição Federal, que prevê os mesmo entes da ação direta de inconstitucionalidade. A ação é ajuizada para que seja declarada a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Tal decisão "produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal", tal como na ação direta de inconstitucionalidade.

O procurador geral da República será ouvido previamente, mas o advogado geral da União não será citado.

Somente serão questionadas via ação declaratória de constitucionalidade lei ou ato normativo federal – excluindo-se o estadual e o municipal.

Para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, há que se demonstrar *controvérsia jurisprudencial* a ensejar o pleito perante o Supremo Tribunal Federal, já que as leis são presumivelmente constitucionais e não seria necessário o ajuizamento de ação para se declarar essa condição.

Como dito acima, a Lei n. 9.868, de 10.11.1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

As duas ações (direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade) são chamadas de "ações de sinais trocados", porque a improcedência de uma equivale à procedência da outra, e vice versa (art. 24 da Lei n. 9.868).

Tal como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, a decisão terá efeitos *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*, sendo que, 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, modular os efeitos da decisão, para que só produza efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de algum outro momento que venha a ser fixado (art. 27).

3.2.2.3 A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal tinha entendimento de que esse dispositivo não seria autoaplicável, necessitando de lei que o regulamentasse (norma de eficácia limitada), sendo que "enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal não poderá apreciá-la".[13]

Sobreveio a Lei n. 9.882, de 03.12.1999, que dispõe sobre o seu processo e julgamento.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é proposta perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de evitar ou reparar lesão a *preceito fundamental* resultante de ato do Poder Público. O ato impugnado não tem de ser normativo, como na ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle da elaboração e realização de políticas públicas ligadas ao mínimo existencial.[14]

Ela é ação subsidiária (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882), pois sua admissão está vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato atacado.

---

13 STF – Pet n. 1.140, rel. Min. Sydney Sanches, *DJU*, de 31.05.1996.

14 STF – ADPF n. 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJU*, de 29.04.2004, p. 12.

Por meio dela, se questiona lei ou ato normativo federal, estadual ou *municipal*, *incluídos os anteriores à Constituição Federal*, conforme autorizou expressamente o artigo 1º, inciso I, da Lei n. 9.882/99, desde que haja *relevante* controvérsia constitucional, a critério do próprio Supremo Tribunal Federal.

Os legitimados à propositura são os mesmos das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (art. 2º).

A lesão deve ser a preceito constitucional *fundamental*.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal compete a ele próprio o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.[15]

No entanto, sabe-se que os preceitos fundamentais são aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, são os valores superiores, conferindo-lhe identidade e se apresentando como o sustentáculo da própria Constituição.

A decisão também terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º). O efeito *ex tunc* poderá ser modulado, tal como nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

3.2.2.4 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

A omissão torna-se relevante a partir do dever previsível dos poderes e das autoridades de disciplinar determinada matéria. O processamento, o foro (STF) e a legitimidade ativa são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.

Ela é cabível "se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição Federal, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público".[16]

A diferença em relação à ação direta de inconstitucionalidade está nos efeitos da decisão. Na ação direta de inconstitucionalidade, o ato é reconhecido como nulo, mas na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição Federal manda dar ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. Se for órgão administrativo, terá prazo de 30 dias. Devido ao

---

15 STF – ADPF n. 1-7/RJ, rel. Min Neri da Silveira, *DJU*, de 07.11.2003.

16 STF – ADI n. 1.458/DF, rel. Min. Celso de Mello.

princípio da separação de poderes, o Judiciário não tem competência para fixar prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é forma de controle concentrado, abstrato, o *mandado de injunção* é a forma de impugnar uma omissão com base em um *caso concreto*.

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal. É o remédio constitucional que tem por objetivo suprir norma regulamentadora, cuja ausência inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Somente aquela pessoa que figurar como titular do direito ou da liberdade poderá valer-se desse remédio constitucional, ao invés dos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A competência para julgar o mandado de injunção é estabelecida em razão da entidade estatal da qual se exige a regulamentação inexistente: ao Supremo Tribunal Federal, quando for de atribuição do Congresso Nacional; ao Tribunal de Justiça de São Paulo, quando a norma for de atribuição do Estado ou de Município de São Paulo (art. 74, V, da Constituição do Estado de São Paulo).

Aqui, diferentemente do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão não deve ser a de simplesmente se dar ciência ao poder responsável pela edição da norma, apesar de essa ter sido a posição majoritária adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Critica-se tal solução (apenas ciência ao poder omisso), pois restaria ao titular do direito apenas a eventual apuração das perdas e danos havidos pela omissão do poder regulamentar.

Defende-se neste trabalho a posição sustentada por José Afonso da Silva[17] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro[18], segundo a qual o mandado de injunção tem por finalidade realizar *concretamente* em favor do *impetrante* o direito, liberdade ou prerrogativa. O mandado de injunção exige uma solução para o caso concreto, e não uma decisão com efeito *erga omnes*. O Judiciário deve decidir dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará a coisa julgada, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior. Esclarece a autora acerca do mandado de injunção:

> "Não há fundamento constitucional para concluir que o Judiciário apenas daria ciência ao poder que se omitiu, ou que determinaria a edição da norma regulamentadora, pois aí sim haveria interferência indevida de um poder em outro em hipótese não expressamente prevista na Constituição Federal, com ofensa ao princípio da separação de poderes."[19]

---

17 SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 448.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 610.

19 Ibidem, mesma página.

Acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal mostra que está havendo uma mudança de posição no Tribunal, que até então apenas dava ciência ao poder omisso, nos julgamentos dos mandados de injunção.[20]

Nesse julgamento, fica clara a nova tendência do Supremo Tribunal Federal em admitir uma solução normativa ao caso concreto. Em vista das inúmeras cientificações que o Supremo Tribunal Federal havia feito ao Poder Legislativo acerca da falta de lei regulamentadora do direito de greve dos funcionários públicos, estava mais do que evidente a mora legislativa. Decidiu o Tribunal, então, que deveria incidir para essa categoria a disciplina do direito de greve dos trabalhadores em geral. Com isso, conferiu uma *solução normativa ao caso concreto*, evoluindo a forma pela qual vinha decidindo os mandados de injunção.

3.2.2.5 O controle de constitucionalidade de âmbito estadual

O controle de constitucionalidade dos atos normativos em face da Constituição Estadual vem previsto no artigo 125, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Sua competência é do Tribunal de Justiça de cada Estado, sendo que a Constituição Estadual deve especificar o processamento, observados os parâmetros constitucionais. Assim, não pode haver um único legitimado ativo, pois a Constituição Federal o vedou. O campo material é composto pelas normas estaduais e municipais. O parâmetro é a Constituição Estadual.

Mesmo em se tratando de norma da Constituição Estadual repetida da Constituição Federal, é cabível a ação direta perante o Tribunal de Justiça do Estado respectivo, com possibilidade de recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, conforme julgado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.[21]

Conclusão

Como visto, a noção de Constituição rígida surgiu como resposta aos anseios da sociedade, para que o conjunto de leis fundamentais do Estado fosse amparado por uma peculiar estabilidade.

A Constituição rígida posiciona-se no ápice do ordenamento jurídico, irradiando os seus efeitos por toda a pirâmide normativa subjacente, sendo que todas as leis infraconstitucionais devem estar em sua conformidade.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis foram criados para garantir essa conformidade, conferindo ao sistema um mínimo de ordenação e unidade.

De uma forma ou de outra, o que pretendem os Estados no controle de constitucionalidade é manter a estabilidade da forma de poder (agora limitado) desenhado na Constituição, que não poderia ficar sujeita a interesses efêmeros.

---

[20] STF – MI n. 670-9/ES, Pleno, j. 25.10.2007.

[21] STF – Rcl n. 383-3/SP, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 11.06.1992, *DJU*, de 21.05.1993, p. 9.765.

O que se verifica, na verdade, em todos os modelos de controle de constitucionalidade, é a tentativa de conciliar o princípio da tripartição dos poderes – pelo qual um poder não pode interferir excessivamente na função típica do outro – com a necessidade premente de fiscalizar o respeito à Constituição Federal, lei suprema da nação.

O Brasil, não diferente, persegue esse mesmo intento, evoluindo gradualmente os seus mecanismos de controle de constitucionalidade, seja pela via legislativa (novas leis e emendas constitucionais), seja pelos novos entendimentos dos Tribunais, e assim avança, ou busca avançar, rumo à efetivação da supremacia da Constituição.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. A crise no entendimento clássico do princípio da legalidade administrativa e temas correlatos. In: FIGUEIREDO, Marcelo et al. *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y juridicción constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Consultoria

82) Administração Indireta – Contrato

Sociedade de economia mista. Desequilíbrio econômico-financeiro da empresa. Controle de cheias no Sistema Tietê/Pinheiros. Consulta sobre a possibilidade de celebração de ajuste com esse objeto. Contrato anteriormente firmado entre DAEE e EMAE já extinto pelo transcurso do prazo. Inexistência de maior detalhamento nos autos sobre a explicitação do objeto e pertinência de sua contratação pelo Estado/DAEE. Objetivo do reequilíbrio econômico-financeiro da empresa deve ser alcançado por outros meios. (Parecer PA n. 89/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17.07.2009).

83) Constitucionalidade – Processo legislativo. Saúde pública. Ação judicial. Ação direta declaratória de inconstitucionalidade

Manifestação da Procuradoria Administrativa (Parecer PA n. 257/2006), no sentido da inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, da Lei estadual n. 12.257/2006, que instituiu programa objetivando a reestruturação das Santas Casas e hospitais filantrópicos com atuação no Estado de São Paulo (QUALICASAS). Existência de acréscimo à despesa pública. Matéria de iniciativa legislativa reservada ao chefe do Executivo. Posicionamento harmônico com a orientação assentada na Procuradoria Geral do Estado sobre o tema. Remissão ao Parecer PA n. 224/2007, que reflete o entendimento mais atualizado da Instituição quanto aos fundamentos do vício formal. Inexistência da inconstitucionalidade material vislumbrada no Parecer PA n. 257/2006, contrariado, nesse ponto, pela chefia da unidade. Viabilidade de se arguir a inconstitucionalidade do ato legislativo questionado tanto em nível federal (STF), quanto em nível estadual (TJSP). Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que ampara a utilização de normas constitucionais estaduais de reprodução obrigatória de preceitos da Lei Maior como fundamento para a deflagração do controle abstrato em nível local. (Parecer PA n. 66/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 15.05.2009).

84) Constituição – Estadual. Assembleia Legislativa. Fiscalização. Secretário de Estado

Solicitação da Casa Civil de manifestação da Procuradoria Geral do Estado sobre os limites e requisitos dos

requerimentos de informação encaminhados pela Assembleia Legislativa a secretários de estado e demais dirigentes de entidades da Administração indireta estadual. Exame da prerrogativa parlamentar à luz do princípio da separação dos poderes e demais disposições constitucionais e regimentais pertinentes. A requisição de informações está condicionada à demonstração da efetiva utilidade para o desempenho da função parlamentar, apontando-se a conexão com propositura legislativa em tramitação ou com trabalho de fiscalização em andamento ou que possa vir a ser deflagrado em face de ato ou fato concreto. Resposta aos quesitos da consulta. Dever de motivação dos requerimentos de informação. No caso de desatendimento aos requisitos constitucionais e regimentais, devem os destinatários responder aos requerimentos no prazo, expondo as razões pelas quais se recusam a prestar as informações demandadas. (Parecer PA n. 106/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17.07.2009).

85) Delegado de Polícia – Contagem de tempo. Aposentadoria. Afastamento. Mandato eletivo. Município

Delegado de polícia afastado, sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens do cargo, para exercer o mandato eletivo de vice-prefeito municipal. Tempo de afastamento que deve ser computado para todos os efeitos legais, nos termos do artigo 38, inciso IV, da Constituição Federal. Inexistência, entretanto, de efetivo exercício, na modalidade ficta. Inviabilidade de ser o lapso temporal considerado como de efetivo exercício de cargo de natureza estritamente policial, objetivando à satisfação da condição temporal exigida para a aposentadoria voluntária especial dos policiais civis (LC n. 51/85). Pela manutenção da orientação firmada ao ensejo da aprovação do Parecer PA n. 34/2006, cujos fundamentos se conectam à diretriz exegética que, sistematicamente, tem recusado ao tempo de serviço computado para todos os efeitos legais o caráter de tempo de exercício ficto ou por equiparação. Entendimento que, de modo algum, colide com o disposto no artigo 125, parágrafo 2º, da Constituição Estadual. Análise dos argumentos expendidos pelo interessado ao solicitar a revisão da orientação vigente na Procuradoria Geral do Estado sobre o tema e sua refutação. Ciência ao interessado e ao órgão de pessoal da Delegacia Geral de Polícia, por intermédio da CJ da Pasta. (Parecer PA n. 62/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 30.04.2009).

86) Estagiário

Exame das implicações da edição da Lei Federal n. 11.788/2008 em relação ao estágio de estudantes de direito na Procuradoria Geral do Estado. (Parecer PA n. 84/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.06.2009).

87) Piso Salarial – Médicos veterinários. Servidores celetistas. Fundação

A Lei Federal 4.950-A, de 22.04.1966, que prevê um piso

salarial para diversas categorias profissionais, entre as quais se incluem os médicos veterinários, aplica-se também aos servidores públicos das Administrações direta e indireta regidos pela CLT, segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Todavia, a vinculação desse piso ao salário mínimo, consoante o previsto no artigo 5º da lei em causa, não foi recepcionada pela atual Constituição da República, por força de seu artigo 7º, IV, com o que surgiu uma lacuna no ordenamento quanto ao parâmetro a ser seguido para a fixação do piso ou sua devida atualização. Como se trata de uma lacuna que apenas o Poder Legislativo competente pode suprir, por ora o piso salarial em questão equivale, na prática, a um só salário mínimo (arts. 7º, IV e 39, § 3º, da CF), tendo em vista a absoluta ausência de um parâmetro que possa ser aplicado uniformemente a todos os profissionais, servidores públicos ou não. Análise das decisões proferidas nos RE ns. 235.643 e 565.714. Proposta de revisão parcial do entendimento aprovado no Parecer PA-3 n. 411/94. (Parecer PA n. 225/2008 . Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 20.03.2009).

88) Recurso – Processo disciplinar. Médico legista

Tríplice acumulação. Demissão a bem do serviço público. Recurso objeto do Parecer AJG n. 1.336/2008, ainda não submetido à deliberação governamental. Suscitada matéria de relevante e geral interesse da Administração: (a) se o rol de ações ou omissões enunciadas nos incisos dos artigos 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 02.06.1992 – LIA) deve ser considerado taxativo para perfeito enquadramento como ilícito administrativo (art. 75, XII, da Lei C n. 207, de 05.01.1979 – Lei Orgânica da Polícia – LOP, com alterações da LC n. 922, de 02.07.2002); (b) qual o procedimento administrativo a ser seguido quando ao servidor for imputado ato de improbidade, para que seja assegurado o ajuizamento da ação judicial devida, pelos legitimados processuais. Conceito de improbidade delimitado pela Constituição Federal (art. 37, § 4º). Ato ímprobo: objetiva desconformidade com a lei e má-fé do agente – reprovabilidade da conduta, dolo ou culpa. Instâncias sancionatórias diversas: sanções da LIA que não se confundem com as penas disciplinares previstas na LOP ou no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (inc. XIII do art. 257 da Lei n. 10.261, de 28.10.1968 – EFP, acrescentado pela LC n. 942, de 06.06.2003). Princípio da independência das instâncias. Inexistência de obrigatoriedade de enquadramento da conduta irregular na lei de improbidade quando da elaboração da portaria inicial do processo administrativo disciplinar; ausência de enquadramento que não gera prejuízo (a) para a defesa, pois o indiciado se defende dos fatos imputados e não quanto a tipos ou dispositivos legais, ou (b) para a Administração, pois não impede o apenamento administrativo, nem é condição para ajuizamento de

ação pela Procuradoria Geral do Estado ou pelo Ministério Público; nem mesmo o procedimento previsto no artigo 14 da LIA, de natureza nitidamente instrutória (investigação extrajudicial), é condição para ajuizamento da ação. Possibilidade de serem feitos dois procedimentos (um para investigação e outro disciplinar) ou só o processo administrativo disciplinar, aproveitando-se a instrução para subsidiar a atuação do Ministério Público ou do ente lesado. Por outro lado, se houver decisão judicial atinente a improbidade, a Administração deverá examinar a conduta à luz da legislação de regência do servidor e, ainda que não cominada judicialmente a sanção de perda da função pública, caberá verificar se os fatos que deram ensejo à decisão judicial podem dar base também a um sancionamento disciplinar autônomo por improbidade ou por comportamento indigno, respeitando o direito à ampla defesa, segundo os procedimentos aplicáveis a cada regime funcional e a cada caso. Precedentes: Pareceres PA-3 ns. 43/2002 e 219/2002. Orientações que devem ser mantidas, embora não tenham contemplado as alterações da LOP ou do EFP. (Parecer PA n. 47/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 11.06.2009).

89) Tributário – PIS-PASEP. Imposto de Renda. Imunidade

A SPPREV, autarquia instituída pela Lei Complementar estadual n.1.010/2007, só estará obrigada a recolher a contribuição ao PASEP diretamente aos cofres públicos a partir do momento em que contar em seus quadros com seus próprios servidores. Todavia, por força do artigo 35 e seu parágrafo único da citada lei, a entidade deve incluir o montante devido a título de PASEP (ou PIS) no ressarcimento a ser pago em razão do afastamento de servidores oriundos de outros setores da Administração Pública estadual que prestem atualmente serviços à autarquia. Por outro lado, os rendimentos auferidos pelas aplicações financeiras de seus recursos não sofrem a incidência do imposto de renda, em razão da imunidade recíproca prevista constitucionalmente (art. 150, VI, "a" e § 2º da CF). Entretanto, não poderá a autarquia equiparar-se a "entidade de assistência social" para o fim de ser-lhe reconhecida a imunidade capitulada no artigo 150, VI, "c", da Constituição Federal, uma vez que lhe faltam os requisitos da generalidade e universalidade na prestação dos seus serviços, sem exigência de contraprestação, aspectos típicos dos órgãos assistencialistas, segundo jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (RE n. 202.700). E, conforme salienta o Parecer PA n. 44/2009 (ainda pendente de aprovação superior), as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública não se encontram contempladas pela imunidade prevista no artigo 195, parágrafo 7º, da Lei Maior. (Parecer PA n. 51/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.07.2009).

Administrativo

90) Ação Penal Pública – Contratação emergencial de advogados face ao caos administrativo herdado da administração municipal sucedida. Licitação. Artigo 37, XXI da Constituição do Brasil. Dispensa de licitação não configurada. Inexigibilidade de licitação caracterizada pela notória especialização dos profissionais contratados, comprovada nos autos, aliada à confiança da Administração por eles desfrutada. Previsão legal

A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (§ 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação penal que se julga improcedente. (STF – AP n. 348/SC – Tribunal Pleno – Rel. Min. Eros Grau – j. 15.12.2006) *DJe* n. 72, de 02.08.2007; *DJU*, de 03.08.2007, p. 30.

91) Administrativo – Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração pública. Efeitos *ex nunc* da declaração de inidoneidade. Significado

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito

ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS n. 13.101/DF, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei n. 8.666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei n. 8.666/93. 2. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes. Precedente: MS n. 13.964/DF, *DJe* de 25.05.20093. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental. (STJ – MS n. 14.002/DF (2008/0267371-4) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 28.10.2009).

92) Administrativo – Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração pública. Vícios formais do processo administrativo. Inexistência. Efeitos *ex nunc* da declaração de inidoneidade. Significado

1. Ainda que reconhecida a ilegitimidade da utilização, em processo administrativo, de conversações telefônicas interceptadas para fins de instrução criminal (única finalidade autorizada pela Constituição, art. 5º, XII), não há nulidade na sanção administrativa aplicada, já que fundada em outros elementos de prova, colhidas em processo administrativo regular, com a participação da empresa interessada. 2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito *ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS n. 13.101/DF, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei n. 8.666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e

observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei n. 8.666/93. 3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante. 4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental. (STJ – MS n. 13.964/DF (2008/0250430-0) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

93) Administrativo – Mandado de segurança. Concurso público. Fiscal agropecuário federal. Preliminar de ausência de interesse de agir. Rejeição. Contratação precária dentro do prazo de validade do certame. Preterição. Não ocorrência. Segurança denegada

1. O fato de ter-se encerrado o prazo de validade antes da impetração do *mandamus* não enseja falta de interesse processual quando o impetrante, dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, não questiona as provas do concurso público, mas atos diretamente relacionados à nomeação de aprovados, ocorridos enquanto válido o certame. 2. Não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados. 3. Se a Administração preencheu as vagas existentes de cargos de provimento efetivo de acordo com a ordem classificatória do concurso público e, além disso, contratou terceiros de forma temporária, presume-se que há excepcional interesse público a demandar essa conduta, razão por que não se pode entender tenha atuado de forma ilegal ou mediante abuso de poder. 4. Segurança denegada. (STJ – MS n. 13.823/DF (2008/0203011-7) – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 28.04.2010).

94) Advogado Público – Responsabilidade. Artigo 38 da Lei n. 8.666/93. Tribunal de Contas da União. Esclarecimentos

Prevendo o artigo 38 da Lei n. 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (STF – MS n. 24.584/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 09.08.2007) *DJe* n. 112, de 19.06.2008.

95) Aposentadoria – Proventos. Atos sequenciais. Registro. Prazo decadencial. Artigo 54 da Lei n. 9.784/99. Alcance. Registro. Verificado. Aditamento de parcela. Contraditório. Inadequação

Envolvendo a espécie, considerados atos administrativos em geral, o registro de aposentadoria, descabe cogitar de situação constituída a atrair o disposto no artigo 54 da Lei n. 9.784/99, no que fixa prazo decadencial para a Administração pública rever atos praticados. Versando o processo

administrativo submetido ao Tribunal de Contas alteração do registro de aposentadoria para aditar-se aos proventos certa parcela, mostra-se dispensável a observância do contraditório. (STF – MS n. 25.525/DF – Tribunal Pleno Rel. Min. Marco Aurélio – j. 17.02.2010) *DJe* n. 50, de 18.03.2010.

96) Constitucional – Administrativo. Tribunal de Contas. Tomada de contas. Advogado. Procurador. Parecer. Artigos 70, parágrafo único, 71, II, e 133 da Constituição Federal e 2º, parágrafo 3º, 7º, 32, e 34, IX, da Lei n. 8.906/94

I. Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da Lei das Licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, p. 377). II. O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: artigos 159 do Código Civil e 32 da Lei n. 8.906/94. III. Mandado de segurança deferido. (STF – MS n. 24.073/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 06.11.2002) *DJU*, de 31.10.2003, p. 15.

97) Constitucional – Administrativo. Controle externo. Auditoria pelo Tribunal de Contas da União. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora

sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: é lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF – MS n. 24.631/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 09.08.2007) *DJe* n.18, de 31.01.2008.

98) Irregularidade do Processo Disciplinar – Mérito administrativo. Ocorrência de erro invencível. Possibilidade de intervenção do Judiciário

1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. 2. Na hipótese, cabia à Administração proceder às diligências necessárias para a descoberta da verdade quanto à participação do impetrante na gerência da empresa, e não simplesmente colocar o ônus da prova sobre o servidor, que, por meio de sua curadora, tentou demonstrar a inatividade da empresa desde a fundação. Agindo assim, a Administração esquivou-se das suas funções, lançando ao servidor a incumbência de comprovar a ausência de circunstância irregular. Ao final, não ficou nada provado no processo administrativo. 3. Segurança concedida em parte para se anular a demissão do impetrante, determinando-se, em consequência, a sua reintegração no cargo. (STJ – MS n. 10.906/DF (2005/0129244-1) – Rel. Min. Nilson Naves – j. 10.09.2008).

99) Mandado de Segurança – Acórdão do Tribunal de Contas da União que determinou a não prorrogação de contrato administrativo. Inexistência de direito líquido e certo

1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração pública, quando embasada em lei. 2. A representação ao Tribunal de Contas da União contra irregularidades em processo licitatório não está limitada pelo prazo do parágrafo 2º do artigo 41 da Lei n. 8.666/93. 3. Segurança denegada. (STF – MS n. 27.008/AM – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carlos Britto – j. 17.02.2010) *DJe* n. 45, de 11.03.2010.

100) Mandado de Segurança – Linhas de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Decreto presidencial de 16 de julho de 2008. Privatização.

Desestatização. Artigo 2º, parágrafo 1º, alínea "b", da Lei n. 9.491/97. Tranferência para a inicativa privada da execução de serviços públicos de responsabilidade da União. Artigo 21, inciso XII, alínea "e", da Constituição Federal. Possibilidade de desestatização de serviços públicos de responsabilidade da União já explorados por particulares. Denegação da ordem

1. A titularidade dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos termos do artigo 21, XII, "e", da Constituição Federal, é da União. 2. É possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no artigo 2º, parágrafo 1º, "b", parte final, da Lei n. 9.491/97. 3. Inexistência de concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas. 4. Existência de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal que determinam a imediata realização de certames das linhas em operação. 5. Possibilidade de adoção da modalidade leilão no caso em apreço, nos termos do artigo 4º, parágrafo 3º, da Lei n. 9.491/97. 6. Necessidade de observância do devido processo licitatório, independentemente da modalidade a ser adotada (leilão ou concorrência). 7. Ordem denegada. (STF – MS n. 27.516/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 22.10.2008) *DJe* n. 232, de 14.12.2008.

Tributário

101) Constitucional – Direito fundamental de acesso ao Judiciário. Direito de petição. Tributário e política fiscal. Regularidade fiscal. Normas que condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários. Caracterização específica como sanção política. Ação conhecida quanto à Lei federal n. 7.711/1988, artigo 1º, I, III e IV, parágrafo 1º a 3º, e artigo 2º. Sanção política. Prova da quitação de créditos tributários no âmbito de processo licitatório. Revogação do artigo 1º, II, da Lei n. 7.711/88 pela Lei n. 8.666/93. Explicitação do alcance do dispositivo. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida quanto ao ponto

1. Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra os artigos 1º, I, II, III e IV, parágrafos 1º a 3º, e 2º da Lei n. 7.711/88, que vinculam a transferência de domicílio para o exterior (art. 1º, I), registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa (art. 1º, III), registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos (art. 1º, IV, "a"), registro em Cartório de Registro de Imóveis (art. 1º, IV, "b") e operação de empréstimo e de financiamento com instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais (art. 1º, IV, "c") – essas três últimas nas hipóteses de o valor da operação ser igual ou superior a cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional – à quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias. 2. Alegada violação do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição), na medida que as normas impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário. Caracterização de sanções políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário. 3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, parágrafo único, da Constituição), a violação do devido processo legal

substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal, manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário, tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição. É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não razoável. 4. Os incisos I, III e IV do artigo 1º violam o artigo 5º, XXXV, da Constituição, na medida que ignoram sumariamente o direito do contribuinte de rever em âmbito judicial ou administrativo a validade de créditos tributários. Violam também o artigo 170, parágrafo único da Constituição, que garante o exercício de atividades profissionais ou econômicas lícitas. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, I, III e IV da Lei n. 7.711/88. Declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento dos parágrafos 1º a 3º e do artigo 2º do mesmo texto legal. 5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, em relação ao artigo 1º, II, da Lei n. 7.711/88, na medida que revogado, por estar abrangido pelo dispositivo da Lei n. 8.666/93, que trata da regularidade fiscal no âmbito de processo licitatório. 6. Explicitação da Corte, no sentido de que a regularidade fiscal aludida implica "exigibilidade da quitação quando o tributo não seja objeto de discussão judicial" ou "administrativa". Ações diretas de inconstitucionalidade parcialmente conhecidas e, na parte conhecida, julgadas procedentes. (STF – ADI n. 173/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 25.09.2008) *DJe* n. 53, de 19.03.2009.

102) ICMS – Serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás. Igrejas e templos de qualquer crença. Contas. Afastamento. "Guerra fiscal". Ausência de configuração

Longe fica de exigir consenso dos Estados a outorga de benefício a igrejas e templos de qualquer crença para excluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas contas de serviços públicos de água, luz, telefone e gás. (STF – ADI n. 3.421/PR – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 05.05.2010) *DJe* n. 96, de 27.05.2010

103) Processo Civil – Cessão de crédito rural. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Inexistência. Medida Provisória n. 2.196-3/2000. Presunção de constitucionalidade. Execução fiscal. Titularidade

do crédito. Dívida ativa não tributária. Inscrição em dívida ativa. Possibilidade. Legitimidade da Fazenda Nacional para cobrança de créditos da União

1. Não há violação do artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem analisa suficiente e adequadamente a matéria colocada à sua apreciação. 2. Embora o Superior Tribunal de Justiça, como Corte de Justiça, possa declarar a inconstitucionalidade de ato normativo através de seu órgão competente, presume-se constitucional medida provisória validada pela Emenda Constitucional n.32/2001. 3. Cabível a cobrança via execução fiscal de quaisquer créditos titularizados pela Fazenda Pública. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Compete à Fazenda Nacional representar judicialmente a União na cobrança de créditos titularizados pela União, nos termos do artigo 12, V, da Lei Complementar n. 73/93 c.c. o artigo 23 da Lei n. 11.457/2007. 5. Recurso especial não provido. (STJ – REsp n. 1.126.491/RS (2009/0042031-0) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 06.10.2009).

104) Processual Civil – Mandado de segurança. Tributário. Parcelamento. Exigência de débito em conta corrente. Impossibilidade. Portaria PGFN/SRF n. 2/2002. Pagamento mediante DARF. Possibilidade

1. O direito tributário tem como princípio basilar a legalidade. 2. A modalidade de débito em conta como condição imposta pela Fazenda Nacional para deferir o parcelamento do débito tributário não encontra respaldo em lei. 3. A Lei n. 10.522/2002, em seus artigos 10 e seguintes, prevê a possibilidade de parcelamento dos débitos existentes perante a Fazenda Nacional, em nada dispondo acerca da obrigatoriedade de débito automático em conta corrente das parcelas acertadas, para a quitação do débito. 4. O artigo 20 da Portaria PGFN/SRF n. 2/2002, ao criar óbices ao instituto do parcelamento, não previsto na Lei n. 10.522/2002, acabou por violar o princípio da reserva legal. 5. A própria Lei n. 10.522/2002 instituiu em favor da Fazenda Nacional a garantia de rescindir imediatamente o parcelamento, quando o contribuinte deixar de pagar duas parcelas, monstrando-se despicienda a garantia do débito automático em conta corrente, como forma de assegurar a pronta satisfação do crédito tributário. 6. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp n. 1.085.907/RS (2008/0191631-5) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 05.05.2009).

105) Processual Civil e Tributário – Execução fiscal. Redirecionamento. Citação da empresa e do sócio-gerente. Prazo superior a cinco anos. Prescrição. Princípio da *actio nata*

1. O Tribunal de origem reconheceu, *in casu*, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional. 2. A prescrição é medida que

pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser. 3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica. Aplicação do princípio da *actio nata*. 4. Agravo regimental provido. (STJ – AgR REsp n. 1.062.571/RS (2008/0117846-4) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 20.11.2008).

106) Tributário – Embargos de divergência. ICMS. Base de cálculo. Valor real da operação (art. 2º do Dec.-Lei n. 406/68). Venda a prazo. Encargos financeiros. Incidência. Precedentes

1. O ICMS deve incidir sobre o valor real da operação, descrito na nota fiscal de venda do produto ao consumidor. 2. A venda a prazo difere da venda com cartão de crédito, precisamente porque nesta o preço é pago de uma só vez, seja pelo vendedor ou por terceiro, e o comprador assume o encargo de pagar prestações do financiamento. Portanto, ocorrem dois negócios paralelos: a compra e venda e o financiamento. Já na venda a prazo, ocorre apenas uma operação (negócio), cujo preço é pago em mais de uma parcela diretamente pelo comprador. 3. Assim, não se deve aplicar o mesmo raciocínio, utilizado na operação com cartão de crédito, para excluir os encargos de financiamento (diferença entre o preço a vista e a prazo) decorrentes de venda a prazo, que, em verdade, se traduzem em elevação do valor de saída da mercadoria do estabelecimento comercial. 4. Em face dessa fundamental diferença, na venda a prazo o valor da operação constitui base de cálculo do ICMS (ADI n. 84-5/MG, *DJ*, de 15.02.1996). 5. Embargos de divergência improvidos. (STJ – EREsp n. 550.382/SP (2004/0133304-5) – Rel. Min. Castro Meira – j. 11.05.2005).

107) Tributário – Crédito-prêmio. Compensação. Indeferimento pela Administração. Recurso administrativo pendente. Suspensão da exigibilidade do tributo. Fornecimento de certidão positiva com efeito de negativa. Impossibilidade

1. A legislação que disciplina o instituto da compensação evoluiu substancialmente a partir da edição da Lei n. 9.430, de 27.12.1996, em especial com a introdução no ordenamento jurídico da Lei Complementar n. 104/2001 e das Leis ns. 10.637/2002 (conversão da MP n. 66, de 29.08.2002), 10.833/2003 (conversão da MP n. 135, de 30.10.2003) e 11.051/2004, que alteraram e incluíram dispositivos naquela lei ordinária. 2. A Primeira Seção – ao examinar a matéria à luz da redação original do artigo 74 da Lei n. 9.430/96, portanto sem as alterações engendradas pelas Leis ns. 10.637/2002, 10.833/2003 e 11.051/2004 – concluiu que o pedido de compensação e o recurso interposto contra o seu indeferimento

suspendem a exigibilidade do crédito tributário, já que a situação enquadra-se na hipótese do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional. Precedentes. 3. Todavia, o artigo 74 da Lei n. 9.430/96 sofreu profundas alterações ao longo dos anos, sobretudo após a edição das Leis ns. 10.637/2002, 10.833/2003 e 11.051/2004, as quais acresceram conteúdo significativo à norma, modificando substancialmente a sistemática de compensação. Segundo as novas regras, o contribuinte não mais precisa requerer a compensação, basta apenas declará-la à Secretaria da Receita Federal, o que já é suficiente para extinguir o crédito tributário sob condição resolutória da ulterior homologação do Fisco, que pode ser expressa ou tácita (no prazo de cinco anos). Por outro lado, fixou-se uma série de restrições à compensação embasadas na natureza do crédito a ser compensado. Assim, por exemplo, passou-se a não mais admitir a compensação de créditos decorrentes de decisão judicial ainda não transitada em julgado, de créditos de terceiros ou do crédito-prêmio de IPI. 4. Por expressa disposição do parágrafo 12 do artigo 74 da Lei n. 9.430/96, "será considerada não declarada a compensação (...) em que o crédito (...) refira-se ao crédito-prêmio de IPI". Já o parágrafo 13, ao fazer remissão ao parágrafo 11, deixa claro não ser aplicável à declaração de compensação relativa ao crédito-prêmio de IPI o artigo 151, III, do Código Tributário Nacional. 5. Dessa forma, por previsão inequívoca do artigo 74 da Lei n. 9.430/96, a simples declaração de compensação relativa ao crédito-prêmio de IPI não suspende a exigibilidade do crédito tributário – a menos que esteja presente alguma outra causa de suspensão elencada no artigo 151 do Código Tributário Nacional –, razão porque poderá a Fazenda Nacional recusar-se a emitir a certidão de regularidade fiscal. 6. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.157.847/PE (2009/0184008-5) – Rel. Min. Castro Meira – j. 24.03.2010).

108) Tributário – Parcelamento. Artigo 11 da Medida Provisória n. 38/2002. Necessidade de desistência de ação judicial. Execução fiscal. Descabimento

1. Não é admissível o parcelamento previsto no artigo 11 da Medida Provisória n. 38/2002, relativo a débitos fiscais que não são questionados pelo contribuinte em ação judicial, mas tão somente cobrados em execução fiscal. 2. Recurso especial provido, divergindo do ilustre ministro relator. (STJ – REsp n. 761.419/SC (2005/0103070-4) – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – Rel. p/Acórdão Min. Castro Meira – j. 27.10.2009).

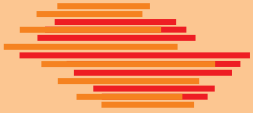
109) Tributário – Recurso especial. Imposto de importação. Base de cálculo. Arrematação de bem penhorado pelo Poder Judiciário. Valor aduaneiro. Artigo 20, III, do Código Tributário Nacional (valor da arrematação). Inaplicabilidade

1. Recurso especial pelo qual a contribuinte busca recolher o imposto de importação com base no preço de arrematação (R$ 750.000,00) e não no

valor aduaneiro (R$ 1.679.448,40). No caso concreto, o leilão foi promovido pelo Poder Judiciário para alienar bens penhorados em ação de execução, até então não nacionalizados, porquanto armazenados em regime de entreposto aduaneiro. 2. Regra geral, nos casos em que a alíquota for *ad valorem* (arts. 20, II, do CTN, 2º, II, do Dec.-Lei n. 37/66, alterado pelo Dec. n. 2.472/88, e 89, II, do Regulamento Aduaneiro), a base de cálculo do imposto de importação corresponde ao preço real da mercadoria, que deve ser apurado pela autoridade aduaneira em conformidade com o artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT). 3. A utilização do preço da arrematação como base de cálculo do imposto de importação restringe-se aos leilões promovidos pela autoridade aduaneira, nos quais são alienados os bens abandonados e aqueles que sofrem apreensão liminar para posterior imposição de pena de perdimento (arts. 20, III, do CTN e 63 do Dec.-Lei n. 37/66). 4. A situação apresentada pela recorrente em nada se assemelha, para fins de analogia, com a hipótese contemplada na lei tributária a que se busca equiparação, pois: a) não se trata de leilão realizado pela autoridade aduaneira, mas pelo Poder Judiciário; e, b) não se cuida de mercadoria abandonada ou objeto de pena de perdimento, mas de mercadoria penhorada em ação de execução. 5. No caso dos autos, não se verifica o proibido emprego de analogia pelo Fisco para cobrança de tributo a maior (art. 108, § 1º, do CTN), haja vista que a base de cálculo utilizada na hipótese dos autos (valor aduaneiro) encontra respaldo na legislação de regência. 6. O argumento da recorrente para justificar a equiparação da penhora à apreensão regulada pela lei tributária em comento, de que não é possível a utilização do valor aduaneiro, uma vez que ela é "mera arrematante de mercadoria em hasta pública, totalmente alheia à transação comercial efetuada entre importador e exportador", encerra, em verdade, pedido de interpretação da lei tributária mediante juízo de equidade, o que é vedado para fins de dispensa (ou redução) do imposto devido, nos termos do artigo 108, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional. 7. Recurso especial não provido. (STJ – REsp n. 11.089.289/ES (2008/0205161-4) – Rel. Min. Benedito Gonçalves – j. 27.10.2009).

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO